



Ana Cristina Martins Roso

O(S) REGIME(S) DO EMPREGO PÚBLICO

CONTRIBUTO PARA A EVOLUÇÃO DO MODELO ESTATUTÁRIO DO EMPREGO PÚBLICO

Tese de Doutoramento em Direito na especialidade de Direito Público, orientada pela Senhora Professora Doutora Fernanda Paula Marques Oliveira e apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Setembro de 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

ANA CRISTINA MARTINS ROSO

O(S) REGIME(S) DO EMPREGO PÚBLICO
CONTRIBUTO PARA A EVOLUÇÃO DO MODELO ESTATUTÁRIO
DO EMPREGO PÚBLICO

Tese de Doutoramento em Direito, na especialidade de Direito Público,
orientada pela Senhora Professora Doutora Fernanda Paula Marques Oliveira
e apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

SETEMBRO
2016

Agradecimentos

Esta tese é o culminar de um período longo, e por vezes penoso, de dedicação à investigação científica*. Contudo, como “*ninguém caminha sozinho*”, gostaria de deixar aqui uma palavra de agradecimentos aos que me acompanharam neste percurso.

Em primeiro lugar, como não poderia deixar de ser, agradeço aos meus pais pela transmissão dos valores que informam hoje a minha vida.

Agradeço pela constante motivação à Professora Doutora Sandra Passinhas e à minha irmã Carla Roso.

Agradeço a todos os meus amigos (eles sabem quem são), em particular aos que directamente prestaram contributos à mesma: Professor Doutor Miguel Lira, Mestre Elisabete Monteiro, Mestre André Mendes, Mestre Cláudia Marques Dias, Mestre Luís Oliveira e Mestre António Leite Ramalho.

Agradeço à Fundação para a Ciência e Tecnologia, I.P. (FCT, I.P.), pelo financiamento prestado através da bolsa com a referência SFRH/BD/77311/201, sem o qual este percurso teria sido certamente mais oneroso.

Agradeço ao Professor Doutor Lícínio Lopes Martins pela sempre pronta disponibilidade para a troca de impressões, e por to-

* A autora opta por não seguir o acordo ortográfico da língua portuguesa, assinado em Lisboa a 16 de Dezembro de 1990.

dos os contributos prestados na elaboração da dissertação, os quais se revelaram fundamentais para a mesma.

Por fim, porque os últimos são os primeiros, agradeço à Professora Doutora Fernanda Paula Marques de Oliveira, que aceitou o desafio de orientar esta investigação. A ela, pela amizade, profissionalismo, dedicação, disponibilidade, e todas as demais, inumeráveis e infindáveis, qualidades que reúne numa só pessoa, aqui fica o meu sincero bem-haja!

RESUMO

Num tempo em que tanto se ouve falar em *privatização*, reportada a diferentes realidades, o emprego público também não escapou a este fenómeno, que, no caso português tem vindo a conhecer, pelo menos, três distintos sentidos. Um primeiro sentido, que se traduz na aproximação do regime público ao regime privado; um segundo sentido, que consiste no recurso a trabalhadores com vínculo de contrato individual de trabalho, disciplinado pelo direito laboral comum; e um terceiro sentido, que pretende dar resposta à questão de saber se o regime disciplinador do emprego público ainda se enquadra no regime estatutário, ou se na verdade ele já se encontra no seio do direito laboral comum.

Este terceiro sentido do fenómeno da *privatização do emprego público* será o por nós adoptado para efeitos de investigação. Assim, o presente trabalho partindo das recentes reformas (legislativas) do emprego público de 2008/2009 e de 2014, pretende desvendar se o regime que regula o emprego público se insere, ainda, no seio do direito administrativo, ou se, na verdade, se enquadra já no âmbito do direito do trabalho. A resposta a esta última questão reveste-se de grande complexidade devido às grandes e importantes alterações legislativas introduzidas por aquelas reformas que aproximaram os referidos regimes.

Perante o quadro constitucional e legal em vigor cremos que é possível divisar no regime de emprego público três dimensões, as quais correspondem a três pilares do regime do emprego público: dois deles de direito público e um de direito privado. O *primeiro pilar* é constituído pelos princípios estruturantes do emprego público que decorrem da Lei Fundamental, que é de verdadeiro Direito Constitucional; o *segundo pilar* é composto pelas bases do regime de emprego público, as quais constam actualmente da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (doravante LTFP) — aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, na redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 84/2015, de 7 de Agosto —, e que são, por imposição constitucional, de direito administrativo; o *terceiro pilar* é composto por normas

de direito laboral privado, que por remissão da LTFP, se aplicam a título subsidiário ao regime de emprego público. Daqui decorre que a parte essencial do regime jurídico do emprego público ainda é de direito público.

O regime jurídico do emprego público que no geral continua a ser essencialmente de direito administrativo – ainda que, numa análise mais atenta à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (a qual estabelece além das bases do regime, outros aspectos da relação jurídica de emprego público, alguns dos quais se aproximam de um regime mais publicizado, e outros de um regime mais privatizado), nos possamos deparar com dois diferentes subsistemas de normas, ou, se quisermos, com dois diferentes regimes – precisa, contudo, de sofrer algumas adaptações, das quais a seguir apresentamos sugestões, para assim conseguir que a *função pública* e a Administração Pública alcancem a eficiência e eficácia tão almejadas!

Como vias de adaptação sugerimos: *i)* um novo efeito a atribuir ao sistema integrado de gestão e avaliação de desempenho na Administração Pública, desde que revisto, – que consistiria na consagração de um novo motivo de cessação da relação de emprego público, aqui a funcionar como uma “sanção pela inércia” do trabalhador, pela insuficiência, reiterada e comprovada, do seu desempenho profissional –; *ii)* a consagração do direito de contratação colectiva para todos os trabalhadores públicos; e *iii)* ainda que em termos abstractos, a previsão de causas objectivas de cessação do vínculo para todas as modalidades da relação de emprego público.

Entendemos que a consagração destas vias de adaptação, se por um lado pode levar à atenuação do modelo estatutário, por outro lado, permitirá certamente a modernização do regime jurídico do emprego público, sem que este perca as suas particularidades, e sem provocar a indesejada *privatização do regime do emprego público*!

PALAVRAS-CHAVE:

Emprego público; Trabalhadores; Administração Pública; Regime jurídico; Direito Administrativo; Direito Laboral Comum.

ABSTRACT

At a time when there is much talk of *privatisation* with regard to different realities, public employment was unable to escape this phenomenon. The *privatization of public jobs* has gained, at least, in Portugal, three different senses. The first, consisting of an approximation between public and private legal frameworks; the second, which consists of hiring workers using individual contracts subjected to the private legal framework; and the third which answers the question of knowing whether the framework which regulates public employment still fits in with the statutory regime or whether, in actual fact it already fits into the private legal framework as we know it.

The third sense of the public employment privatisation phenomenon will be that which has been adopted for the purposes of this research. Hence, the present research will focus on determining whether the legal regime regarding public employment is still within the administrative legal system or whether it fits in with private labour legislation, assessing it in terms of the recent legislative reforms of public employment in 2008, 2009 and 2014. The answer to this question is highly complex owing to the substantial content and importance of the legislative modifications introduced by said reforms that brought the two legal systems closer together.

It is possible to outline three dimensions which correspond to three pillars of the public employment legal regime in terms of the constitution and law in force: two of them in terms of the public law framework and one in terms of the private law framework. The *first pillar* is formed by the structuring principles of public employment arising from the Constitution, and are genuine Constitutional Law; the *second pillar* comprises the bases of the public employment legal framework, currently set out in the *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LTFP)* – approved by Law no. 35 enacted on July 20th 2014 altered by Law no. 84 enacted on August 7th 2015 and which are, by constitutional imposition, administrative law; the *third pillar* consists of private labour rules, to which the LTFP refers, and which are

applicable in subsidiary fashion. It can be deduced that the essential part of the public employment legal regime is still public law.

The public employment legal framework which, in general, is still public law – although, in a more thorough analysis of the Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (that establishes, beyond the bases of the public employment legal framework, another aspect of the public employment legal relationship, some of them are closer to a more publicized framework, and others of a more privatized framework) we can find two different subsystems of legal rules, or, in a different manner, two different frameworks – needs, however, to go through some adaptations, to which we present some suggestions, in order to accomplish the desired efficiency and effectiveness of public services and administrations.

We would suggest the following adaptations: *i*) a new legal repercussion on the integrated system involving the management and performance evaluation of Public Administration, as long as it was reviewed – which would consist of the legal establishment of a new reason to cease the public employment legal relationship as a “penalty for the worker’s inertia”, on the basis of an attested and repeated insufficiency of the worker’s performance -; *ii*) the establishment of the right to participate in collective agreements to all workers; and *iii*) although in an abstract way, the establishing of objective causes for the termination of contract for all categories of the public employment legal relationship.

The establishing of these manners of adaptation may, on one hand, lead to the fading away of the statutory model, but on the other hand, it will allow with certainty the modernization of the public employment legal framework, without it losing its special features, and without prompting the undesired *privatization of the public employment legal regime*.

KEYWORDS:

Public employment; workers; public administration, legal framework; administrative law; labour law.

SIGLAS E ABREVIATURAS

CCP	<i>Código dos Contratos Públicos</i>
CPA	<i>Código do Procedimento Administrativo</i>
CRP	<i>Constituição da República Portuguesa</i>
CT	<i>Código do Trabalho</i>
ETAF	<i>Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais</i>
LOE	<i>Lei do Orçamento de Estado</i>
LTFP	<i>Lei do Trabalho em Funções Públicas</i>
LVCR	<i>Lei dos Vínculos Carreiras e Remunerações</i>
Pág.	<i>Página</i>
OIT	<i>Organização Internacional do Trabalho</i>
RCTFP	<i>Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas</i>
SIADAP	<i>Sistema integrado de gestão e avaliação do desempenho da Administração Pública</i>
STA	<i>Supremo Tribunal Administrativo</i>
STJ	<i>Supremo Tribunal de Justiça</i>
Sgs.	<i>Seguintes</i>
TC	<i>Tribunal Constitucional</i>

PLANO DA INVESTIGAÇÃO

INTRODUÇÃO

PARTE I COORDENADAS JURÍDICO-HISTÓRICAS DO MODELO ESTATUTÁRIO DA *FUNÇÃO PÚBLICA*

Capítulo I – Enquadramento Jurídico da *função pública*

Capítulo II – O modelo estatutário da *função pública*: evolução

PARTE II COORDENADAS DA PRIVATIZAÇÃO DO EMPREGO PÚBLICO

Capítulo III – Privatização do emprego público

Capítulo IV – Evolução dos vínculos do emprego público

Capítulo V – O Direito Administrativo como regime do emprego público?

CONCLUSÕES | TESES

INTRODUÇÃO

O tema que escolhemos para objecto desta Dissertação: “o regime disciplinador da relação de emprego público” insere-se na questão da reforma do emprego público e adquire hoje a maior actualidade. A presente investigação decorreu num período compreendido entre Outubro de 2011 e Janeiro de 2016, ao abrigo da Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, que aprovou a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (doravante LTFP), na redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 84/2015, de 07 de Agosto. De dar nota que numa altura em que se finalizavam os trabalhos desta investigação já se ouviam rumores de uma nova alteração legislativa.

Em Portugal, com as recentes reformas do emprego público, que têm vindo a aproximar o emprego público do emprego privado, não faltam vozes a querer surripiar o emprego público dos quadros do direito administrativo e enquadrá-lo no âmbito do direito laboral comum. Esta aproximação surge incluída num fenómeno designado de *privatização do emprego público*. Este pode conhecer três diferentes acepções: uma, conexas com a aproximação dos regimes do emprego público e privado; outra, relacionada com a inserção de trabalhadores em regime de direito laboral comum no seio da Administração; outra, por fim, no sentido por nós adoptado para efeitos de investigação, que tem na sua base, precisamente, a questão de saber se o direito laboral comum não substituiu já o direito administrativo enquanto regime disciplinador do emprego público.

Importando fazer a delimitação precisa do objecto desta investigação, diga-se que não está em causa o fenómeno em geral da *privatização da Administração Pública*, no qual a privatização do emprego público se insere. Também não está em causa nenhuma das duas primeiras acepções do fenómeno da *privatização do emprego público* mencionadas. O que está em causa é saber se perante os dados juspositivos vigentes o regime do emprego público ainda será de direito administrativo ou já será de direito laboral comum.

Trata-se de um tema, em nosso entender, com inegável relevância teórica, que vem colocar em causa o tradicional quadro da disciplina do emprego público, o qual consistia classicamente num regime estatutário de direito administrativo.

A aproximação entre o mundo do emprego público ao universo do emprego privado começa com o reconhecimento dos direitos fundamentais a todos os trabalhadores, inclusive aos trabalhadores do sector público, e prossegue, aquando do aparecimento do Estado Social, com o surgimento de trabalhadores na Administração a exercer funções técnicas muito semelhantes às existentes e exercidas no emprego privado, o que leva a que se instale a dúvida sobre a necessidade ou imprescindibilidade da existência de dois universos distintos — o do emprego público e o do emprego privado —, com dois correspondentes e distintos regimes, dúvida essa que coloca definitivamente em crise a identidade do emprego público.

A *função pública* é uma realidade com existência constitucional — como veremos no *Capítulo I* desta dissertação —, cuja disciplina durante muito tempo foi fixada unilateralmente pelo Estado, através de um modelo estatutário — que desenvolveremos no *Capítulo II* desta dissertação —, mas à medida que o emprego público se aproxima do privado, começa-se a questionar se estes dois mundos são assim tão diversos que continuem a justificar a existência de dois regimes jurídicos distintos ou se não merecem, antes, ficar sujeitos a um mesmo regime. Esta aproximação insere-se no fenómeno da *privatização do emprego público* que se tem vindo a verificar não somente em Portugal, mas também em vários Estados da Europa Ocidental — como veremos no *Capítulo III* desta dissertação —, tornando-se necessário saber que alterações este fenómeno vem a provocar, em concreto, nos vínculos do emprego público — tema a ser desenvolvido no *Capítulo IV*; —, para depois tentar saber se o direito administrativo ainda continua a ser o

regime do emprego público, ou se já terá sido substituído por um regime especial dentro dos quadros do direito laboral privado – como veremos no *Capítulo V* desta dissertação.

De uma forma sugestiva podemos avançar que esta dissertação desenvolve-se ao longo de duas partes. Uma *Parte I* composta pelos dois primeiros capítulos mencionados e uma *Parte II* composta pelos três últimos capítulos referidos.

O tema do emprego público tem merecido pouca atenção da doutrina portuguesa, sobretudo por parte dos jus-administrativistas (constituindo uma excepção dentro destes Paulo Veiga e Moura, ao qual muito recorreremos por ser um autor de referência na área e com muitas obras publicadas). Tendo vindo, mesmo assim, a ser mais tratado pelos juslaboralistas, os quais têm, paulatinamente, começado a defender a inclusão da disciplina do emprego público na disciplina do direito laboral comum.

Note-se que tratando-se de um tema vasto, complexo, e pouco analisado pela doutrina, não pretendemos fazer uma análise exaustiva do tema do emprego público, ou mesmo criar uma “Teoria Geral do Emprego Público”, pretendemos apenas centrar-nos na evolução do regime disciplinador da relação de emprego público em Portugal, ainda que com breves e meras incursões, sempre que se justificar, a outros regimes jurídicos de países da Europa Ocidental que seguem também, tal como nós, o sistema de administração executivo ou de tipo francês – estando para além do nosso objecto de estudo, sobre o qual não nos debruçaremos, o regime da *função pública* dos funcionários da Administração Pública da União Europeia. Pretendemos, pois, que a presente dissertação venha a constituir um “contributo para a evolução do modelo estatutário do emprego público”.

PARTE I

COORDENADAS JURÍDICO-HISTÓRICAS DO MODELO ESTATUTÁRIO DA *FUNÇÃO PÚBLICA*

CAPÍTULO I

Enquadramento Jurídico da função pública

CAPÍTULO II

O modelo estatutário da função pública: evolução

CAPÍTULO I

ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA *FUNÇÃO PÚBLICA*

1. *A função pública* enquanto sentido orgânico da Administração Pública

É no seio da Administração Pública que os tradicionalmente designados *funcionários públicos*, nos quais vamos centrar a nossa atenção, prestam serviço. Ora, a Administração Pública surge aqui, simultaneamente, como a organização onde o trabalhador se insere e como a entidade empregadora pública que exerce os poderes sobre o trabalhador¹.

Dos sentidos que tradicionalmente se atribuem ao termo Administração Pública interessa-nos aqui, para efeitos da presente investiga-

¹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, Dissertação de Doutoramento em Direito, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, (policopiada), 2010, pág. 22.

ção, essencialmente, o sentido *orgânico*² ou subjetivo³, segundo o qual a

² A expressão Administração Pública apresenta outras acepções além do sentido orgânico ou subjetivo – sistematizados de forma quase unânime pela doutrina, cfr. por todos, Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, pág. 17-19; e Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Edição (6.ª Reimpressão), Almedina, Coimbra, 2011, pág. 29-37, e Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 25-27. Com efeito é possível distinguir, além do sentido *orgânico*, um *sentido material* e um *sentido formal*. Em *sentido material*, a expressão Administração Pública aparece-nos com o significado de tarefa ou função do Estado; a Administração Pública corresponde assim, em sentido material, à actividade de administrar. Em *sentido material*, a expressão Administração Pública aparece-nos com o significado de tarefa ou função do Estado; a Administração Pública corresponde assim, em sentido material, à actividade de administrar. Quanto ao *sentido formal* do conceito de Administração Pública pretende reportar-se às formas típicas de actuação da Administração – correspondem à sua actuação de autoridade: o acto, o regulamento e o contrato administrativo.

³ No entanto, há muito que a organização da Administração Pública se tornou mais complexa. Com efeito, nos tempos mais recentes, a Administração Pública em sentido orgânico tem vindo a sofrer um processo de descaracterização: ao contrário do que acontecia tradicionalmente em que a Administração Pública era constituída apenas por pessoas colectivas públicas integralmente submetidas a um regime de direito administrativo, actualmente o exercício da função administrativa encontra-se também atribuído a pessoas colectivas, que embora de criação e/ou controlo públicos, se revestem de forma jurídica privada (como as sociedades anónimas) e, mesmo, a pessoas colectivas puramente privadas (como as associações e as fundações), em ambos os casos disciplinadas, no seu essencial, pelo direito privado e sujeitas a controlos públicos substancialmente distintos dos aplicáveis às entidades públicas.

Este fenómeno (de exercício da função materialmente administrativa por privados) não pode deixar de se traduzir num alargamento da Administração Pública em sentido orgânico. No entanto, e apesar disto, continua a ser possível identificar um núcleo essencial da organização administrativa constituída por pessoas colectivas de direito público (e pelos seus órgãos), cfr. Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 53 e 54, e Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos, “*Direito Administrativo Geral: Introdução e Princípios Fundamentais*”, Tomo I, 2.º Edição, Dom Quixote, 2006, pág. 49 e 50.

Deste modo, o conceito orgânico de Administração Pública pode ser entendido num sentido restrito, abrangendo apenas as *entidades públicas* que se encontram adstritas ao exercício da função administrativa, num sentido amplo que integre, além dessas, as *entidades administrativas privadas*, isto é, as entidades que foram criadas pelo Estado ou outras pessoas colectivas públicas segundo um modelo de direito privado, mas para realizar funções de realização de interesse público, ou então num sentido amplíssimo envolvendo, além das entidades públicas, as entidades privadas investidas em tarefas públicas, quer se trate de *entidades administrativas privadas* quer se trate de particulares a quem essas funções se encontrem confiadas, cfr. Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – Anotado*, Coimbra Editora, 2008, anotação ao artigo 1.º, pág. 32 e 33.

Não defendendo aquele sentido amplíssimo mencionado, Vital Moreira refere que apesar de uma entidade particular exercer funções administrativas esta não integra a organização administrativa.

Administração se apresenta como o sistema de órgãos, serviços e agentes do Estado, bem como das pessoas colectivas públicas que, em nome da colectividade, asseguram a satisfação regular e contínua dos interesses públicos secundários⁴. Este sentido orgânico de Administração Pública compreende duas realidades distintas, a primeira é constituída por *organizações*, compostas por órgãos que integram pessoas colectivas e serviços administrativos; a segunda é formada por um corpo de indivíduos que põem a sua inteligência e capacidade de trabalho ao serviço da organização administrativa para a qual trabalham⁵. Neste sentido, os trabalhadores integram a organização (*administração pública em sentido*

Ao contrário do que acontece com as *entidades administrativas privadas* que a integram. Prosseguindo o autor, tal como no caso destas últimas, também no caso das entidades particulares que exercem funções administrativas estamos perante entidades administrativas de direito privado. Nas palavras do autor “[s]ó que agora não se trata de pessoas colectivas jurídico-privadas integradas na própria organização administrativa, mas sim de pessoas (físicas ou jurídicas) «naturalmente» privadas, ou seja, não estaduais ou públicas, criadas e formadas por particulares”, cfr. Vital Moreira, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 287 e 288.

Num sentido diverso do anterior, Pedro Gonçalves refere que ao aceitar-se que o sentido orgânico de Administração Pública pode ser recortado segundo um critério funcional, verifica-se que há entidades privadas que, embora originariamente não pertencessem à Administração Pública (trata-se de entidades particulares), passam a integrá-la (de um ponto de vista funcional) pelo facto de ficarem investidas de funções públicas administrativas, cfr. Pedro Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Dissertação de Doutoramento, Colecção Teses, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 437.

⁴ Costuma distinguir-se entre *interesse público primário* e *interesses públicos secundários ou instrumentais*. O primeiro corresponde aos valores básicos que orientam uma comunidade politicamente organizada: o *bem comum* ou a *salus pública* (Paz, Justiça e Bem-estar). A satisfação deste interesse é reservada aos órgãos políticos-legislativos dessa comunidade. Dirigindo-se a maior parte da função legislativa à satisfação deste interesse público. Para a realização deste interesse exige-se a individualização em pretensões secundárias, ou seja, de *interesses públicos secundários*. A sua designação não deriva da sua menor importância, mas apenas destes se considerarem um instrumento necessário à realização do *interesse público primário*. Dito de outra forma, à realização do bem comum correspondem interesses públicos secundários como: a justiça, a saúde, a educação os transportes, entre outros. Tais interesses são definidos num plano superior, político-legislativo, cabendo a sua satisfação à Administração Pública no desempenho da função administrativa. Assim, cabe a esta a realização do *fim público*, tal como é definido num plano superior, pelo legislador (existindo aqui uma ideia de *subordinação política-legislativa* daquela face a este), cfr. Rogério Soares, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, 3.^a edição, Coimbra, MCMLV (1955), pág. 106-107, e Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 15-16.

⁵ Paulo Veiga e Moura, *Função Pública: regime jurídico, direitos e deveres dos funcionários e agentes*, 1.^o Vol., 2.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 15 e 17 e Diogo Frei-

orgânico ou subjetivo) e materializam a actividade da Administração Pública (*administração pública em sentido material ou objetivo*)⁶.

Ora, se a formação da vontade dos órgãos que integram uma pessoa colectiva é efectuada por estes através dos seus titulares, já a execução, preparação e operacionalização desta vontade cabe aos trabalhadores da Administração Pública, que ao se encontrarem numa relação especial de serviço com os entes administrativos, sob a direcção dos titulares dos órgãos, desenvolvem ou materializam a actividade dos serviços. Pelo que, em última análise, são estes trabalhadores quem operacionaliza a satisfação das necessidades colectivas⁷. Assim, as relações de emprego no seio Administração têm um carácter instrumental relativamente à prossecução das atribuições das respectivas pessoas colectivas públicas, constituindo estas no âmbito daquela relação de emprego as entidades empregadoras⁸. Ora, chama-se vulgarmente, e tradicionalmente, de *funcionalismo público* ao conjunto dos indivíduos que prestam serviço como profissionais especializados na Administração Pública⁹. Será sobre a *função pública*, enquanto conjunto de trabalhadores subordinados da Administração Pública, que vamos centrar a nossa investigação.

2. Breve resenha histórica da *função pública*

A concepção da *função pública* não permaneceu imutável ao longo dos tempos, tendo acompanhado, em cada momento, a evolução da ideia de Estado e da Administração Pública, do que sobressai uma relação necessária entre o modelo de Administração Pública existente em cada momento e a concepção correspondente de *função pública*. Como refere Vera Antunes: o “*emprego público surgiu com a Administração Pública (em sentido organizatório) e por causa da Administração Pública (no*

tas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.^a Edição (6.^a Reimpressão), Almedina, Coimbra, 2011, pág. 35-36.

⁶ Neste sentido, Ana Fernanda Neves, “O direito da Função Pública”, in Paulo Otero / Pedro Gonçalves (coords.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume IV, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 398.

⁷ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *Função Pública*, cit., pág. 17, e Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 59.

⁸ Neste sentido, Ana Fernanda Neves, “O direito...”, cit., pág. 398.

⁹ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.^a Edição, cit., pág. 36.

seu sentido material). *Eles têm, por isso, uma relação de correlatividade ou interdependência*¹⁰.

Não surpreenderá então afimar-se que a aparição da *função pública* foi contemporânea do surgimento da Administração Pública, o que ocorreu durante o Estado Moderno.

Para se poder compreender o *status quo* da *função pública* nos nossos dias – resultante de um longo e complexo processo – importa conhecer aquilo que foi a Administração Pública e a *função pública* no passado, pelo que se justificará efectuar uma incursão, ainda que breve, pela evolução histórica daquelas.¹¹

i) A Época Medieval, que corresponde sobretudo ao período compreendido entre o século V e o século XV, ficou fortemente marcada por uma sociedade feudal.

Assim, após a decadência do Império Romano do Ocidente (no século V), o Ocidente Europeu conheceu um período de guerras e invasões, de depressão económica e demográfica e de instabilidade política e social. O poder central fragmentou-se, dando origem à proliferação do poder local. O medo e a insegurança conduziram ao regresso das populações para os campos, procurando o auxílio junto da aristocracia guerreira e fundiária. O conjunto destes factores conduziria ao surgimento, nos séculos IX a XI, da sociedade senhorial e vassálica, que se estruturou com base numa rede de relações pessoais ou de vassalagem

¹⁰ Vera Lúcia Santos Antunes, *O Contrato de trabalho na Administração Pública – evolução, reflexos e tendências para o emprego público*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 48.

¹¹ Iremos dar conta, sucintamente, da evolução histórica da Administração Pública e *função pública* a nível europeu (sobretudo Europa Ocidental), com algumas alusões concretas a especificidades históricas ocorridas em Portugal sempre que considerarmos que se justifique. Seguiremos, neste ponto da evolução histórica, de perto Paulo Veiga e Moura, *A privatização da função pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 17-41; Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 21-27, e, Vera Antunes, *O Contrato*, cit., pág. 37-49. Pois, concordamos com o modo como os autores tratam o tema.

entre os vários estratos sociais¹². Entre os séculos XI a XIII, este tipo de sociedade expandiu-se e consolidou-se dando origem ao Feudalismo¹³.

Em Portugal o regime feudal apresentou algumas especificidades que derivaram da situação geográfica periférica do país¹⁴ e da forma como se efectuou a reconquista do território português¹⁵. A especificidade do regime português prendeu-se, por um lado, pela dependência em relação ao rei, chefe militar e chefe incontestado, e por outro lado, pela debilidade do sistema vassálico¹⁶.

Esta época ficou marcada pela ausência de racionalização e institucionalização da sociedade política¹⁷. Isto porque, com o regime feudal havia uma enorme pulverização dos centros de poder e não existiam órgãos incumbidos de servir um qualquer interesse geral, razão pela qual se sente a forte descentralização política da comunidade. O poder central era muito fraco, o povoamento disperso, a Igreja desempenhava um papel de grande protagonismo, e toda a organização social era baseada nos laços de subordinação pessoal.

Apesar desta fragmentação do poder político causada pelo feudalismo ou regime senhorial, autores, como Freitas do Amaral, entendem que se evidenciavam já alguns sinais da presença da Administração Pública na vida colectiva da Idade Média, como a existência de órgãos centrais (em Portugal, a *Cúria Régia*, o *Alferes-Mor*, o *Mordomo da Cor-*

¹² Vera Antunes, *O Contrato...*, cit., pág. 38.

¹³ François Louis Ganshof, *Que é o feudalismo?*, tradução de Jorge Borges de Macedo, Publicações Europa-América, Coleção Saber, Mem Marti 1976, pág. 9 e 10.

¹⁴ Vera Antunes, *O Contrato...*, cit., pág. 38.

¹⁵ José Mattoso, *Identificação de Um País – ensaio sobre as origens de Portugal 1096-1325, Vol. I – oposição*, Editorial Estampa, Lisboa, 1985, pág. 28-47, e, do mesmo autor, José Mattoso, *História de Portugal – A monarquia feudal (1096-1480)*, Vol. II, Editorial Estampa, 1993, pág. 165.

¹⁶ Segundo José Mattoso, “[a] debilidade do sistema vassálico português explica-se provavelmente pelo facto de em Portugal não terem nunca chegado a formar casas senhoriais suficientemente poderosas para terem vassallos de alguma categoria e riqueza”. Já em relação ao rei, este é “o único grande senhor feudal: o que tem muitos e bons vassallos, fora para lhes exigir fidelidade, terras e «contias» para os recompensar, hostes para os castigar. É o modelo concreto que todos gostariam de imitar, e ao mesmo tempo o rival que chega, com D. Dinis, a pretender tornar-se o «único» senhor, com grande escândalo dos nobres que contra ele se revoltam”, cfr. José Mattoso, *História de Portugal*, cit., pág. 194-195.

¹⁷ José Carlos Vieira de Andrade, *Lições de Direito Administrativo*, 2.ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, pág. 14.

te, e o *Chanceler*, e como funcionários subordinados, os *avençais*¹⁸); de delegados locais do Rei em todo o território (os *tenentes*, os *juízes* os *mordomos*, os *alcaldes*, e um pouco mais tarde, os *corregedores*, e os *juízes de fora*); e de funcionários régios cobrando impostos, abrindo estradas, construindo edifícios públicos, entre outros¹⁹. O enfraquecimento do poder central e a dispersão do povoamento conduziram ao aparecimento de fórmulas de governo local que desempenharam funções de Administração Pública, tais como a construção de estradas e caminhos, regulamentação de feiras e mercados, questões de urbanismo e de intervenção económica (*almotaçaria*)²⁰.

Não se trata, porém, de um entendimento unânime. A título de exemplo, Maria da Glória Garcia entende que a sociedade medieval não se apresentava como uma unidade coesa dotada de autonomia, capaz de geral formação de interesses colectivos. Donde conclui que durante este período o termo “administração” só pode ser utilizado querendo fazer referência ou ao património do monarca, à sua casa, ou à sua corte. Ainda no entender desta autora, a natureza pessoal, não institucional, da relação feudal era incompatível com a racionalização do poder, marca da administração estadual²¹.

Nesta altura, o poder do monarca era encarado como um “bem” que integrava o seu património pessoal (daí falar-se em Estado Patri-

¹⁸ A Cúria era também denominada vulgarmente por Corte, termo derivado do latim *cohors-cohortis*, que significa lugar de reunião. Esta era o lugar onde se encontrava o rei no exercício da sua jurisdição, acompanhado pelos seus vassalos e pelos seus oficiais de trato quotidiano: é um *lugar de audiência*. Este expediente era essencialmente constituído para a realização da justiça e para a defesa do território, sendo assegurado por um conjunto de pessoal (“pelos altos funcionários da Cúria”) que intervinha nos actos, em razão das suas funções e cuja importância variou ao longo dos tempos, estamos a referir-nos, designadamente, quanto aos membros civis: ao *Mordomo da Corte*, que superintendia na administração da Casa Real e seu património; ao *Chanceler*, que tinha em seu poder o selo real e lavrava ou mandava lavar os diplomas régios; e ao *Porteiro-mor*, que zelava pela cobrança dos rendimentos da Coroa, quanto à ordem militar: ao *Alferes-mor* que era o chefe militar, os *avençais* que eram funcionários subordinados. Cfr. Marcello Caetano, *Estudos da Administração Pública Portuguesa*, organização e prefácio de Diogo Freitas do Amaral, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, pág. 19-21 e 317, Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.^a Ed., cit., pág. 59-60, e Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 19.

¹⁹ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.^a Ed., cit., pág. 59-60.

²⁰ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.^a Ed., cit., pág. 60.

²¹ Maria da Glória Dias Garcia, *Da Justiça Administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1994, pág. 30. Neste sentido também, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 19.

monial²²), e enquanto tal poderia ser doado ou dividido em herança, o que deu origem à chamada “pulverização” do poder²³. Na verdade, o rei sempre assegurou aos que o auxiliavam na conquista do território a posse, e mesmo a sucessão hereditária, das terras conquistadas. Nestas terras, os que adquiriam tais privilégios representavam o poder régio e exerciam como que uma autoridade delegada, o que originou a criação de múltiplos ofícios²⁴. Os cargos eram vendidos ou doados pelo rei e passavam a fazer parte do património do comprador ou donatário, por vezes com direito de transmissão por herança²⁵, e eram vistos como coisas incorpóreas²⁶. Ora, com o passar do tempo as funções que correspondiam a estes ofícios tenderam a estabilizar-se e a tornar-se vitalícias, até mesmo hereditárias, fazendo dos cargos públicos uma “*res*” (coisa incorpórea) que passou a integrar o património privado e, como tal, pode ser arrendada, cedida, vendida ou deixada em testamento²⁷. Existia, portanto, uma concepção patrimonial das funções públicas, baseada na família, na propriedade, na sucessão hereditária, e na venalidade dos ofícios²⁸.

Apesar de concordarmos que nesta época já se pode encontrar a génese, ou indícios da futura Administração Pública, e da *função pública*²⁹, não se encontra, porém, nesta altura nenhum ente encarregado de promover a satisfação de interesses colectivos. Deste modo não se pode em rigor falar nem em Administração Pública nem em *função pública*³⁰, e por, conseguinte, muito menos em Direito Administrativo,

²² Vera Antunes, *O Contrato...*, cit., pág. 40.

²³ Maria da Glória Garcia, *Da Justiça Administrativa*, pág. 30.

²⁴ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 20.

²⁵ Marcello Caetano, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, Reimpressão Portuguesa da edição Brasileira de 1977, 2010, pág. 287.

²⁶ Orlando de Carvalho, *Direito das Coisas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 36, nota n.º 58.

²⁷ Maria da Glória Garcia, *Da Justiça Administrativa*, cit., pág. 148.

²⁸ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª ed., cit., pág. 59.

²⁹ Neste sentido, Vera Antunes, *O contrato...*, pág. 41.

³⁰ O que não obsta, de qualquer forma, a que não possa haver algumas excepções: foi um pouco o que se passou em Portugal, com a gigantesca operação dos Descobrimentos – iniciada ainda na época medieval – que foi de iniciativa pública, cfr. Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 22.

uma vez que se tratará de um ramo do direito destinado a disciplinar especialmente aquela administração.

Entre o final da Idade Média e a criação dos Estados Modernos, afirmam-se de forma crescente duas correntes que se vieram a revelar fundamentais para a modificação da realidade existente. Assim, afirmam-se, por um lado, *uma linha racionalizadora*, em que a razão assume como valor fundamental o que, entre outras consequências, se vai reflectir numa melhor organização; e, por outro lado, *uma linha centralizadora*, com a progressiva concentração de poderes na figura do Rei³¹.

Os séculos XV e XVI constituíram, para os europeus, uma época a que os historiadores convencionaram apelidar de *Renascimento*. Este foi um tempo marcado pela mudança e de expansão geográfica, marcado pela crença no valor do homem e da sua racionalidade (*Humanismo*), pela curiosidade acerca das ciências e pela valorização e reinterpretação dos escritores clássicos, gregos e latinos. O Renascimento foi também a ponte de transição entre a Idade Média e a Idade Moderna. Com ele ganhou corpo a necessidade de racionalizar a vida social, de laicizar a política de teorizar o “Estado” e a “soberania” para aí fundar uma forma própria de agir do poder régio³².

ii) O Estado Moderno surge alicerçado nas noções de Estado e de soberania, introduzidas respectivamente por Maquiavel e Jean Bodin³³, e por uma progressiva centralização e fortalecimento do poder real, contra o feudalismo e regime senhorial. Para a concentração de poderes no monarca muito contribuiu a *Reforma Protestante*, que levou à autonomização do poder político em relação ao poder religioso, originando assim a importantíssima desvinculação do primeiro poder face ao papado.³⁴

À realização da justiça, marca tradicional do Estado Medieval, vai agora acrescer a realização da *Polícia*³⁵, entendida como uma acti-

³¹ Cfr. Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 22.

³² Maria da Glória Garcia, *Da Justiça Administrativa*, cit., pág. 143, e Vera Antunes, *O contrato...*, pág. 41.

³³ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 22, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 20.

³⁴ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 22 e Vera Antunes, *O contrato...*, pág. 42.

³⁵ Este conceito de *Polícia* surgia aqui com um sentido aproximado ao que actualmente se atribui à expressão “administração pública”, cfr. Marcello Caetano, *Manual*, Vol. II, cit., pág. 1145.

vidade de promoção do bem estar social, o qual compete ao monarca definir, precisar e prosseguir³⁶.

O momento extremo desta evolução surgiria sob uma forma de Estado, entre meados do século XVII e finais do século XVIII, que ficou conhecida por “Estado-de-Polícia”. Tinha como principal característica, sem dúvida, o absolutismo da nova figura (o Estado), com a centralização completa dos poderes no seu representante máximo – o monarca. O poder do monarca vinha directamente de Deus e só perante ele prestava contas. O Estado, o direito, o poder e o rei identificam-se, chegando ao ponto de Luís XIV afirmar que “*L’État c’est moi*”³⁷.

Esta forma de Estado tinha como suporte filosófico e ideológico o Iluminismo: vivia-se a “Época das Luzes” e o soberano sendo o déspota iluminado apresentava-se como o intérprete mais fiel da razão, era ele que estava em contacto com as “Luzes”, tendo por isso o poder de decidir arbitrariamente o que convinha ao bem público do Estado. No entanto, o seu objectivo não era o de servir as necessidades colectivas dos seus súbditos, mas antes promover o desenvolvimento e engrandecimento do país para que este possa pertencer ao “clube das nações cultas e polidas”. Vive-se uma época de grandes realizações e obras públicas, que passam pela criação de universidades e construção de templos, pelo patrocínio de academia, entre outras.

Assiste-se, por tudo isto, durante esta Época, ao surgimento, e a um grande desenvolvimento da Administração Pública do Estado³⁸. Aliás, a aparição da *função pública* é contemporânea da consolidação do Estado Moderno e do surgimento da Administração Pública, tal como a entendemos hoje, resultando de um longo, e complexo, processo que se confunde com a dissolução das relações feudais e o surgimento do Estado Absoluto, quando da Corte e da estrutura feudal se destacam um conjunto de cargos de derivação feudal – os oficiais –, ou de criação régia – os comissários –, que passam a satisfazer de modo estável à satisfação das necessidades públicas.³⁹

Freitas do Amaral aponta como o maior ponto fraco deste imponente sistema administrativo o modo de recrutamento e promoção do

³⁶ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 20.

³⁷ Cfr. Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 22, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 22.

³⁸ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 23.

³⁹ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 19, e Mario Nigro, “Amministrazione Pubblica (organizzazione giuridica dell’)”, in *Enciclopédia Giuridica Giovanni Treccani*, Vol. II, pág. 1.

funcionalismo público, fazendo-se por favoritismo e não por mérito, continuando a ser admitida a transmissão dos cargos públicos através de venda ou de herança (sistema da venalidade dos ofícios), debilidade esta que a administração portuguesa também sofreu⁴⁰. Assistindo-se, nesta época, motivada em grande parte pelas crescentes necessidades do erário régio, à multiplicação dos ofícios. A venalidade dos ofícios permite a uma cada vez mais rica burguesia investir na aquisição dos ofícios, vistos como uma forma de participarem no exercício do poder público e como “*un capital à faire valoir*”.⁴¹

Por sua vez, para reforçar a sua presença e para realizar com a eficácia pretendida as tarefas inerentes ao seu poder, designadamente as de *Polícia*, o Monarca recorre cada vez mais aos comissários, verdadeiros delegados pessoais do Rei nas províncias. Estes comissários, dos quais os Intendentes resultam como o exemplo mais conhecido, eram livremente nomeados e destituídos pelo Monarca, recebendo “*une lettre de commission*”⁴² na qual se especificava os poderes e as funções que deveriam exercitar, cessando a representação com a revogação da comissão ou com a morte do comissário ou do rei⁴³.

Ora, se o Rei começa por vender a força pública aos oficiais, seguidamente procura retomar o controlo dessa força com recurso aos comissários. O prestígio que estes alcançam progressivamente origina que a sua actividade se estenda a quase todos os domínios do poder régio, convertendo-os nos verdadeiros chefes da administração monárquica, levando conseqüentemente à perda de importância dos ofícios.

O vínculo que une os oficiais e comissários ao rei (depois ao Fisco) é nesta altura explicado nos quadros do direito civil, sendo configurado como um acto translativo de direitos reais – no caso dos oficiais –, ou surgindo como um vínculo de natureza obrigacional, re-

⁴⁰ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Ed., cit., pág. 67.

⁴¹ Cfr. Catherine Kaftani, *La formation du concept de fonction publique en France*, Bibliothèque de Droit Public, Tome 196, L.G.D.J, Paris, 1998, pág.26.

⁴² Cfr. Catherine Kaftani, *La formation...*, cit., pág.30.

⁴³ Catherine Kaftani, *La formation...*, cit., pág.29-30.

correndo-se às figuras do mandato ou da *locatio operarum* — no caso dos comissários⁴⁴⁻⁴⁵.

É durante o século XVIII que surgem os “*ingénieurs*”, um novo tipo de servidores, recrutados segundo o método do concurso, dado a conhecer em França pelos Jesuítas, a quem, com o fim de tornar a função atractiva, já se reconhecem algumas garantias de carreira — até aí inexistentes, pois a relação do soberano com os comissários não tinha outra fonte de regulação que não fosse a vontade e as instruções por aquele emitidas⁴⁶. A crescente actividade e prestígio deste corpo de engenheiros acentuou o declínio dos ofícios, cada vez mais transformados em cargos honoríficos, podendo ser configurados como o exemplo mais convincente do aparecimento mais tarde dos designados “funcionários”⁴⁷.

Foi durante esta época que o poder discricionário da administração (no fundo, do monarca) conheceu a sua máxima extensão. O Estado, que tinha uma importante actuação, ainda que sem sustentação no Direito, intervinha, pois, na sociedade e na economia mas sem qualquer tipo de subordinação ao direito público. Apesar de se poder falar, com rigor, na existência da Administração Pública e da *função pública*, que surgem durante esta Época, não se poderá ainda falar em Direito Administrativo, uma vez que não há regras próprias que disciplinem a organização e actuação da administração, às quais o monarca se submeta⁴⁸.

Numa primeira fase entendia-se que as relações profissionais dos funcionários eram estabelecidas com o rei. Posteriormente, como o monarca não poderia ser juridicamente responsabilizado pelos seus actos criou-se a figura do Fisco, ou seja, a face privada do rei⁴⁹. Perante esta dupla personalidade jurídica do Estado — o Fisco (que representava a sua faceta económica ou patrimonial) e a personalidade política

⁴⁴ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva dos trabalhadores da Administração. Crise do Modelo clássico de Emprego Público*, *Studia Iuridica* 9, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág.74.

⁴⁵ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 19.

⁴⁶ Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, 1997, Presses Universitaires de France, Paris 1986, pág.60.

⁴⁷ Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 22-24.

⁴⁸ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 25.

⁴⁹ Maria da Glória Garcia, *Da Justiça Administrativa*, cit., pág. 156.

referente à titularidade da soberania⁵⁰, as relações profissionais entre os funcionários deixaram de ser estabelecidas com o monarca, para serem constituídas perante o Fisco⁵¹.

Contra a legitimidade monárquica apresenta-se, desde logo, a burguesia, classe social que havia alcançado um grande desenvolvimento e que pretendia maior liberdade, e menos condicionamentos por parte do Estado. Esta classe vai aliar-se, ainda que apenas do ponto de vista estratégico, ao povo, desencadeando as chamadas revoluções liberais⁵².

Influenciada pela Revolução Parlamentar Inglesa (1688), e pela Revolução Americana (1776), a Revolução Francesa de 1789 foi sem dúvida a maior de todas as revoluções liberais⁵³. Aboliu de vez os direitos feudais e proclamou os princípios universais da *Liberté, Egalité e Fraternité*⁵⁴, sendo pois com ela que os valores liberais ganham inusitado vigor na Europa Continental⁵⁵. O seu ideário liberal triunfador irá propagar-se pela Europa, os ventos revolucionários sopram por todo

⁵⁰ Rogério Soares, *Interesse Público*, cit., pág. 60.

⁵¹ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 73.

⁵² Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 26, e Vieira de Andrade, *Lições...*, cit., pág. 18.

⁵³ De notar que até às revoluções liberais vigorou um sistema administrativo tradicional, assente na confusão dos poderes e na inexistência do Estado de Direito; depois das revoluções liberais estabelecem-se os sistemas administrativos modernos, baseados na separação de poderes e no Estado de Direito. A implantação destes sistemas administrativos modernos segue vias diferentes na Inglaterra e em França. O que dará lugar a dos sistemas administrativos bem distintos: o sistema de tipo britânico ou de *administração judiciária* e o sistema de tipo francês ou de *administração executiva*. De acrescentar que, o sistema administrativo oriundo da Inglaterra vigora hoje em dia na generalidade dos países anglo-saxónicos, nomeadamente nos Estados Unidos da América (com algumas especificidades). Por sua vez, o sistema administrativo que nasceu em França vigora hoje em dia em quase todos os países continentais da Europa Ocidental (como, por exemplo, em Portugal e Espanha), havendo, no entanto, variantes nacionais – designadamente em Itália. Cfr., e também para mais desenvolvimentos, Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Ed., pág. 102, 107 e 113.

⁵⁴ Vera Antunes, *O contrato...*, pág. 44.

⁵⁵ Maria da Glória Garcia, *Da Justiça Administrativa*, cit., pág. 272.

o continente Europeu e deste modo a França revolucionária acaba por deixar um legado decisivo para a compreensão do Estado de Direito.⁵⁶

iii) Com a Revolução Francesa triunfam os ideais de liberalismo individual contra o autoritarismo tradicional do absolutismo régio. Aquela Revolução dará lugar a uma nova ordem social. A soberania que antes era um atributo do poder estadual do monarca agora passa a pertencer à Nação⁵⁷, e a definição da vontade geral (composta por vontades individuais) encontra-se na lei geral e impessoal, condição essencial para alcançar a igualdade e liberdade tão proclamadas e desejadas.⁵⁸

Inaugura-se nesta época histórica uma nova concepção do Estado, designadamente o Estado de Direito Liberal (período compreendido entre finais do século XVIII até meados do século XX).⁵⁹ Esta submissão apresenta-se como uma reacção contra o Estado Absoluto, que não conhecia limites e as consequências que este tinha originado⁶⁰. Agora o Estado, enquanto organização político-estadual, passa a ter a sua actividade determinada e limitada pelo direito, ou seja, passa a subordinar-se ao direito⁶¹.

A ideia liberal do governo limitado conduziu naturalmente a uma divisão dos poderes públicos e a uma subordinação da administração à lei parlamentar, e portanto ao Direito⁶². Formulam-se, e afirmam-se, aqui dois importantes princípios que se apresentarão como decisivos

⁵⁶ J. J. Gomes Canotilho, *Estado de Direito*, Cadernos Democráticos, Fundação Mário Soares, Edição Gradiva, Lisboa, 1999, pág. 26.

⁵⁷ Maria da Glória Garcia, *Da Justiça Administrativa*, cit., pág. 266, e Rogério Soares, *Interesse Público*, cit, pág. 64.

⁵⁸ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 24-25, e Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Ed., pág. 70.

⁵⁹ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade do New Public Management com os Princípios Constitucionais* (dissertação de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), policopiado, Coimbra, 2002, pág. 29, e Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Ed., pág. 77 e 101.

⁶⁰ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 29.

⁶¹ J. J. Gomes Canotilho, *Estado de Direito*, cit., pág. 11.

⁶² Vieira de Andrade, *Lições...*, cit. pág. 18.

para o nascimento do Direito Administrativo⁶³: o *princípio da separação de poderes*, e o *princípio da legalidade da administração*.

O *princípio da separação de poderes* põe cobro à concentração de todos os poderes nas mãos de uma só pessoa (monarca), e leva à repartição do poder público pelo poder legislativo, poder executivo e poder judicial. A Coroa perde o poder legislativo, que é atribuído ao Parlamento, e o poder judicial, que é confiado aos Tribunais, ficando apenas para si com o poder executivo⁶⁴. O mesmo sucedeu em Portugal com a Constituição de 1822 e posteriormente com a Carta Constitucional de 1826, que decretaram o *princípio da separação de poderes*. A Mouzinho Silveira coube concretizar este princípio na legislação ordinária⁶⁵.

O *princípio da legalidade da administração* impede a Administração de invadir a esfera dos particulares ou prejudicar os seus direitos sem ser com base numa lei emanada pelo Poder Legislativo⁶⁶. Este princípio surge como concretização do Estado de Direito, e representa o

⁶³ Foi na sequência da Revolução Francesa de 1789 que o Direito Administrativo começou a emergir lentamente do nada e se esboçam os traços dominantes daquilo a que Hauriou viria a chamar, mais tarde, de “regime administrativo”: contando este com a existência de uma jurisdição administrativa especializada e a sujeição da Administração a regras diferentes das do direito privado (cfr. Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 12.ª ed., Recueil Sirey, Paris, 1933, pág. 1-3).

Entendendo-se que foi o Conseil d'État quem forjou as regras aplicáveis à Administração e que se afirmou a existência de um direito autónomo. Podendo afirmar-se assim, que o Conseil d'État segregou o Direito Administrativo “como uma glândula segrega a sua hormona: a jurisdição precedeu o direito e sem aquela este não teria visto a luz do dia” (cfr. Prosper Weil, *O Direito Administrativo*, (edição portuguesa), Almedina, Coimbra, 1977, pág. 15). O Direito Administrativo é assim um direito jovem, podendo considerar-se que data apenas do último terço do século XIX, tendo sofrido uma rápida evolução (cfr. Prosper Weil, *O Direito Administrativo*, cit., pág. 11). Os princípios fundamentais disciplinadores da *função pública* também foram um produto da função pretoriana do Conseil d'État, sendo que só com a Lei Francesa de 19 de Outubro de 1946 se aprovaria o estatuto geral para a *função pública francesa* (cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 365, nota n.º 810).

⁶⁴ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Ed., cit., pág. 70. Embora rapidamente se tenha evoluído no sentido da *preponderância do poder legislativo democrático* sobre os outros dois poderes estaduais; convertendo-se então o Parlamento no centro do Estado, cfr. Vieira de Andrade, *Lições...*, cit. pág. 18

⁶⁵ Vera Antunes, *O contrato...*, pág. 44.

⁶⁶ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Ed., pág. 70.

nascimento de um *direito especial* (diferente do direito privado comum) a que está sujeita a Administração Pública⁶⁷.

A Revolução Francesa — já considerada como um glorioso movimento que com o seu ímpeto avassalador se impôs por todo o Mundo Ocidental⁶⁸, sobretudo na maior parte dos países continentais da Europa Ocidental⁶⁹⁻⁷⁰— foi fundamental para o surgimento do Direito Administrativo⁷¹, sendo ainda hoje um marco histórico de referência do Direito Administrativo vigente⁷²⁻⁷³.

Havia uma grande distância entre as preocupações do Estado e as da sociedade, pois eram dois mundos diferentes e separados, o que ex-

⁶⁷ Vieira de Andrade, *Lições...*, cit., pág. 18.

⁶⁸ Ramón Martín Mateo e Juan José Díez Sánchez, *Manual de Derecho Administrativo*, 29.ª Ed., Aranzadi, Navarra, 2012, pág. 38.

⁶⁹ Vide, a este propósito, entre outros, Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 28; e Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Ed., pág. 101 e 113; Ramón Martín Mateo e Juan José Díez Sánchez, *Manual*, cit., pág. 37-38 Maria da Glória Garcia, *Da Justiça Administrativa*, cit., pág. 272.

⁷⁰ Como, por exemplo, Portugal e Espanha. Cfr. Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, *A função Pública Portuguesa. Estatuto novo ou nova Política?*, Separata da Revista Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal n.º 122, Lisboa, 1969, pág. 26-27 (e nota 15).

⁷¹ Mais, a doutrina, que deve considerar-se, maioritária (independentemente das diferenças de matizes que podem surgir entre os vários autores) considera que as origens do Direito Administrativo, tal como o compreendemos na actualidade, estão na Revolução Francesa. Incluídos nesta doutrina maioritária, estão, entre outros, Eduardo García de Enterría, *La Revolución Francesa y la emergencia histórica de la administración contemporánea*, Madrid, 1959; Eduardo García de Enterría, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Taurus Ediciones, Madrid, 1972; Alejandro Nieto, *La retribución de los funcionarios en España (Historia e Actualidad)*, Madrid, 1967, pág. 22; Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 9.ª Ed., Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 26; Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª ed., pág. 70-71, e Luísa Cristina Pinto e Netto, *A Contratualização da Função Pública*, Del Rey Editora, Belo Horizonte, 2005, pág. 36-37.

Enquanto a doutrina minoritária entende que a Administração Pública e o Direito Administrativo têm as suas raízes no mais profundo da História. Assim, considerando que em toda a época existiu Administração, (“En toda época ha existido Administración y «administración».”) José A. García Trevijano Fos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 3.ª Ed., 1974, pág. 3. Referindo-se a esta distinção entre doutrina maioritária e minoritária sobre as origens do Direito Administrativo, cfr. Enrique Linde Paniagua, *Fundamentos de Derecho Administrativo : del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, UNED, 3.ª ed., 2011, pág. 47 (e nota de rodapé 1 e 2).

⁷² Enrique Linde Paniagua, *Fundamentos*, cit., pág. 47-48.

⁷³ No entanto, a transformação mencionada já foi considerada mais aparente do que real (cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 28), referindo-se que com o Estado Liberal pouco mudou em relação ao Estado Absoluto (cfr. Vasco Pereira da Silva,

plica a política do “*laissez faire, laissez passer*” e a configuração do Estado como guarda-nocturno, ou de Estado-segurança, com uma significativa redução do seu papel e do seu intervencionismo, configurando-se praticamente apenas como esquadra de polícia (com a finalidade de manter a ordem e a segurança) e repartição de finanças.⁷⁴ Com efeito, o Estado, mero guarda da ordem e do direito, tende a autonomizar-se da sociedade que por si realiza os seus próprios interesses e satisfaz as suas necessidades,⁷⁵ sendo o Estado encarado como o espaço da autoridade e do império do interesse geral, enquanto a sociedade era o espaço da liberdade, e da luta pelos interesses particulares. Defendia-se um Estado mínimo e uma sociedade civil máxima.⁷⁶ O Estado é configurado como um mal necessário, cuja actividade é essencialmente ablativa e que só se manifesta para incomodar o cidadão, pelo que os serviços públicos só devem ser instituídos para satisfazer necessidades que não podem ser satisfeitas pela iniciativa privada.⁷⁷

Também nesta época, luta-se contra os privilégios outrora existentes, proclama-se que todos os homens são iguais por natureza e perante a lei, o que conduz ao reconhecimento de os “...*privilégios são por sua natureza injustos, odiosos e contraditórios com o fim supremo de toda*

Para um contencioso administrativo dos particulares: esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, pág. 15). Tendo ocorrido, entre um e outro, apenas uma mudança de titulares do poder – a sociedade toma o lugar ocupado pelo monarca. Mantendo-se, no entanto, o carácter absoluto, intocável, ilimitado do exercício do poder (cfr. Maria da Glória Garcia, *Da Justiça Administrativa*, cit., pág. 267). Até porque a sujeição à lei não invalida o reconhecimento de uma esfera de irrelevância jurídica, o que mais não é do que a continuação do estado de coisas do regime de polícia (cfr. Rogério Soares, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, cit., pág. 70). Havendo quem considere que a Administração depois da Revolução Francesa atinge uma posição mais forte do que a que caracterizou a Administração do Estado Absoluto, cfr. Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, 2.ª Ed., Civitas, Madrid, 2001, pág. 180-181.

⁷⁴ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 25.

⁷⁵ Maria da Glória Garcia, *Da Justiça Administrativa*, cit., pág. 268.

⁷⁶ Cfr. Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 22-24.

⁷⁷ Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 26.

a *sociedade política*”⁷⁸, e leva, então, à supressão dos ofícios e à abertura do acesso às funções públicas a todos os cidadãos⁷⁹.

A Administração Liberal, no exercício das poucas funções que lhe cabiam essencialmente de segurança e de finanças, apresenta uma natureza fundamentalmente agressiva, assumindo-se como uma Administração-Poder, investida de *ius imperium*, actuando, neste domínio, em execução da lei e através de actos unilaterais susceptíveis de produzirem os seus efeitos sem prévio recurso jurisdicional⁸⁰. Estes factores ajudam a explicar que a *função pública* nesta altura se organizava em moldes militares, parecendo os funcionários soldados⁸¹ que integram um verdadeiro exército, tendo os seus chefes – os Ministros – e os seus estados-maiores – os Secretários.

Em meados do século XIX a explicação civilista da representação ou do mandato começa a mostrar insuficiências, uma vez que esta explicação não permite imputar à Administração a responsabilidade de muitos dos actos danosos praticados pelos dependentes públicos, pois como refere Liberal Fernandes “*nos termos da figura da representação e do mandato, a Administração poderia usar de determinados expedientes para se eximir da responsabilidade decorrente dos actos ilícitos praticados por aqueles*”⁸². Pelo que, logo se reconheceu a conveniência de poder imputar à pessoa colectiva pública, designadamente ao Estado, as consequências jurídicas de todos os actos praticados pelos seus agentes e funcionários, ainda que se tratassem de actos ilícitos ou ilegais, o que leva ao fim da teoria da representação no âmbito da *função pública*, devido precisamente à sua incapacidade lógica para suportar tal asserção⁸³. Passando assim a recorrer-se à teoria organicista⁸⁴, a qual fornece a explicação

⁷⁸ Emmanuel Joseph Sieyès, *Qué es el Estado llano?: ensayo sobre los privilegios*, (tradução de José Rico Godoy), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pág. 5-6.

⁷⁹ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 27; e Catherine Kaftani, *La formation...*, cit., pág. 65-66.

⁸⁰ Luciano Parejo Alfonso, Antonio Jiménez-Blanco e Luis Ortega Álvarez, *Manual de Derecho Administrativo*, 3.ª edição, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1994, pág. 13.

⁸¹ Vassilios Kondylis, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, Bibliothèque de Droit Public, Tome 168, L.G.D.J., Paris, 1994, pág. 48.

⁸² Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 88, nota n.º 241.

⁸³ Neste sentido, Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1984, pág. 224.

⁸⁴ A teoria organicista das pessoas colectivas foi elaborada pela doutrina alemã do século XIX (Gierke, 1877), *vide* Massimo Severo Giannini, “Organi (teoria generale)”, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXI, Giuffrè Editore, 1981, Milano, pág. 37. Também para

para a utilização dos funcionários como instrumentos do exercício do poder público⁸⁵, sustentando-se que o funcionário público é uma parte, um instrumento da Administração, que da mesma maneira que a boca ou as mãos são órgãos e instrumentos das pessoas físicas, através dos quais estas expressam a sua vontade⁸⁶.

Assim, a concepção organicista⁸⁷ permite transformar os funcionários em partes integrantes da Administração, com quem constituíam uma unidade jurídica⁸⁸, levando, assim, à dissolução da individualidade do funcionário no seio da estrutura orgânica que integra, de tal forma que não é pensável que tivesse interesses diferentes do interesse público⁸⁹. Perante a Administração o funcionário, visto como um instrumento que prossegue o interesse público, era mais objecto do que um

uma noção de órgão, *ibidem*, pág. 37 e sgs. Para mais desenvolvimentos, sobre a concepção organicista do agente público, *vide*, entre outros, Ramón Parada Vázquez, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 18.ª Edição, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 20-23; Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 87-92; Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 118, e Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Vol. I, cit., pág. 223-227.

⁸⁵ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 30-31.

⁸⁶ Ramón Parada Vázquez, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, cit., 2005, pág. 22. No mesmo sentido, Manuel de Andrade, “o órgão identifica-se tão completamente com a pessoa colectiva como os órgãos dum ser vivo se identificam e *compenetram* com esse mesmo organismo *de que fazem parte*”, cfr. Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, cit., pág. 118. Também num sentido próximo: “[e]xcluída a existência de uma relação de alteridade entre o Estado e os seus agentes, o resultado foi a transformação do funcionário numa parte ou num puro instrumento mecânico ou biológico, de tal modo que a sua vontade passava a ser a “própria vontade da pessoa (colectiva)” (...). Desta forma ficava salvaguardada a unidade jurídica do aparelho administrativo do Estado”, cfr. Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 88.

⁸⁷ Em Portugal, a natureza dos órgãos administrativos gerou uma discussão doutrinária entre Marcello Caetano que considera que os órgãos são instituições e não indivíduos, e Afonso Queiró e Marques Guedes que entendem que os órgãos são os indivíduos e não as instituições. Enquanto Freitas do Amaral, numa posição intermédia, considera que os órgãos devem ser concebidos como instituições para efeitos da perspectiva da *organização administrativa* – isto é, na perspectiva em que se analisa a estrutura da Administração Pública –, e os órgãos devem ser considerados como indivíduos para efeitos da perspectiva da *actividade administrativa* – isto é, na perspectiva da Administração actuar, tomar decisões, nomeadamente a prática de actos administrativos, ou por outras palavras, deixando-se a análise estática da Administração e passando-se à análise dinâmica, “quem decide, quem delibera, são os indivíduos e não os centros institucionalizados de poderes funcionais”. Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª ed., pág. 759-762.

⁸⁸ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 30-31.

⁸⁹ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 30.

sujeito de direitos, na medida em que o seu estatuto era apenas composto por aquelas faculdades que o legislador, tendo principalmente em vista garantir o próprio funcionamento do aparelho administrativo, entendia atribuir-lhe por via legal ou regulamentar⁹⁰, mas que apenas subsistirão enquanto não chocarem com a satisfação do interesse público, podendo ser unilateralmente alteradas, sem intervenção do funcionário⁹¹.

Nesta data o desempenho de funções públicas seria como uma espécie de sacerdócio a que só deveriam ascender os que tivessem vocação para tal⁹², fazendo do funcionário um fiel, devoto e disciplinado servidor do interesse público⁹³, realidade bem ilustrada por Rogério Soares, mediante o recurso à sentença de Dante, “*oh vós que entraís, deixai toda a esperança*”⁹⁴.

No entanto, apesar disso, a *função pública* revestia-se socialmente de enorme prestígio, com grande superioridade de atracção em relação às actividades privadas. Os serviços administrativos tinham maior tradição, melhor organização do que as empresas privadas, e os servidores gozavam de maiores regalias e garantias de que os empregados de patrões privados. Aliás, consistia o Estado, a muitos títulos, no “*melhor patrão*”⁹⁵.

Por um lado, desempenhando um importante papel no seio do Estado, o funcionário era alguém que participava no exercício das funções de soberania e autoridade estaduais⁹⁶, pelo que é visto como “*un citoyen spécial*”⁹⁷, sendo-lhe concedida uma expectativa acrescida de fazer carreira dentro do serviço público, usufruindo do referido prestígio social elevado, e recebendo uma compensação pecuniária que não configura um salário mas antes uma compensação pelo *status* alcançado. Por outro lado, conduz à impossibilidade do funcionário negociar

⁹⁰ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 90.

⁹¹ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 30-31.

⁹² Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, *A função Pública Portuguesa*, cit., pág. 28.

⁹³ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 31.

⁹⁴ Cfr Rogério Ehrhardt Soares, *Direito Administrativo*, Lições ao curso complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no ano lectivo de 1977/78 (polic.), Coimbra, 1978, pág. 94.

⁹⁵ Marcello Caetano, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, cit., pág. 290.

⁹⁶ O Estado Liberal tinha funções reduzidas, mas de *imperium*.

⁹⁷ Maurice Hauriou, *Précis Élémentaire de Droit administratif*, 4.^a edição, Recueil Sirye, Paris, 1937, pág. 73.

as condições particulares de trabalho e ao reconhecimento de que o governo pode a todo o tempo modificar a regulamentação vigente para a adaptar às necessidades do serviço público.⁹⁸ O vínculo de ligação entre o funcionário e o Estado não era igual à dos demais contratos de trabalho privados, pois, a situação resultante daquele vínculo poderia, ser livremente modificada, pelo Estado, em nome do interesse geral. Não se está, pois, perante uma verdadeira situação “contratual”, mas sim diante de uma situação “estatutária”.⁹⁹ Chamava-se *estatuto dos funcionários*¹⁰⁰ ao conjunto das normas legais que definia e regulava os deveres e as faculdades correspondentes à qualidade de funcionário¹⁰¹ – entre as quais ressaltam a segurança de emprego, a estruturação do trabalho em carreiras, a promoção em função da antiguidade, e o ingresso mediante concurso público baseado no mérito¹⁰².

O estatuto surgiria, essencialmente, para garantir a continuidade e regularidade dos serviços, a neutralidade política dos funcionários¹⁰³,

⁹⁸ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 33.

⁹⁹ Eduardo Sebastião Vaz Oliveira, “A função pública portuguesa”, cit., pág. 28-29.

¹⁰⁰ Segundo Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira “*estatuto da função pública*” entende-se o complexo de direitos e deveres dos agentes administrativos. Este autor distingue entre um sentido amplo e um sentido mais estrito daquela expressão. Assim, em sentido amplo com a expressão “*estatuto da função pública*” tanto se pretende significar o “regime jurídico” regulador das relações entre funcionários e a Administração, como o “documento formal e codificado” onde tais relações jurídicas se encontram disciplinadas. Num sentido mais estrito, “*estatuto da função pública*” é o enquadramento do regime regulador do trabalho dos agentes administrativos numa concepção especial da *função pública* – a concepção chamada “estatutária ou regulamentar” – por oposição à concepção dita “contratual” que vê na situação do “agente estadual” uma posição inteiramente idêntica à de um empregado de qualquer empresa privada, regulável, portanto pelo direito comum e não pelo direito administrativo, cfr. Eduardo Sebastião Vaz Oliveira, “A função Pública Portuguesa. Estatuto novo ou nova Política?”, n.º 122, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, 1969, pág. 18-19.

Já para Marcello Caetano “[c]hama-se *estatuto dos funcionários* o conjunto das normas legais que define e regula os poderes e deveres correspondentes à qualidade de funcionário”, cfr. Marcello Caetano, *Manual*, Vol. II, cit., pág. 685.

¹⁰¹ Cfr. Marcello Caetano, *Manual*, Vol. II, cit., pág. 685.

¹⁰² Cfr. Alda Martins, “A laboralização da função pública e o direito constitucional à segurança no emprego”, in *Julgar*, n.º 7, 2009, pág. 170. Disponível em <https://sites.google.com/site/julgaronline/Home/numeros-publicados/julgar-07---janeiro-abril---2009>, pág. 163-164. Consultado a 20/08/2014.

¹⁰³ A ligação da *função pública* à política atingiu o seu máximo nos Estados Unidos da América, no século XIX, em que a saída de um partido do Governo implicava, igualmente, a saída dos funcionários dos cargos de forma a dar a vez aos militantes do partido vencedor: era o *spoil system* – as funções públicas constituíam os despojos da batalha eleitoral que

a aspiração de estabilidade dos funcionários, e da sujeição exclusiva daquela aos interesses gerais da comunidade. A tese da natureza estatutária da situação dos funcionários vai informar todo o regime posterior da *função pública* e justificar a sua sujeição a uma específica disciplina, marcada por um sistema de carreira e por uma espécie de *capitis deminutio* em termos de reconhecimento de direitos dos funcionários.¹⁰⁴

Quanto à garantia de estabilidade dos funcionários, como nota Eduardo Sebastião Vaz Oliveira a ideia de liberdade dos indivíduos associada à Revolução Francesa veio inspirar a de necessidade da sua garantia contra o Estado, mesmo contra o “*Estado-Patrão*”¹⁰⁵. Assim, não havia só a ideia da necessidade de salvaguarda dos cidadãos em geral, mas também dos próprios agentes do Estado contra as arbitrariedades do Poder. Pelo que, quanto a estes últimos, a ideia de estabilidade vem a traduzir-se em factor de garantia de permanência e funcionamento, ao serviço exclusivo do interesse geral, quaisquer que fossem as flutuações políticas e governativas verificadas no “*exterior*”¹⁰⁶. Também, a este propósito, Marcello Caetano refere que: “[p]ouco a pouco, foi-se radicando a ideia de que todos os funcionários deviam, como profissionais da função pública, ter a situação garantida por leis que obrigassem e limitassem os superiores. Essa estabilidade, esse estado, constaria assim de um estatuto legal”¹⁰⁷. O Estatuto surge aqui como a satisfação à reivindicação de garantias apresentadas, por um conjunto de cidadãos, ao Estado, que aqui se apresenta este aqui como “*Estatuto-Garantia*”¹⁰⁸. Essa estabilidade traduzia-se na “*inamovibilidade real dos agentes nomeados «maxime» dos agentes funcionários*”¹⁰⁹.

O século XIX ficaria, ainda, marcado pela Revolução Industrial, cujos primeiros passos se deram na Inglaterra de setecentos¹¹⁰, assi-

por direito pertenciam à facção vencedora. Cfr. Marcello Caetano, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 3.ª Reimpressão Portuguesa da edição Brasileira de 1977, 2010, pág. 286, e Vera Antunes, *O Contrato...*, cit., pág. 46, nota n.º 74.

¹⁰⁴ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 34.

¹⁰⁵ Eduardo Sebastião Vaz Oliveira, “A função pública portuguesa”, cit., pág. 40.

¹⁰⁶ Cfr. Eduardo Sebastião Vaz Oliveira, “A função pública portuguesa”, cit., pág. 28 e 39-40.

¹⁰⁷ Marcello Caetano, *Manual*, Vol. II, cit., pág. 685.

¹⁰⁸ Eduardo Sebastião Vaz Oliveira, “A função pública portuguesa”, cit., pág. 40.

¹⁰⁹ João Alfaia, *Regime Jurídico do Funcionalismo*, Edições Ática, Lisboa, 1962, pág. 88.

¹¹⁰ Para uma análise sobre os acontecimentos históricos que envolveram a Revolução Industrial, vide Jean-Pierre Rioux, *A revolução industrial*, (tradução de António Pinto

nalada pela introdução da máquina no processo produtivo. A industrialização associada à livre concorrência e ao extraordinário aumento demográfico, contribuiu para desvalorizar o trabalho dos operários, que viram os seus salários diminuírem, chegando ao ponto de deixar o proletariado na miséria¹¹¹.

Poder-se-á dizer que a liberdade e a igualdade anunciadas pela Revolução Francesa foram alcançadas, já o mesmo não acontecendo quanto à fraternidade, pois o simples e livre funcionamento das leis do mercado não corrigiu a situação de pobreza dos trabalhadores, particularmente fabris, contribuindo para uma crise económica e social grave. Face a este contexto, gera-se uma onda de protestos por parte da classe trabalhadora, que exige a intervenção do Estado na implementação de uma legislação laboral mais protectora dos seus direitos e na criação de serviços de previdência social¹¹².

iv) Será neste contexto que irá emergir o Estado Social, ou Estado-Providência, como entidade interventora, solidária e prestadora, quebrando-se a dicotomia Estado/Sociedade que a concepção liberal do Estado alimentara¹¹³. Assim, a situação de pobreza dos trabalhadores fabris a que o liberalismo económico conduziu permitiu constatar a absoluta impotência do indivíduo isolado para satisfazer por si só as inúmeras carências que a vida lhe coloca. O proletariado urbano e industrial que se concentra em torno das cidades começa a reivindicar que o Estado abandone a sua posição abstencionista e passe a ser intervencionista, sobretudo na sociedade e na economia.

Tal tendência vem a ser reforçada por acontecimentos como as duas Grandes Guerras Mundiais, e a Grande Depressão Americana de 1929-32, o que acaba por contribuir no seu conjunto para uma mudança de paradigma. As necessidades de reconstrução tornam insustentável a manutenção da separação entre o Estado e a Sociedade, assistindo-se a uma alteração dos valores no plano social.

Se por um lado, se assiste à “invasão” do Estado pela sociedade com a criação dos modernos partidos políticos, o desenvolvimento do

Ribeiro), 5.ª edição, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1996.

¹¹¹ Sobre as transformações do trabalho nesta época, *vide*, Jorge Leite, *Direito do Trabalho*, Vol. I, Reimp., Serviços de Acção Social da U.C., Coimbra, 2001, pág. 28-31.

¹¹² Maria da Glória Garcia, *Da Justiça Administrativa*, cit., pág. 511, e Vera Antunes, *O Contrato...*, cit., pág. 46.

¹¹³ Maria da Glória Garcia, *Da Justiça Administrativa*, cit., pág. 512.

sufrágio universal; por outro lado, a intervenção estadual na sociedade e na economia vai crescer exponencialmente, através de uma administração prestadora de bens e serviços de apoio aos mais necessitados e, em geral, conformadora da vida social. Ao lado da tradicional administração de autoridade desenvolve-se e ganha força a chamada “*administração de prestação*”.¹¹⁴

A separação entre Estado e sociedade é agora colocada de lado. A Administração para além de prestadora e conformadora é também participada e concertada (dois movimentos que reflectem a maior importância dos indivíduos e dos grupos sociais na sua actividade), dando-se um crescimento e uma complexificação crescente na Administração Pública.

Fazendo-se muitas vezes referência a um “Estado Providência” — que começou a delinear-se na maioria dos países da Europa sobretudo a partir da Segunda Guerra Mundial¹¹⁵ — para traduzir a importância da acção social e cultural do Estado, que procura, designadamente, assegurar o direito ao trabalho, à saúde, à segurança social, à protecção no desemprego, à protecção do ambiente — surgindo pois, a par dos direitos, liberdades e garantias pessoais, uma outra categoria de direitos fundamentais: os direitos económicos, sociais e culturais. Tudo confluindo para a transição de um Estado de Direito Liberal para um Estado de Direito Social, que se situa, em geral, temporalmente entre meados do século XX até aos nossos dias — falando-se já hoje numa crise/falência actual deste tipo de modelo de Estado: “*crise do Estado Social*”¹¹⁶.

Em Portugal, o Estado Providência apenas começou a delinear-se nos últimos anos do Estado Novo, com um atraso de cerca de três décadas em relação a outros países da Europa, vindo a demorar quase outro tanto para mostrar a sua falência¹¹⁷. Foi somente depois do 25 de Abril de 1974 que se lançaram a generalidade das políticas sociais em matérias como a saúde, o ensino e a segurança social, com os inerentes aumentos da despesa pública, nomeadamente com a captação e afec-

¹¹⁴ Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 36-37, e Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 26.

¹¹⁵ Cfr. Alda Martins, “A laboralização da função pública”, cit., pág. 164.

¹¹⁶ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007, pág.224.

¹¹⁷ Alda Martins, “A laboralização da função pública”, cit., pág. 164.

tação de funcionários necessários à sua implementação.¹¹⁸ Razão pela qual a insustentabilidade da manutenção do nível da despesa pública criado com este tipo de Estado Social e a consequente necessidade de uma reforma da Administração Pública só se manifesta entre nós muito mais tarde do que naqueles outros países.¹¹⁹

Este Estado de Direito Social é de *Direito* na medida em que continua subordinado a este, de uma forma muito mais alargada; é *Social* porque tem como seus objectivos centrais o desenvolvimento económico, o bem-estar e a justiça social¹²⁰. Assim, a Administração abandona o conhecido “*laissez faire*”, que caracterizou o Estado Liberal, e transforma-se numa Administração fundamentalmente prestadora¹²¹.

As novas e inúmeras áreas em que tem que intervir o Estado levam à necessidade de instituir outros tantos serviços públicos, podendo afirmar-se que “*onde quer que exista e se manifeste com intensidade suficiente uma necessidade colectiva, aí surgirá um serviço público destinado a satisfazê-la, em nome e no interesse da colectividade*”¹²².

Uma das manifestações mais visíveis do Estado Social é, por isso, o crescimento exponencial e desmesurado do aparelho burocrático, obrigando a uma diversificação das fórmulas organizativas, designadamente pela descentralização de funções para organizações especiais e autónomas, uma vez que a administração directa do Estado se mostra impotente para atender a todas as novas necessidades. O que determinou que muitas das novas tarefas administrativas fossem assumidas por instâncias que lhe eram exteriores. A administração centralizada de origem napoleónica deu lugar a administração multiforme e heterogénea.¹²³

O Estado torna-se no maior e mais importante dos empregadores. O aumento em massa de efectivos, devido à multiplicação de fun-

¹¹⁸ Na maioria dos países da Europa o Estado de *Welfare* foi construído no Pós II Grande Guerra, entrando em crise nos finais da década de setenta, seguindo-se as políticas de reforma da Administração Pública. Em Portugal o *Estado Providência* começa a delinear-se nos últimos anos do Estado Novo, dando, no entanto, o grande salto a seguir ao 25 de Abril de 1974; o que resulta num aumento da despesa em políticas sociais, sobretudo em educação, segurança social e saúde, e também num aumento dos funcionários adstritos à implementação dessas políticas. Cfr. Joaquim A. Oliveira Rocha, e J. Costa Dantas, *Avaliação de Desempenho e Gestão por Objectivos*, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 2007, pág. 115.

¹¹⁹ Alda Martins, “A laboralização da função pública”, cit., pág. 164.

¹²⁰ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 26.

¹²¹ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 36.

¹²² Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Ed., , pág. 27.

¹²³ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 36-38.

ções do Estado, originou o recrutamento massificado de um novo tipo de funcionários com lógicas de actuação e objectivos tendencialmente idênticos aos que presidem ao exercício de funções no sector privado, diferentes dos habitualmente vigentes no serviço público até à data¹²⁴. Até então a particularidade do regime jurídico dos funcionários públicos decorria da circunstância de exercerem funções de autoridade, funções distintas das desempenhadas pelos trabalhadores privados. A integração daqueles trabalhadores, não obstante a proximidade de funções com os congéneres privados, em regimes de emprego público comuns aos funcionários tradicionais, ligados ao exercício de funções de autoridade e soberania, vem dar início à discussão sobre a delimitação de que trabalhadores devem estar sujeitos a um estatuto público, para além de agravar a irreversibilidade do aumento da despesa pública ocasionado pela implementação do Estado Providência.¹²⁵

Devido à semelhança de funções começa a reivindicar-se para o âmbito estadual alguns direitos, sobretudo de natureza colectiva (*v.g.*, liberdade sindical, greve, constituição de comissões de trabalhadores e negociação colectiva¹²⁶), reconhecidos à generalidade dos trabalhadores privados, o que, associado à difusão dos ideais democráticos e à constitucionalização dos direitos fundamentais, acaba por alterar o “figurino tradicional do emprego público”¹²⁷. Em Portugal, onde o regresso ao Estado Democrático só foi possível com a Revolução do 25 de Abril de 1974, o marco fundamental da alteração do “estado das coisas” foi a aprovação da Constituição da República Portuguesa de 1976¹²⁸, com a consagração de direitos fundamentais aplicáveis a todos os trabalhadores.

Afastada definitivamente a concepção da imunidade do âmbito interno estadual ao direito, reconhece-se que os direitos fundamentais também são aplicáveis às relações especiais de poder¹²⁹, passando a

¹²⁴ Alda Martins, “A laboralização da função pública”, cit., pág. 164.

¹²⁵ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 38, e Alda Martins, “A laboralização da função pública”, cit., pág. 164.

¹²⁶ Alda Martins, “A laboralização da função pública”, cit., pág. 164.

¹²⁷ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 38.

¹²⁸ Vera Antunes, *O contrato de trabalho...*, cit., pág. 47 e 51 e sgs.

¹²⁹ Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Colecção Teses, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 96.

relação de emprego a desdobrar-se em *relação orgânica* e de *serviço*¹³⁰. Deste modo, enquanto na *relação orgânica* o funcionário surge externamente como Administração, isto é, como organização para a prossecução do interesse público; já na *relação de serviço* surge internamente como trabalhador, ou seja, como cidadão que tem as suas aspirações, os seus interesses e os seus direitos¹³¹. A par de poderes funcionais, reconhecem-se aos funcionários direitos subjectivos que o legislador deve respeitar e que cada vez mais se aproximam dos que são reconhecidos aos trabalhadores privados, legitimando a substituição da expressão “relações especiais de poder” por “relações administrativas especiais” ou de “estatuto especial”¹³².

Ora estas alterações têm consequências no entendimento tradicional da relação de emprego público, determinando, por um lado, a modificação do conteúdo daquela relação – a qual terá que assegurar um equilíbrio entre as necessidades organizatórias e os direitos e interesses legalmente protegidos dos funcionários – e causando, por outro, uma crise na identidade daquela mesma relação¹³³.

A aproximação entre o emprego público e emprego privado – com o ingresso na Administração Pública de um conjunto de efectivos com funções consideradas próximas às dos trabalhadores privados, juntamente com o reconhecimento de direitos colectivos no âmbito da relação de emprego público, e com a crescente importância que assume o contrato individual de trabalho no seio da Administração Pública –, conduziu a que se tenha começado a defender a obsolescência da teoria estatutária, que considera a *função pública* como um mundo distinto e distante do trabalho privado¹³⁴, originando que também se

¹³⁰ Rogério, *Direito Administrativo*, Lições ao curso complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no ano lectivo de 1977/78 (polic.), Coimbra, 1978, pág. 94 e 95.

¹³¹ José A. García-Trevijano Fos, “Relación Orgánica y Relación de Servicio en los Funcionarios Públicos”, in *Revista de Administración Pública*, Ano V, n.º13, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, pág.68, Ettore Morone, “Impiego Pubblico”, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VIII, 3.ª Edição, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1957, pág. 265, e Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 39, nota n.º112.

¹³² Cfr. Vasco Pereira da Silva, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, cit., pág. 96, e José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 291, nota 72.

¹³³ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 40.

¹³⁴ Miguel Rodríguez Piñero, “Trabajo privado y trabajo público”, in *Relaciones Laborales*, n.º 1, 1989, pág.44.

questionasse a razão de ser do regime estatutário e qual o papel que desempenha actualmente o funcionário no cenário social¹³⁵. Despoleta-se pois a questão se este não se terá convertido num mero trabalhador da Administração Pública e, nessa medida, se deve ou não a sua relação de emprego ser disciplinada pelo direito laboral¹³⁶.

Além disso, por esta altura, o funcionário da Administração começou a ser visto como desfavorecido em relação à actividade privada. Invertendo-se a antiga situação, a actividade privada passa a ser a mais prestigiada, pois os seus servidores gozam de um regime mais favorável do que o da *função pública* – as empresas oferecem a vantagem de não estarem cingidas a leis que condicionem a admissão, a remuneração e a promoção do empregado –, e os agentes da Administração sentem-se atraídos pelo sector privado, para ele fugindo, ou passam a reclamar vantagens iguais às que ele proporciona. Por sua vez, assiste-se a um fenómeno de *privatização* por parte da lei de muitas entidades da Administração Pública, procurando libertá-las das exigências do Direito Administrativo clássico, para lhe permitir maior liberdade de movimentos e de adaptação. Nessa liberdade começa, progressivamente, a incluir-se com frequência a desvinculação dos seus agentes do *estatuto da função pública*, com a correspondente submissão ao regime laboral privado¹³⁷.

Concretamente em Portugal, perante as recentes alterações legislativas que generalizam o contrato de trabalho no seio da Administração Pública, ainda que designado em “funções públicas”, coloca-se a questão de saber se o regime tradicional da *função pública* não terá sido abandonado e substituído pelo regime laboral privado, ainda que com especificidades¹³⁸. A recente evolução legislativa, como veremos, parece caminhar neste sentido, segundo cremos, tal como um camião que perde os freios no cimo de uma descida íngreme, cujo trágico desfecho trágico se anuncia!

¹³⁵ Vicente Gonzalez-Haba Guisado, “La nueva Imagen del Funcionario Público”, in *Documentación Administrativa*, n.º 174, Madrid, 1977, pág. 50.

¹³⁶ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 36, 38 e 41.

¹³⁷ Marcello Caetano, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, cit., pág. 291.

¹³⁸ Cfr. Cláudia Viana, “O conceito do funcionário público – tempos de mudança”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LVI, n.º 309, Universidade do Minho, 2007, pág. 628.

3. *A função pública como realidade constitucional*

A *função pública* é identificada e singularizada pelo legislador constituinte¹³⁹, consistindo num elemento da ordem constitucional democrática e, como tal, encontra-se regulada na Constituição, pelo menos nos seus aspectos nucleares¹⁴⁰.

A Constituição da República Portuguesa¹⁴¹ (doravante CRP) versa especificamente sobre o emprego público em vários preceitos, concretamente, enumerando, por ordem crescente de numeração: no n.º 2 do artigo 15.º; veda-se o acesso a funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico a estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal; no n.º 2, do artigo 47.º consagra-se o direito de todos os cidadãos poderem aceder à *função pública* em condições de igualdade e liberdade, em regra por via do concurso; na alínea t), do n.º 1, do artigo 165.º insere-se na reserva relativa de competência da República as “bases do regime e âmbito da *função pública*”; na alínea e) do artigo 199.º prevê-se que compete ao Governo, no exercício de funções administrativas, praticar todos os actos exigidos pela lei respeitantes aos funcionários e agentes do Estado e de outras pessoas colectivas públicas, naturalmente como órgão superior da Administração Pública – artigo 182.º); no n.º 2 do artigo 243.º estabelece-se a aplicação aos funcionários e agentes da Administração Local do regime dos funcionários e agentes do Estado; no n.º 2 do artigo 266.º prevê-se a subordinação dos agentes administrativos a princípios jurí-

¹³⁹ Ana Fernanda Neves, Os «desassossegos» do Regime da Função Pública”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLI, n.º 1, Coimbra Editora, 2000, pág. 61.

¹⁴⁰ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., pág. 837.

¹⁴¹ Em todas as Constituições Portuguesas o emprego público foi objecto de particular detenção: artigo 12.º a 14.º, e no artigo 103.º da Constituição de 1822; artigo 15.º, n.º 27 do artigo 145.º da Carta Constitucional de 1826, o n.º 7, do artigo 26.º, 30.º e 37.º da Constituição de 1838; artigo 3.º, o n.º 7 do artigo 26.º, n.º 4, do 47.º da Constituição de 1911; e o artigo 5.º, 22.º a 25.º e 108.º da Constituição de 1933. Cfr. Ana Fernanda Neves, Os «desassossegos» do Regime...”, cit., pág. 61, e Jorge Miranda, “A Administração Pública nas Constituições Portuguesas”, in *O Direito*, Ano 120, 1988, III-IV, Julho-Dezembro, pág. 609-611, 613 e 614.

dicos fundamentais¹⁴²; no artigo 269.º especifica-se, conforme decorre da sua epígrafe, regime da *função pública*"); e nos artigos 271.º e 22.º prevê-se a responsabilidade dos funcionários e agentes¹⁴³.

Contudo, por um lado, apenas se encontra a expressão *função pública* expressamente em três artigos: no n.º 2 do artigo 47.º; na alínea t) do n.º 1 do artigo 165.º, e no artigo 269.º; por outro lado, embora o n.º 3.º do artigo 212.º, que prevê uma jurisdição autónoma com competência específica para o julgamento de litígios emergentes de relações de relações administrativas, não se refira expressamente à *função pública* entendemos que é sua intenção englobá-la na medida em que se pode considerar que esta integra a noção ampla de "relação jurídica administrativa".

O artigo 269.º, o qual tem justamente por epígrafe o "*regime da função pública*"¹⁴⁴, constitui o ponto fulcral na compreensão deste regime, uma vez que lhe é *magistralmente* dedicado, bastando atender-se ao seu conteúdo. Salientando a importância do artigo 269.º, e atendendo ao seu conteúdo, Ana Fernanda Neves apresenta-o nos moldes seguintes: no n.º 1 afirma-se a subordinação dos trabalhadores da Administração Pública aos respectivos interesses públicos. No n.º 2 consagra-se o princípio da cidadania activa dos trabalhadores da Administração Pública, sendo os tais, enquanto cidadãos, titulares de direitos de participação política; resultando também deste preceito o princípio da separação do poder político, pelo que cabe aos trabalhadores executar políticas governamentais, legitimadas em eleições livres, na medida em que tenham tradução nos interesses públicos a prosseguir pelas pessoas colectivas empregadoras, o que fazem com neutralidade política, competindo-lhes assegurar a continuidade e funcionamento da Administração Pública para além dos ciclos eleitorais. Do n.º 3 resulta que ao trabalhador numa relação jurídica de emprego público arguido em "processo disciplinar" são asseguradas as garantias de audiência e

¹⁴² O n.º 2, do artigo 266.º da CRP vincula os órgãos e agentes administrativos a exercerem as funções no respeito pelos princípios da constitucionalidade, da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade, e da boa fé. Sendo que a revisão constitucional de 1989 aditou aos princípios da legalidade, da justiça e da imparcialidade, os da igualdade e da proporcionalidade. Por sua vez, a revisão constitucional de 1997 acrescentou, à parte final do n.º 2 do artigo 266.º da Constituição, o princípio da boa fé. Cfr. Ana Fernanda Neves, "O direito da...", cit., pág. 367.

¹⁴³ Ana Fernanda Neves, "Os «desassossegos» do Regime...", cit., pág. 60.

¹⁴⁴ Itálico nosso.

defesa. O n.º 4 consagra outro traço essencial do “regime da função pública”, que é o da proibição, por princípio, da acumulação de “empregos ou cargos públicos”. Por fim, de acordo com o n.º 5 daquele preceito constitucional, o regime da relação jurídica de emprego nuclear deve integrar, por um lado, a definição de situações de incompatibilidade entre o exercício de empregos ou cargos públicos e o de outras actividades e, por outro lado, estas devem ser definidas por lei¹⁴⁵.

Dos preceitos constitucionais citados, *maxime* do seu artigo 269.º, decantam alguns autores que a Constituição consagra uma garantia institucional¹⁴⁶ de *função pública*¹⁴⁷. Por garantia institucional pretende-se referir que se está perante um *complexo jurídico-normativo* que se dirige a proteger directamente determinadas instituições como realidades sociais objectivas, pelo que, só indirectamente, visará proteger direitos subjectivos dos particulares¹⁴⁸. Nesta medida, a *função pública* como “garantia jurídica objectiva”¹⁴⁹ constitucionalmente protegida coloca limites ao legislador, não obstante a admissão de certa margem de liberdade de conformação legal, proibindo-lhe a destruição, bem com

¹⁴⁵ Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 362.

¹⁴⁶ Escreve Carl Schmitt: “[a] *garantia institucional é, por essência, limitada. Existe só dentro do Estado e não se baseia na ideia de uma esfera de liberdade em princípio ilimitada, antes diz respeito a uma instituição juridicamente reconhecida que, como tal, é sempre uma coisa circunscrita e delimitada ao serviço de certas tarefas e de certo fim, ainda quando as tarefas não estejam especializadas em particular e seja admissível alguma «universalidade do círculo de actuação»*”, cfr. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, (tradução espanhola de *Verfassungslehre*), Alianza Editorial, Madrid, 1996, pág. 175.

¹⁴⁷ Entre eles, nomeadamente, Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 360-368, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 397 e sgs., e Vieira de Andrade, *Os Direitos fundamentais na Constituição*, cit., pág. 136-137.

¹⁴⁸ Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., (2.º reimp.), Almedina, Coimbra, 2003, pág. 397; Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 397 e sgs.; e Vieira de Andrade, *Os Direitos fundamentais na Constituição*, cit., pág. 136-137.

¹⁴⁹ Sobre as garantias institucionais em geral, *vide* Klaus Stern, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pág. 622-623 e Maria D’ Oliveira Martins, *Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais*, Almedina, Coimbra, 2007. Sobre a *função pública* como garantia institucional em particular, Vital Moreira, “Projecto de Lei-Quadro dos Institutos Públicos”, in Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública/Grupo de Trabalho para os Institutos Públicos, *Relatório e proposta de lei-quadro sobre os Institutos Públicos*, Coordenação de Vital Moreira, Lisboa, 2001, pág. 424-425 e 434-436, e Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 397 e sgs.

a descaracterização ou desfiguração da “instituição” *função pública* (no seu núcleo essencial)¹⁵⁰.

No entanto, entre os autores que defendem que decorre de certos preceitos constitucionais uma *garantia institucional de função pública*, existem diferentes entendimentos quando ao seu conteúdo. Alguns autores¹⁵¹ entendem que estes preceitos constitucionais estão claramente incluídos, no apelidado “mínimo denominador comum de regime de Direito Público”¹⁵², aplicável a todas as relações de emprego estabelecidas com a Administração, independentemente, do concreto regime jurídico aplicável à relação — que pode ser de direito laboral privado ou de direito laboral administrativo¹⁵³. A ser assim, segundo este entendimento, da existência de uma *garantia institucional de função pública* não decorre, necessariamente, a sujeição de todas as relações de emprego público a um regime específico de Direito Administrativo, diferente do regime laboral privado, mas apenas que os aspectos nucleares previstos no texto fundamental se aplicam a todas as relações de emprego com a Administração, independentemente do concreto regime jurídico ser de Direito do Trabalho ou de Direito Administrativo.

Para outros autores¹⁵⁴, apesar de também defenderem a existência de uma *garantia institucional de função pública*, atribuem a esta um

¹⁵⁰ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 397 e sgs., e Vieira de Andrade, *Os Direitos fundamentais na Constituição*, cit., pág. 136-137, e Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 397.

¹⁵¹ Neste sentido, Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 362.

¹⁵² Designação atribuída por Ana Fernanda Neves, *O direito da ...*, cit., pág. 366 e, da mesma autora, *Relação Jurídica*, cit., pág. 326 e sgg.

¹⁵³ Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 366.

¹⁵⁴ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 49-50, 399-403.

Também, parece ir, neste sentido, Vital Moreira, em anotação ao artigo 33.º do “Projecto de Lei-Quadro dos Institutos Públicos”, referia que para o afastamento do “*tradicional regime da função pública (que aliás tem sido objecto de grandes mudanças entre nós, desde o 25 de Abril), mesmo a sua abolição, como se fez há poucos anos na Itália, o que entre nós parece requerer uma alteração constitucional, visto que o regime da função pública constitui uma espécie de “garantia institucional”(CRP, art. 269.º), implicando salvaguarda constitucional dos seus traços essenciais. Mas enquanto isso não for feito, não pode considerar-se admissível uma generalizada «fuga do regime da função pública», nomeadamente por via da sistemática criação de institutos públicos como regime de direito laboral comum*”. Acrescentado, o mesmo autor, em anotação ao artigo 45.º do mesmo “Projecto”, que “[e]nquanto o regime da função pública permanecer como regra da administração pública portuguesa (aliás por força da Constituição), a adopção do regime do contrato individual de trabalho deve ser considerada excepcional, pelo que exige justificação caso a caso”. Cfr. Vital Moreira, “Projecto de Lei-Quadro dos Institutos Públicos”, in Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública/Grupo de Trabalho para os Institutos Públicos, *Relatório e pro-*

conteúdo distinto, considerando, ao contrário do entendimento anteriormente enunciado, que o próprio regime da *função pública* constitui uma espécie de *garantia institucional*, pelo que defendem que dos preceitos constitucionais citados também se infere que a Constituição pressupõe um regime específico de direito público para a “instituição” da *função pública*¹⁵⁵. O legislador terá pois que manter o *núcleo essencial* desta instituição, o qual há-de compreender a execução das funções consideradas indispensáveis para a realização das atribuições das diversas pessoas colectivas públicas que integram a Administração, levadas a cabo por um particular conjunto de indivíduos – na terminologia constitucional ainda em vigor, *funcionários e agentes* –, que se encontram sujeitos a uma disciplina específica por força da “*essencialidade da mesma para a correcta prossecução do interesse público*”¹⁵⁶. O mesmo será dizer que, para a submissão da *função pública* à adequada prossecução do interesse público, torna-se necessário que o respectivo regime jurídico assegure a supremacia da Administração Pública na conformação da relação de emprego, por forma a funcionalizar o pessoal ao seu serviço aos interesses gerais da colectividade. Aliás, é para que os fins que são constitucionalmente atribuídos à Administração Pública possam vir a ser prosseguidos com mais eficácia, que se torna indispensável que sejam impostas unilateralmente normas e também sejam atribuídas ao Estado prerrogativas de estabelecimento, e de modificação unilateral da organização administrativa e da disciplina da relação de emprego¹⁵⁷.

Concordamos com o entendimento deste último grupo de autores. Relembramos, que a *função pública*, como realidade com digni-

posta de lei-quadro sobre os Institutos Públicos, Coordenação de Vital Moreira, Lisboa, 2001, anotação ao artigo 33.º, pág. 424-425, anotação artigo 45.º, pág. 434-436.

Ainda Vieira de Andrade reconhece que existe uma garantia institucional à *função pública*, não obstante, certamente por influência do fenómeno de privatização, considere estar em vias de descaraterização, garantia esta que não pertence à matéria dos direitos fundamentais, e se qualifica, nessa medida, como garantia não jusfundamental, cfr. Vieira de Andrade, *Os Direitos fundamentais na Constituição* cit., pág. 135, nota 79.

Por fim, neste sentido também parece ir, Lino José Baptista Rodrigues Ribeiro, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública – direitos adquiridos ou arbítrio legislativo?”, in *Colóquios da Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal*, 2010, pág. 233-234

¹⁵⁵ Vital Moreira, “Projecto de Lei-Quadro dos Institutos Públicos”, cit., anotação ao artigo 33.º, pág. 424-425.

¹⁵⁶ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 399.

¹⁵⁷ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 399, nota n.º 884.

dade e com existência constitucionalmente consagrada, surge desde logo como um elemento da ordem constitucional democrática, a qual deve encontrar-se regulada, pelo menos, nos seus aspectos nucleares pela Constituição¹⁵⁸. Deste modo, os preceitos constitucionais mencionados informam *princípios materiais informadores da função pública*. Os quais, seguindo o entendimento de Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁵⁹, não são somente de natureza puramente administrativa, mas de verdadeiro direito constitucional (formal e material). Pelo que, uma parte importante do regime da *função pública* integra o direito público, *maxime* o Direito Constitucional¹⁶⁰.

Por sua vez, a subordinação da Administração e dos seus agentes à realização do interesse público, e a necessidade de assegurar a supremacia daquela face a estes para a cabal realização dos interesses da colectividade — até porque esta relação que é de *supra-infra-ordenação* não deixou, pelo menos implicitamente, de ser reconhecida com a inserção sistemática da *função pública* no capítulo respeitante à organização administrativa e não naquele capítulo em que está regulado o trabalho em geral¹⁶¹ —, justifica que os trabalhadores da Administração Pública estejam sujeitos a um *regime distinto do regime dos demais trabalhadores* e a uma *jurisdição especializada* também voltada para apreciar a legalidade do procedimento adoptado pela entidade empregadora (pública) e não apenas a eventual violação de direitos individuais¹⁶². Assim sendo, nas felizes palavras de Paulo Veiga e Moura: “*não é por estar sujeita ao Direito Administrativo que a Função pública é Função pública e foi autonomizada. Bem pelo contrário, é por ser Função pública (e possuir especificidades) que a Função pública foi autonomizada e sujeita a um regime específico de Direito Administrativo*”¹⁶³⁻¹⁶⁴.

Este nosso entendimento de que o texto constitucional pretendeu distinguir o *mundo laboral comum* do *mundo da função pública*, parece

¹⁵⁸ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., pág. 837, e Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 398.

¹⁵⁹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., pág. 837.

¹⁶⁰ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., pág. 837.

¹⁶¹ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 399, nota n.º 884.

¹⁶² Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 50.

¹⁶³ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 50.

¹⁶⁴ Também no sentido de sujeitar a *função pública* a um regime específico, Gomes Canotilho e Vital Moreira ao referir que “*o conceito de função pública exige todavia um regime próprio dela, distinto do das relações de trabalho comum (de direito privado)*”, cfr. Gomes Cano-

resultar, no essencial da análise sistemática do conjunto de preceitos constitucionais referidos. Senão veja-se, desde logo, o artigo 47.º, ao referir no seu n.º 1 que os cidadãos têm direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, enquanto no seu n.º 2 consagra a mesma igualdade e liberdade no acesso à *função pública*. Já a alínea t) do n.º 1 do artigo 165.º se prevê a criação de um regime jurídico unilateral e autonomamente disciplinado, distinto do regime laboral comum. O n.º 3, do 212.º prevê uma jurisdição especializada – os Tribunais Administrativos e Fiscais – para o julgamento dos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas, ora, como veremos melhor *infra*, qualquer uma das modalidades de emprego público corresponde a uma relação jurídica administrativa, a qual pressupõe um forte ponto de contacto com o Direito Administrativo. Além disso, o artigo 269.º com a epígrafe o “regime da *função pública*”, e com a imposição no seu n.º 1 de que os trabalhadores da Administração “*estão exclusivamente ao serviço do interesse público*”, parece apontar para a obrigatoriedade de um estatuto específico para a *função pública*¹⁶⁵. Reiterando esta ideia, o n.º 2 do artigo 243.º estabelece que “é aplicável aos funcionários e agentes da Administração Local o *regime dos funcionários e agentes*”¹⁶⁶, de onde que pode concluir-se que o regime mencionado deverá ser específico e distinto do regime laboral comum¹⁶⁷. Deste modo, consideramos que possa resultar dos preceitos constitucionais citados uma *garantia institucional de função pública*, estando nesta incluída a garantia de um regime jurídico específico e distinto para disciplinar as relações de emprego na Administração em comparação com o regime dos restantes trabalhadores.

Ora, pode concluir-se que a Constituição atribuiu dignidade constitucional à *função pública*, e embora não apresente expressamente uma

tilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., pág. 837. Também Paulo Veiga e Moura ao referir “*parece-nos que a Constituição da República Portuguesa autonomizou a Função Pública do mundo do trabalho e das relações laborais, considerando-a não necessariamente uma realidade antagónica a este último mas seguramente uma realidade diferente, que justificará a sujeição a um regime específico*”, cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 42-43.

¹⁶⁵ Referindo a este propósito, Nuno Sousa que “[o] *regime específico da função pública deve ser de direito público, apontando o art[igo] 269.º, n.º 1 para o critério do interesse público, o qual é um dos critérios principais da distinção entre direito público e direito privado*”, cfr. Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa, “A Reforma do Emprego Público em Portugal”, in *Questões Laborais*, Ano XXI, n.º 45, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 217.

¹⁶⁶ Itálico nosso.

¹⁶⁷ Neste sentido, continuamos a acompanhar Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 42-43.

noção dela, reconhece-lhe essa dignidade ao consagrá-la como uma realidade com existência constitucional¹⁶⁸. Contudo, como a Lei Fundamental não fornece expressamente um conceito de *função pública*, e o apuramento dele é importante para a delimitação da vinculação ou liberdade do legislador ao estabelecer o regime da *função pública*, tentaremos *infra* descortinar o conceito constitucional de função pública.

4. O conceito constitucional de *função pública*

A primeira dificuldade que se levanta face ao texto constitucional consiste em saber se há ou não um conceito constitucional de *função pública*, e em caso afirmativo, qual o seu conteúdo e extensão, ou se tais normas se limitam a conferir ao legislador o poder de delimitar o âmbito da *função pública*¹⁶⁹.

A utilização, pelos operadores do direito e na linguagem comum, da expressão *função pública*, mostra que ela pode corresponder a várias realidades, dependendo do ponto de vista¹⁷⁰, surgindo como o significante de um objecto não unívoco ou de uma categoria de trabalhadores não facilmente delimitável¹⁷¹. François Gazier visando apreender a realidade contida na expressão refere-a como uma “*abstracção cómoda*”, sem rigor jurídico mas utilizada em grande parte do mundo, designado “*não somente o conjunto de funcionários, mas também tudo o que respeita à sua gestão, arrumação, à regulamentação do pessoal das administrações públicas*”¹⁷².

Sabemos, no entanto, que a *função pública* possui uma grande proximidade com a Administração, ao ponto dessa ligação já ter sido designada de *ligação umbilical*¹⁷³ entre os trabalhadores e a Administra-

¹⁶⁸ Também, neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 45.

¹⁶⁹ Lino José Baptista Rodrigues Ribeiro, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, cit., pág. 233-234.

¹⁷⁰ Refere, a este propósito, Paulo Veiga e Moura que poderemos estar a reportar-nos “a realidades tão diferentes como o modelo de função pública, o sistema de função pública, a noção ampla ou restrita de funcionário, o regime jurídico ou o vínculo formal”. Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 18.

¹⁷¹ Neste sentido, Ana Fernanda Neves, Os «desassossegos» do Regime da Função Pública”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLI, n.º 1, Coimbra Editora, 2000, pág. 65.

¹⁷² François Gazier, *La Fonction Publique dans le Monde*, Bibliothèque de L’Institut International d’Administration Publique, Paris, 1972, pág. 13.

¹⁷³ Expressão usada por Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 45.

ção Pública, que resulta a nível constitucional da sua inserção sistemática no Título IX da Constituição que se refere à Administração Pública, daqui se concluindo que para o legislador constituinte a Função pública só pode existir e ser pensada no seio da Administração Pública¹⁷⁴.

Poderia pensar-se que, do exposto, se constataria que a *função pública* devesse ser definida através de um *critério orgânico* ou *subjectivo*. Este parece ser o entendimento de João Alfaia ao definir a função pública como a “*actividade desenvolvida pelos órgãos e agentes das pessoas colectivas de direito público no sentido de assegurar — directa ou indirectamente — a satisfação das necessidades colectivas*”¹⁷⁵.

No entanto, na esteira de Paulo Veiga e Moura¹⁷⁶, entendemos que a Constituição não perfilhou um conceito orgânico de Função Pública, tendo antes adoptado um conceito que parte de um *critério funcional ou objectivo*, relacionado com a natureza das funções, abrangendo apenas as pessoas individuais vinculadas à Administração por uma relação jurídica de emprego, tendo por objecto a prestação, mediante retribuição predeterminada, de trabalho subordinado de forma continuada e profissional, visando a realização de fins institucionais do ente público¹⁷⁷.

No entanto, mesmo partindo deste *critério objectivo* há divergências na doutrina quanto ao conceito constitucional de função pública, tendo vindo a ser apresentadas três tipos diversas de formulações, as quais apresentam amplitudes completamente distintas¹⁷⁸.

Assim, partindo da natureza das funções exercidas¹⁷⁹, uns defendem um conceito muito restrito, reduzindo-o às relações de emprego que impliquem o exercício de poderes de autoridade¹⁸⁰. Outros

¹⁷⁴ Cfr., neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 45, e Ettore Morone, “Impiego Pubblico”, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VIII, 3.ª Edição, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1957, pág. 266.

¹⁷⁵ Cfr. João Alfaia, *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1985, pág. 7.

¹⁷⁶ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 46.

¹⁷⁷ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 45, e Pietro Virga, *Il Pubblico Impiego*, 3.ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 1991, pág. 3.

¹⁷⁸ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 47 e Lino José Baptista Rodrigues Ribeiro, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, cit., pág. 233-234.

¹⁷⁹ Seguimos a sistematização de Lino Ribeiro, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, cit., pág. 233-234, e Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 45.

¹⁸⁰ Valentín R. Vasquez de Prada, “El Funcionario Publico: Señas de Identidad”, in *Documentación Administrativa*, n.º 189, 1981, pág. 207-208, onde se refere Rusciano é um dos

adoptam uma concepção intermédia, que incluiu no âmbito da função pública apenas as relações de emprego disciplinadas pelo Direito Administrativo¹⁸¹. Outros, por fim, defendem um conceito amplo de função pública, que compreende todos os indivíduos ligados a uma pessoa colectiva pública por uma relação jurídica de emprego, independentemente da natureza privada ou pública do vínculo¹⁸²⁻¹⁸³.

Tendemos a defender um conceito intermédio, na esteira de

autores que mais defende posição, Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 373, e da mesma autora, “Os «desassossegos» do Regime da Função Pública”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLI, n.º 1, Coimbra Editora, 2000, pág. 67-69.

¹⁸¹ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 45; Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 131-132; e, António Cândido de Oliveira, “Os funcionários públicos em Portugal: Presente e Perspectivas de Futuro”, in *Scientia Iuridica*, Tomo XLVIII, n.ºs 277-279, 1999, pág. 104.

¹⁸² Ana Fernanda Neves, “Os «desassossegos» do Regime...”, cit., pág. 61, 65, 66; e, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, anotação ao artigo 269.º, pág. 838 – referindo, no entanto, estes autores que o conceito de *função pública* exige um regime próprio dela, distinto do das relações de trabalho comum (de direito privado).

¹⁸³ Ana Fernanda Neves, quanto ao *conceito constitucional de função pública entende que o texto constitucional é compatível com dois dos sentidos mencionados supra, um sentido estrito e um sentido mais amplo*.

Na verdade, por um lado, entende que é compatível com o texto constitucional a formulação de um sentido estrito do *conceito constitucional da função pública*, correspondendo este ao conjunto de trabalhadores da Administração cujas relações de trabalho são disciplinadas por um específico regime jurídico de Direito Administrativo, de carácter estatutário, distinto do laboral privado. Partindo deste *conceito constitucional de função pública*, e da análise sistemática de alguns preceitos constitucionais relativos ao trabalho na Administração Pública, *maxime* do n.º 2, do artigo 15.º defende que pode resultar da lei fundamental uma “reserva de função pública em sentido estrito”, cfr. Ana Fernanda Neves, “O direito da função pública”, cit., pág. 359, 368-373. Pelo que, sustenta que pode extrair-se da Constituição a interpretação de que esta consagra uma “reserva de função pública em sentido estrito” apenas para os trabalhadores públicos em funções de autoridade e soberania, enquanto os outros trabalhadores podem ficar sujeitos ao regime do contrato individual de trabalho (na verdade, numa solução muito próxima da actualmente consagrada nos dados juspositivos vigentes – esta sua posição foi, aliás, recentemente citada e, ao que tudo indica, acolhida pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 154/2010, de 20 de Abril).

Por outro lado, sustenta a mesma autora que, no entanto, que, além desse *sentido estrito de função pública*, é também compatível com o texto constitucional a formulação de um *sentido mais amplo de função pública* que permita incluir as relações de emprego de todos os trabalhadores ao serviço da Administração, as quais independentemente do regime que em concreto as discipline (podendo ser um regime laboral privado ou laboral administrativo), assentam num “mínimo denominador comum de regime jus-publicista” (cfr. Ana Fernanda Neves, “O direito da função pública”, cit., pág. 359-360; e, também de um seu escrito mais antigo “Os «desassossegos» de regime da função pública”, in *Revista da Facul-*

Paulo Veiga e Moura¹⁸⁴, no sentido de que o conceito constitucional de função pública apenas pretende integrar aqueles indivíduos que de forma subordinada prestam trabalho à administração, sendo aquele disciplinado pelo Direito Administrativo. No entanto, uma vez que o texto constitucional não opta por nenhuma destas formulações de forma expressa e unívoca, é possível apontarem-se limitações a cada uma das três formulações¹⁸⁵.

De acordo com a primeira formulação, a mais estrita, só o pessoal que exerce funções de autoridade ou soberania se deve considerar incluído na noção constitucional de *função pública*. Este entendimento parece partir do conteúdo do n.º 2 do artigo 15.º da CRP, que veda o exercício de funções públicas que tenham carácter predominantemente não técnico aos estrangeiros e apátridas, o que não contraria o princípio comunitário da livre circulação de trabalhadores no interior da União Europeia¹⁸⁶. Do n.º 2, do artigo 15.º, da CRP decorre que há funções que só podem ser exercidas por determinados trabalhadores, tendo em conta a especificidades das funções que estão em causa, funções predominantemente não técnicas. Daqui decorrendo para alguns autores a existência de uma *reserva constitucional de função pública em sentido estrito*¹⁸⁷. Por um lado, não se nega que os trabalhadores que

dade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XLI, n.º 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 61 e 65-66).

¹⁸⁴ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 47.

¹⁸⁵ Quanto às limitações apontadas às formulações continuamos acompanhar, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 48-51.

¹⁸⁶ O artigo 39.º do Tratado da União Europeia prevê a livre circulação de trabalhadores no seio da União Europeia, proibindo todas as discriminações baseadas na nacionalidade, estabelecendo contudo, no seu n.º 4, que este princípio não é aplicável aos empregos na Administração Pública. No entanto, desde há algum tempo, o Tribunal da Justiça da União Europeia tem vindo a fazer uma interpretação restritiva da excepção consagrada no n.º 4 do artigo 39.º do Tratado, considerando que uma restrição geral do acesso aos cidadãos comunitários ao emprego na Administração Pública não se apresenta em conformidade com o direito comunitário. Consistindo esta interpretação restritiva do Tribunal, segundo Comunicação da Comissão Europeia de 2002, no seguinte: “o Estado-Membro só pode reservar o acesso a empregos na função pública aos seus nacionais se esses empregos estiverem directamente relacionados com actividades específicas da administração pública, nomeadamente as que envolvam exercício de autoridade pública e responsabilidade da salvaguarda do interesse geral do Estado, incluindo organismos públicos como as autoridades locais”. Cfr. Comunicação da Comissão Europeia, “Livre circulação de trabalhadores – realização integral de benefícios e potencialidades”, de 11 de Dezembro de 2002, COM (2002) 694 final, pág. 19. Disponível em <http://www.infoeuropa.euroid.pt/registo/000014779/>. Consultado a 18/07/2014.

¹⁸⁷ Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 368-373.

exercem estas funções de autoridade ou soberania se distinguem dos restantes trabalhadores, dada as especificidades das funções exercidas, pelo que devem ser incluídos no já apelidado *núcleo duro*¹⁸⁸, ou *chave*¹⁸⁹, da *função pública*, partindo o seu regime de um regime comum a todos os servidores públicos, mas apresentando em certos aspectos diferenças que exigem, até como resulta da própria Constituição (v. g., artigo 270.º da CRP), um regime mais exigente do que o dos outros trabalhadores da Administração Pública em funções predominantemente técnicas¹⁹⁰ – apesar de o legislador ordinário continuar a não definir o que entende por funções predominantemente técnicas e não técnicas, parece haver um entendimento generalizado no sentido de a sua diferenciação ser efectuada consoante o seu exercício predominem competentes técnicas ou de autoridade¹⁹¹. Mas, por outro lado, já não cremos que se deva concluir deste artigo n.º 2, artigo 15.º da CRP, que só os trabalhadores que participem no exercício do *potestas* do Estado integrem o conceito constitucional de *função pública*. Contra esta formulação restrita diga-se que a Constituição incluí no âmbito da *função pública* para além dos funcionários também os agentes, o que não faria sentido se dela só fizessem parte os que exercem funções de autoridade. Este entendimento parece partir de uma visão liberal de função pública, a qual se encontrava limitada ao exercício de funções de soberania ou autoridade, pois também eram estas as funções assumidas pelo Estado, que se auto-limitava para permitir a liberdade dos cidadãos no maior campo possível. Actualmente, o Estado apresenta mais funções do que as de segurança, funções que lhe foram conferidas com o advento do Estado Social, e *maxime* pelo Estado-Providência. Assim, actualmente, o cidadão no quotidiano mais do que precisar de uma administração agressiva, carece, e cada vez mais, de uma administração que lhe confira prestações sociais¹⁹², resultando, do exposto, que não deve restringir-se a função pública somente ao pessoal que participe no exercício do *potestas* do Estado.

¹⁸⁸ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 94.

¹⁸⁹ João Alfaia, *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, cit., pág. 13.

¹⁹⁰ Também neste sentido Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 94.

¹⁹¹ Cfr., também para mais desenvolvimentos, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 88.

¹⁹² Neste sentido Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 48.

Quanto à noção ampla, ela parte do errado pressuposto de que integra a *função pública* toda a força laboral ao serviço da Administração Pública. Ora, na realidade tal não acontece¹⁹³, nem deve suceder, uma vez que o conjunto das especificidades que justifica a autonomização constitucional da Função pública não se apresenta em todo o trabalho subordinado da administração¹⁹⁴. Para além disso, esta formulação parece ignorar que a Constituição autonomizou a *função pública* do trabalho em geral, prevendo que a par dos trabalhadores existiriam obrigatoriamente funcionários e agentes, e impôs que estivessem sujeitos a um regime especial, pelo que mal se entenderia, que esse regime específico fosse na verdade o regime jurídico comum de todos os trabalhadores. Por último, refere Paulo Veiga e Moura¹⁹⁵ que a impossibilidade deste regime próprio da *função pública* resultar do Direito Laboral sempre seria inquestionável nas situações do n.º 2, do artigo 15.º da CRP, e n.º 4, na qual se reserva o exercício de funções predominantemente não técnicas para os nacionais, o que leva a concluir que a disciplina destes cargos não possa ser a mesma que rege a generalidade dos trabalhadores.

Pensamos, pois, por um lado, que da autonomização constitucional da *função pública*, decorre que o legislador constituinte pretende consagrar um regime para a *função pública* distinto do que existe para os trabalhadores em geral. Por outro lado, a *função pública* é delimitada constitucionalmente por *funcionários* e por *agentes*, que de acordo com um determinado entendimento destes conceitos, como veremos *infra*, permite concluir que integram a *função pública*, não só os que exercem funções de autoridade como também os que exercem funções predominantemente técnicas. Até porque apesar de resultar da Constituição, sobretudo dos seus n.º 2, do artigo 15.º e artigo 270.º, que existe um regime mais intenso de direito público para os que exercem funções de autoridade, em parte alguma o texto constitucional exclui da *função pública* os que exercem funções predominantemente não técnicas. Daqui resulta o nosso entendimento de que a *função pública* é constituída por todos aqueles que exercem funções de forma subordinada na Administração Pública, vinculados por um regime imposto unila-

¹⁹³ Vicente González-Haba Guisado, “Política de Personal y Rasgos Estructurales de la Función Pública Española”, in *Revista de Estudios de la Vida Local*, n.º 220, 1983, pág. 699.

¹⁹⁴ Jean-Marie Auby e Jean-Bernard Auby, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 2.ª Ed., 1993, pág. 28-29.

¹⁹⁵ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 49.

teralmente definido, estatutário, de direito público, *maxime* de Direito Administrativo¹⁹⁶.

Sendo certo que em parte alguma da Constituição se pode ler que a *função pública* se encontra disciplinada pelo Direito Administrativo¹⁹⁷, pelo que esta referência não se deve considerar incluída na noção constitucional de *função pública*, ainda que se possa retirar esse entendimento da Constituição, da análise conjugada de alguns dos seus preceitos. Nomeadamente, da alínea t), do n.º 1, do artigo 165.º, decorre que os aspectos fundamentais do regime da *função pública* são disciplinados por uma lei de bases. Ou seja, uma parte importante do regime da *função pública* deve ser fixada por uma lei, de uma forma geral e impessoal. Por outro lado, resulta da epígrafe do artigo 269.º, que existe um regime da *função pública*, daí se conclui que a Constituição reconhece a necessidade da existência de um estatuto especial para a *função pública*, que deverá apresentar diferenciações face ao regime laboral comum. Além disso, do n.º 1, do artigo 269.º resulta que os trabalhadores da *função pública* estão exclusivamente ao serviço *do interesse público* tal como ele é definido, nos termos da lei, pelos órgãos competentes da Administração. Ora, o interesse público exige um regime que seja fixado unilateralmente, e que possa por essa forma possa também ser alterado, caso isso se revele necessário para a sua prossecução. Havendo quem refira que é a possibilidade de modificação da situação dos agentes públicos pelo legislador ou pela autoridade que detém o poder regulamentar a qualquer momento, com o fim de adaptar o serviço público às necessidades que ele deve satisfazer, é a razão prática fundamental da situação legal e regulamentar dos agentes públicos¹⁹⁸. São, no fundo, as especificidades da *função pública* que justificam a sua autonomização constitucional e a sua sujeição a um regime específico¹⁹⁹. Estamos a referir-nos ao chamado regime legal ou estatutário da

¹⁹⁶ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 49.

¹⁹⁷ Diogo Freitas do Amaral define Direito Administrativo como o “*ramo de direito público constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a organização e o funcionamento da Administração Pública, bem como as relações por ela estabelecidas com outros sujeitos de direito no exercício da actividade administrativa de gestão pública*”, cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Ed., cit., pág. 140.

¹⁹⁸ Roger Bonnard, *Précis de droit public*, 7.ª ed., Recueil, Paris, 1947, pág. 187.

¹⁹⁹ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 49.

*função pública*²⁰⁰, *maxime* de Direito Administrativo. Como notam 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*”²⁰¹. O servidor público, como refere Cláudia Viana²⁰², “é o trabalhador que reflecte com máxima intensidade e plenitude, o regime da *função pública*, enquanto regime dotado de uma especificidade institucional e funcional, que o distingue do regime laboral, e cujos aspectos nucleares decorrem da CRP” (itálico nosso).

Não é indiferente o entendimento sobre o sentido que a Constituição dá à *função pública* para a possibilidade de se *privatizar* o emprego na Administração Pública. Pois caso se entenda que aquela não dá qualquer indicação sobre o regime global ou preferencial da relação de emprego público, não haverá obstáculo a que o legislador substitua o regime estatutário dos funcionários públicos por um regime de direito laboral comum; mas se o entendimento for no sentido da existência de uma *garantia institucional da função pública*, só em casos muito excepcionais, necessárias e adequadas à salvaguarda de outros valores e interesses legalmente protegidos, se poderá admitir um regime laboral privado no seio da Administração Pública²⁰³.

Por sua vez, a Constituição não impede que a Administração Pública recorra a trabalhadores vinculados pelo direito laboral comum. Tendo ficado clara esta abertura foi quando na segunda revisão constitucional se substituir no artigo 269.º a expressão “funcionários e agentes” por “trabalhadores e demais agentes”. No entanto, a admissibilidade de trabalhadores regidos pelo direito laboral privado ao serviço da Administração Pública, não pode, de modo algum, transformar-se no regime-regra da relação de emprego público, uma vez que há imposições constitucionais que apontam para a necessidade da consagração de um regime jurídico específico e distinto do regime laboral comum para a generalidade dos trabalhadores. Deste modo, a Constituição atribuiu

²⁰⁰ Cfr. Carvalho Jordão, “Caracterização Jurídico-Administrativa dos Funcionários e Agentes da Administração Regional Autónoma”, in *Revista de Direito Público*, Ano I, n.º 2, 1986, pág. 107.

²⁰¹ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anotação ao artigo 47.º, pág. 662.

²⁰² Cláudia Viana, “O conceito do funcionário público...”, cit., pág. 617.

²⁰³ Lino Ribeiro, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, cit., pág. 233-234.

dignidade constitucional à *função pública*, ao prever um regime jurídico próprio substancialmente diferente do regime jurídico dos trabalhadores do sector privado. Pois, a imposição constitucional do *regime e âmbito da função pública* a uma reserva de lei formal da Assembleia da República, e a previsão constitucional de um conjunto de princípios que diferenciam aquela *função pública* da dos restantes trabalhadores, impede, desde logo, a nosso ver, que o legislador ordinário extinga esse regime específico para aquela, ou que o identifique completamente com o regime laboral de direito privado.²⁰⁴

Deste modo, do ponto de vista da Constituição, pode haver recurso, segundo cremos, a título excepcional, à contratação das relações laborais em regime de direito laboral comum, desde que isso não ponha em causa a *garantia institucional da função pública*, a qual impõe a existência da generalidade dos vínculos de emprego regulados pelo Direito Administrativo.

Assim, da alínea t) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP resulta uma reserva de lei formal no que respeita à definição das “bases do regime e âmbito da função pública”. Consistindo as *bases do regime*, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, no “estatuto próprio da função como organização e como relação de emprego específica”, enquanto a delimitação do seu *âmbito*, consiste na “demarcação das áreas em que os organismos e os servidores do Estado estão sujeitos àquele regime”²⁰⁵. Neste âmbito, defendem os mesmos autores 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”. Pois, entendem aqueles, que ao confiar à Assembleia da República, a definição das bases do regime e âmbito da *função pública* “a Constituição deixa claramente para a lei a delimitação do seu âmbito objectivo ou subjectivo, podendo excluí-lo, com maior ou menor amplitude, em relação a certas entidades ou serviços ou em relação a determinadas categorias de agentes ou trabalhadores”²⁰⁶. Contudo, neste ponto, nem todos os entendimentos dou-

²⁰⁴ Neste sentido parece ir, Lino Ribeiro, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, cit., pág. 233-234.

²⁰⁵ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação ao artigo 195.º, pág. 333.

²⁰⁶ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação ao artigo 269.º, pág. 838. Também neste sentido, Cláudia Viana refere que “ao deixar-se para a lei a delimitação do âmbito da função pública, pode o legislador ordinário precisar os grupos ou catego-

trinais são coincidentes, sendo determinante o apuramento do alcance conceitual que a expressão *função pública* tem na Constituição para aferir a amplitude da vinculação e da liberdade que tem o legislador na conformação das relações de trabalho na Administração Pública²⁰⁷. Assim quem parta, como nós, do entendimento que do conceito constitucional de *função pública* resulta que integram esta realidade constitucionalmente protegida os *agentes* e *funcionários*, ou seja, a maioria dos servidores da Administração Pública (quer em funções técnicas, quer em funções predominantemente não técnicas), vinculados por um regime específico, distinto do regime laboral, então o legislador ordinário encontrará limites na delimitação do âmbito da *função pública*, devendo manter “o estatuto da *função pública*, enquanto regime singular, dotado de uma especificidade institucional e funcional, que o distingue do regime laboral”²⁰⁸ como regime-regra do emprego público. Somos da mesma opinião de Paulo Veiga e Moura²⁰⁹, quando afirma que a *função pública* constitui “*uma realidade de existência constitucionalmente obrigatória, cujo «ADN» tem inscrito um regime de direito público que é claramente incompatível com a concessão de qualquer mandato em branco ao legislador ou com ampla possibilidade deste eleger livremente (...) o seu regime disciplinador*”. Pelo que, segundo o nosso entendimento, relações de emprego instituídas com a Administração encontram-se sujeitas a um regime de direito público distinto do regime dos demais trabalhadores, de onde resulta que só em casos excepcionais, devidamente justificados, poderá o legislador ordinário afastar tal regime e substituí-lo pelo direito laboral privado.

No entanto, com a crescente *fuga da Administração para o direito privado*, de que a utilização do contrato de trabalho no sector público é expressão, parece que a *função pública* passa a ser somente uma modalidade, provavelmente residual no futuro, de emprego no sector pú-

rias de profissionais ou ainda entidades sujeitos ao estatuto da função pública e, conseqüentemente, alargar ou diminuir o número de funcionários ou agentes”, cfr. Cláudia Viana, “O conceito do funcionário público...”, cit., pág. 614.

²⁰⁷ Ana Fernanda Neves, Os «desassossegos» do Regime...”, cit., pág. 61.

²⁰⁸ Cláudia Viana, “O conceito do funcionário público...”, cit., pág. 614.

²⁰⁹ Paulo Veiga e Moura, “Implicações Jurídico-Constitucionais da Introdução do Contrato Individual de Trabalho na Administração Pública”, in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 11, 2006, pág. 68-69.

blico²¹⁰. Contudo, como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira²¹¹, é questionável se com a *privatização da administração pública* “se a substituição da “estatutização” pela “contratualização” expressa na adopção do *contrato individual de trabalho* como esquema regulativo das relações jurídicas de emprego público, não encontrará limites constitucionais incontornáveis na dimensão estatutária da *função pública*, desde logo (...) nos princípios de *reserva de administração pública* e de *função pública* para determinadas actividades (v.g., funções de autoridade)”²¹². Nós entendemos que a existir uma tal *reserva constitucional de função pública* ela não abrange somente determinadas actividades, como sejam as relacionadas como exercício de funções de autoridade, mas também a generalidade dos outros trabalhadores ainda que em funções essencialmente de carácter técnico, ou seja, além dos *funcionários* também os *agentes*.

5. Os conceitos constitucionais de *agentes* e de *funcionários públicos*

Já referimos que entendemos que o texto constitucional delimitou o âmbito da *função pública* através da referência aos *funcionários* e *agentes*. No entanto, a revisão constitucional de 1982 substituiu a referência “funcionários, agentes do Estado e demais entidades públicas” por “trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas” no n.º 1 e no n.º 2 do artigo 269.º (que passa na mesma revisão de artigo 270.º a 269.º). Cabendo questionar-nos de qual terá sido a intenção desta alteração.

Semelhante modificação mereceu desde logo uma crítica negativa por parte da doutrina, mais que não seja, por a expressão “trabalhador da Administração Pública” não ter qualquer tradição no Direito Administrativo Português e nos demais Países da Europa Ocidental²¹³.

²¹⁰ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. I, cit., anotação ao artigo 47º, pág. 659 e 662.

²¹¹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. I, cit., anotação ao artigo 47º, pág. 659 e 662.

²¹² Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. I, cit., anotação ao artigo 47º, pág. 662.

²¹³ Fausto de Quadros, “Agentes Administrativos”, in *Polis*, Vol. 1, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Editorial Verbo, Lisboa, 1983, pág. 187.

Não se encontra uma resposta unânime na doutrina para saber qual o objectivo desta alteração. Assim, para alguns autores, como João Caupers e Jorge Leite, a intencionalidade da alteração é a de procurar deixar claro que o pessoal ao serviço da Administração Pública também era trabalhador e, nessa medida, goza, em princípios dos mesmos direitos que a estes são reconhecidos²¹⁴.

Por seu turno, Ana Fernanda Neves²¹⁵ entende que tal substituição pretende realçar a equiparação em matéria de direitos fundamentais dos trabalhadores – a qual já resultava da redacção original da Constituição –, ou seja, entre os trabalhadores da *função pública* e os trabalhadores do sector privado. Para além, de tal substituição, explicitar a abertura constitucional à existência de trabalhadores na Administração Pública regidos pelo direito laboral privado, apesar da existência de uma *coloração publicista*²¹⁶ necessária mesmo nestas relações de emprego na Administração sob uma forma jurídica privada. Segundo o entendimento desta, estes trabalhadores da Administração sujeitos a uma disciplina que não de Direito Administrativo ainda integram a *função pública*; existindo aspectos do regime como os previstos no artigo 269.º que se impõem a qualquer relação de trabalho na Administração, uma vez que surgem como assépticos relativamente a um regime de trabalho jus-administrativo ou jus-privatístico²¹⁷. Assim, considera a autora, que a disciplina jurídica da relação de emprego público pode ser de direito laboral comum ou de Direito Administrativo mas sempre se caracterizará pela existência de “um mínimo denominador comum de regime jus-publicista”²¹⁸, o que constitui, segundo a

²¹⁴ Vide João Caupers, “Las garantías de los trabajadores de la Administración Pública, en general, y su derecho a la reserva de la intimidad de la vida privada, en especial”, in *Documentación Administrativa*, n.ºs 257-258, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2000, págs. 305-306 e 309, e Jorge Leite, “Liberdade Sindical dos Profissionais da PSP, Notas a um acórdão”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 10, n.º 39, Editorial Minerva, Lisboa, 1989, págs. 24-25.

²¹⁵ Ana Fernanda Neves, Os «desassossegos» do Regime..., cit., pág. 61, Ana Fernanda Neves, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, in *Os caminhos da Privatização da Administração Pública*, in *IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, *Studia Iuridica* 60, Colloquia-7, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 181.

²¹⁶ Ana Fernanda Neves, Os «desassossegos» do Regime..., cit., pág. 61.

²¹⁷ Ana Fernanda Neves, Os «desassossegos» do Regime..., cit., pág. 61.

²¹⁸ Cfr. Ana Fernanda Neves, “A privatização das relações de trabalho...”, cit., pág. 187.

autora, o direito comum do emprego público²¹⁹.

Para Gomes Canotilho e Vital Moreira a fórmula trabalhadores da Administração Pública tem um duplo sentido, assim num primeiro sentido “deixa de estabelecer-se uma dicotomia estrutural na relação jurídica de emprego entre «funcionalismo público» regido por um estatuto jurídico especial, e «trabalhadores da Administração Pública», regidos pelas leis gerais do trabalho”, e num segundo “deixa de haver qualquer argumento literal para não considerar os funcionários públicos como *trabalhadores*, para efeitos de e titularidade dos correspondentes direitos, liberdades e garantias constitucionais”²²⁰.

Enquanto para Jorge Miranda e Rui Medeiros a inclusão no artigo 269.º da referência aos “trabalhadores da Administração Pública e demais agentes” na revisão de 1982, em substituição da fórmula “funcionários e agentes” adoptada em 1976, pretendeu fundamentalmente acentuar, que num Estado de Direito, os funcionários públicos, no âmbito de uma relação de emprego público, são também trabalhadores, não podendo, pois a relação de emprego público ser configurada como uma relação especial de poder imune ou impermeável aos direitos fundamentais²²¹. Também, neste sentido, Liberal Fernandes referindo que a mudança de expressão teve “por objectivo clarificar em termos definitivos a posição dos agentes do Estado em face das normas sobre direitos fundamentais dos trabalhadores. Relativamente a este problema, a alteração introduzida veio reafirmar a igualdade originalmente consagrada neste domínio entre os trabalhadores dos sectores público e privado”²²².

²¹⁹ Numa Comissão de Bundestag constituída em 1970, que se debruçou sobre o papel e as tarefas dos trabalhadores da Administração Pública no Estado e na sociedade contemporâneas, prevaleceu a ideia que a distinção de regimes jurídicos deveria ser superada pela sua unificação em torno de alguns princípios fundamentais, aplicável a todos aqueles, cfr. Agatino Cariola, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Università di Catania, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1991, pág. 174.

Neste sentido, Ana Fernanda Neves refere que todos os trabalhadores subordinados da Administração Pública, independente do regime jurídico aplicável, estão obrigados a exercer as suas funções de acordo com os princípios fundamentais constitucionais da actividade administrativa enunciados no n.º 2, do artigo 266.º da CRP, os quais vinculam de forma directa os trabalhadores. Cfr. Ana Fernanda Neves, “A privatização das relações de trabalho...”, cit., pág. 183 e 187 (nota n.º 50)

²²⁰ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 269.º, pág. 838.

²²¹ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *A Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anotação ao artigo 271.º, pág. 638.

²²² Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 124.

Contudo, Paulo Veiga e Moura refere que a introdução da referência aos trabalhadores da Administração Pública, que considera que não foi efectuada no local ideal, mas no único possível, não pode ser entendida no sentido de alargar o âmbito da *função pública* a trabalhadores regidos pelo direito privado, nem significa uma permissão para o direito laboral passar a ser o regime disciplinador da *função pública*, nem de explicitar, o que já tinha ficado esclarecido logo nos trabalhos da Assembleia Constituinte²²³, que os trabalhadores da administração têm, por princípios, os mesmos direitos dos homólogos do sector privado²²⁴. Apontando então o autor como objectivos para esta alteração da redacção do n.º 1 do artigo 269.º da Constituição: por um lado, a pretensão de alertar para a possibilidade de haver, a par dos *funcionários* e *agentes*, outros indivíduos a trabalhar ao serviço da Administração Pública, o que até aí não resultava claro dos preceitos constitucionais, pois estes apenas se referiam aos dois primeiros; por outro lado, ter-se-á procurado tornar incontroverso que a possibilidade de previsão desta nova classe de trabalhadores não significava que se pudesse prescindir ou deixar de prever a existência de um corpo de pessoal que assuma uma veste específica e esteja sujeito a um específico regime jurídico, assim se explicando, no entender do autor, que o legislador constituinte tenha continuado a fazer referência expressa aos *funcionários* e *agentes* e ao seu regime específico – cfr. alínea e), do artigo 199.º; n.º 2, do artigo 243.º; e artigo 271.º, todos da CRP. Assim, o autor citado considera que a Constituição delimita a *função pública* através da referência aos *funcionários* e *agentes*²²⁵.

No entanto, curiosamente, enquanto o artigo 269.º da CRP passa, após a citada revisão constitucional, a conter a expressão “trabalhadores da Administração Pública e demais agentes”; o artigo 271.º da CRP continua a referir-se a “funcionários e agentes”. Não tendo, também, gerado consenso na doutrina o significado da subsistência destas diversas designações no texto constitucional²²⁶.

²²³ João Caupers, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 1985, pág. 83-86.

²²⁴ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 50-53.

²²⁵ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 50-53.

²²⁶ Vera Antunes, *O Contrato...*, cit., pág. 18.

Jorge Miranda e Rui Medeiros²²⁷ falam de uma hesitação terminológica do texto constitucional, precisamente, ao referir-se aos membros que compõem a Administração Pública. Com efeito, sobretudo, o artigo 269.º, após a revisão constitucional de 1982, menciona “os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes”, para, logo de seguida, no artigo 271.º se referir a “funcionários e agentes do Estado”. Para estes autores, a grande questão que resulta desta diversidade semântica está em saber se a responsabilidade prevista no primeiro preceito citado (artigo 271.º) só se aplica aos funcionários públicos ou a todos os trabalhadores da Administração Pública, incluindo aqueles com contrato individual de trabalho. Estes autores consideram que se aplica a todos, uma vez que os trabalhadores com contrato individual de trabalho estão, segundo o seu entendimento, abrangidos pela noção tradicional de agente²²⁸. Por último, acrescentam os mesmos autores que uma interpretação restritiva do artigo 271.º, que excluísse os trabalhadores da Administração submetida ao regime de Direito Laboral do seu âmbito de aplicação, implicaria a existência de uma Administração Pública vinculada àquela responsabilidade, e outra apenas a ela sujeita na medida em que a lei ou a autonomia das partes o previsse.²²⁹

Em sentido contrário, autores como Paulo Veiga e Ana Fernanda Neves defendem que a revisão constitucional de 1982 ao introduzir na Constituição a expressão “trabalhadores da Administração Pública” no artigo 269.º, e ao deixar permanecer no artigo 271.º a referência aos “funcionários e agentes do Estado e demais entidades públicas”, o legislador constituinte pretendeu não estender o princípio da responsabilidade aos trabalhadores com vínculo privado à Administração²³⁰.

Almeno de Sá²³¹ considera que a subsistência de designações diversas no texto constitucional – “funcionários e agentes do Estado e

²²⁷ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anotação ao artigo 271.º, pág. 637 e sgs.

²²⁸ Estes autores apoiam-se na noção tradicional de agente defendida por Marcello Caetano, noção a que nos referiremos *infra*.

²²⁹ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa...*, Tomo III, cit., pág. 637 e sgs.

²³⁰ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 189, e Ana Fernanda Neves, “Relação jurídica de emprego público na Constituição: movimento de auto-semelhança”, in *Perspectivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, III, Coimbra Editora, 1998, pág. 896-897; e Ana Fernanda Neves, “A privatização das relações de trabalho...”, cit., pág. 183.

²³¹ Almeno de Sá, “Administração do Estado, Administração Local e princípio da igualdade no âmbito do Estatuto do Funcionário”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Uni-*

das demais entidades Públicas” e “trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas” – que entende exprimirem uma mesma realidade, explica-se apenas por ter ocorrido a “flutuações de votações no plenário da Assembleia da República, aquando da revisão constitucional”. Proposta a substituição da expressão “funcionários” por “trabalhadores da Administração Pública”, no contexto do actual artigo 269.º, ela foi aceite pelo plenário, mas, pouco tempo depois²³², o mesmo plenário recusou introduzir igual alteração na redacção do artigo 271.º – para tal bastou a abstenção de um dos partidos que antes havia votado tal substituição. Mas, como refere o autor citado, se a revisão constitucional colocou a si própria “o problema – necessariamente global – de substituição do conceito “funcionário” pelo conceito de «trabalhador»”, com a “ideia de equiparação²³³, no plano constitucional, entre o estatuto de servidor da Administração e o estatuto do trabalhador comum”²³⁴, não pode deixar de ser significativo que não fosse aprovada a alteração de designação no artigo 271.º, e, como nota, que no decurso da mesma revisão constitucional, tenha sido aprovado por unanimidade, o (agora) n.º 2 do artigo 243.º, onde se optou pela expressão “funcionário”.

Quanto a nós, entendemos que a substituição, pela revisão constitucional de 82, do termo “funcionários” por “trabalhadores da Administração Pública”, pretendeu, por um lado, tornar líquido o que já tinha sido afirmado nas discussões da Assembleia Constituinte que, em princípio, todos os trabalhadores, quer do sector público quer do privado, gozam dos direitos fundamentais dos trabalhadores (artigo 53.º e 55.º a 59.º da CRP), por outro lado, a introdução desta expressão “trabalhadores” no artigo 269.º parece-nos ter o propósito de tornar

versidade de Coimbra, Número Especial, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia*, III, Coimbra, 1991, pág. 685 e 686 (nota n.º 81).

²³² Vide Diário da Assembleia da República (DAR), I Série, n.º 125, de 23 de Julho de 1982, pág. 5274 e 5280. Disponível em http://debates.parlamento.pt/diary.aspx?cid=r3.dar_s2rc. Consultado a 31/07/2014.

²³³ Menciona Almeno de Sá que tal objectivo (o da equiparação), atendendo-se ao restrito contexto em que surge equacionado (redacção dos artigos 269.º e 271.º) e à debilidade do suporte que parece pretender apoiar-se (alteração terminológica), surge como muito ambicioso, sobretudo se se atender a que o condicionalismo da Administração Pública projecta-se em sensíveis especificidades de regime, no que respeita ao estatuto de servidor da Administração. Cfr. Almeno de Sá, “Administração do Estado...”, cit., pág. 685 (nota n.º 81).

²³⁴ Cfr., nomeadamente, Almeno de Sá, “Administração do Estado...”, cit., pág. 685 (nota n.º 81), e DAR, I Série, n.º 125, cit., pág. 5269 e sgs.

claro que existem, além dos *funcionários* e *agentes*, outros trabalhadores ao serviço da Administração Pública ainda que não necessariamente sujeitos ao direito administrativo. Mas apesar da admissibilidade destes trabalhadores sujeitos ao direito laboral privado, não obsta a que continue a existir um grupo de pessoal particular subordinado a um regime específico, daí a Constituição continuar a fazer referência a “agentes” e a “funcionários” e ao “regime da função pública” (artigos 243.º, 271.º e 269.º)²³⁵. Sendo este grupo de pessoal específico, apoiados na posição de Paulo Veiga e Moura, constituído por *funcionários* e *agentes*, os quais delimitam constitucionalmente a *função pública*²³⁶. Por outro lado, quanto ao significado da manutenção da diferença de redacções entre artigo 269.º e 271.º pela revisão de 1982 entendemos que, partindo do exposto *supra* por Almeno de Sá²³⁷, não deixa de ser significativo que a revisão constitucional de 1982 tenha colocado a si mesma a questão global da equiparação no plano constitucional entre “o estatuto de servidor da Administração e o estatuto do trabalhador comum”, e, apesar disso, tenha mantido a diferença de redacções no artigo 269.º e no artigo 271.º (também n.º 2, do artigo 243.º); o que, a nosso ver, pretende significar que o legislador constituinte pretendeu manter a diferença de regimes do mundo da *função pública* e do mundo laboral privado.

Por tudo isto, torna-se relevante tentar conhecer que significado se atribui aos conceitos constitucionalmente previstos de *agentes* e de *funcionários*. Definir quer *agentes* quer *funcionários* não se apresenta como uma tarefa muito simples, primeiro porque o texto constitucional recorre a diferentes formulações terminológicas quando se refere a eles, depois porque não apresenta nenhuma definição destes conceitos; além disso, qualquer tentativa de recorrer à lei ordinária para tentar encontrar uma definição destes conceitos seria infrutífera, pois, desde a Lei n.º 12-A/2008, que a lei pretere estes conceitos terminológicos, passando a referir-se apenas a “trabalhadores em funções públicas”²³⁸.

Tal como o conceito de *função pública*, também o conceito de *agente* e de *funcionário público* não são unívocos. As dificuldades defini-

²³⁵ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 50.

²³⁶ Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 50.

²³⁷ Cfr. Almeno de Sá, “Administração do Estado...”, cit., pág. 685 (nota n.º 81).

²³⁸ Como a lei ordinária actualmente pretere os conceitos de funcionários e de agentes, parece que perderam a relevância de outrora, apesar de permanecerem na ordem constitucional portuguesa, cfr. Cláudia Viana, “O conceito do funcionário público...”, cit., pág. 613.

tórias derivam das diferenças terminológicas do texto constitucional (bem como das suas revisões), das diferentes posições doutrinárias, e das alterações normativas.

Deste modo, começamos por recorrer à Constituição, a qual recorre, nos diferentes artigos a que lhe faz referência a diferentes formulações. O legislador constituinte socorreu-se de diferentes expressões, são elas as seguintes: “funcionários ou agentes” (artigo 22.º), “funcionários e agentes” (n.º 2, do artigo 243.º); “órgãos e agentes administrativos” (n.º 2, do artigo 266.º), “trabalhadores da Administração e demais agentes do Estado e demais entidades públicas” (n.º 1, do artigo 269.º), “funcionários e agentes do Estado” (n.º 1, do artigo 271.º), “órgãos, funcionários e agentes” (n.º 4, do artigo 271.º). Sendo o n.º 2, artigo 271.º o único preceito que repete a expressão “funcionário ou agente” do artigo 22.º, em todos os restantes casos, a formulação do texto constitucional não é a mesma²³⁹.

Uma vez que não encontramos no texto constitucional uma definição para cada um destes conceitos, vamos tentar colher o sentido doutrinal que tem sido atribuído às mesmas, seguida de recurso à lei ordinária, embora se avance que o mesmo sentido nem sempre tem sido consensual.

A generalidade da doutrina²⁴⁰ parece ter aderido, ainda que com alguma nuance, aos conceitos perfilhados por Marcello Caetano. Para este autor os “agentes administrativos são os indivíduos que por qualquer título exerçam, actividade ao serviço das pessoas colectivas de direito público, sob a direcção dos respectivos órgãos”²⁴¹. Como subtipo dentro do tipo dos *agentes* era possível encontrar os *funcionários* como sendo aqueles que com carácter de profissionalidade, exerciam a sua actividade para com a Administração num contexto de Direito Administrativo. Nas palavras de Marcello Caetano, *funcionário público* seria o “*agente administrativo provido por nomeação vitalícia voluntariamente aceite ou por contrato indefinidamente renovável, para servir por tempo completo em determinado lugar criado por lei com carácter permanente, segundo o regime legal próprio da função pública*”²⁴².

²³⁹ Numa sistematização próxima, Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 37.

²⁴⁰ Almeno de Sá, “Administração do Estado...”, cit., pág. 684, e Fausto de Quadros, “Agentes Administrativos”, cit., pág. 187-188.

²⁴¹ Marcello Caetano, *Manual*, Vol. II, cit., pág. 641.

²⁴² Marcello Caetano, *Manual*, Vol. II, cit., pág. 672.

Já para João Alfaia²⁴³ os agentes que desempenham a *função pública* distinguem-se nas seguintes espécies: 1.º os chamados *funcionários públicos, em sentido lato*, os quais correspondem aos agentes vinculados por relações de emprego público, e como tal sujeitos ao regime de direito público – distinguindo dentro deles entre: *agentes profissionais*, os que desempenham a *função pública* como modo de vida, e portanto com carácter de permanência, os apelidados *funcionários em sentido estrito*; e os *agentes não profissionais*, embora equiparados em matéria de regime jurídico aos funcionários em sentido estrito, desempenham funções sem carácter de profissionalidade, ou seja, de forma eventual ou transitória, os chamados *meros agentes em regime de direito público*; 2.º agentes vinculados por relações jurídicas de emprego privado e como tal sujeitos ao direito comum do trabalho, distinguindo entre: os *profissionais da função pública* – os quais entende que erroneamente sujeitos a um regime de direito privado –, e os *não profissionais da função pública* (os que exercem a *função pública* de forma transitória ou temporária); 3.º agentes vinculados por meros contratos de natureza civil (de prestação de serviço, de tarefa, de avença e de mandato), que não são titulares de relações jurídicas de emprego, nem assumem a natureza de agentes. Acrescentando João Alfaia que “as pessoas colectivas de direito público empregam o pessoal em regime de direito público ou em regime de direito privado e todo ele exerce a *função pública*. Se se pretende referir o núcleo essencial de tais agentes – o vinculado por relações jurídicas de emprego público – não deve fazê-lo referindo a *função pública* – que outros também exercem – mas, sim, a natureza pública de relação jurídica que os vincula e do direito que os rege”²⁴⁴. Referindo-se o autor a “estatuto do funcionalismo público” enquanto regime jurídico privativo dos funcionários públicos civis, defendendo a *tese da sujeição dos profissionais da Administração a regime especial de direito público*²⁴⁵.

²⁴³ João Alfaia, *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, cit., pág. 8-9. O autor refere que os agentes que desempenham a *função pública* constituíram, em outros tempos, um corpo de profissionais com estatuto de direito público (funcionários públicos). Para depois passarem a abranger um grande leque de modalidades (em face do regime jurídico respectivo e do carácter de profissionalidade ou marginalidade que revestem quanto à *função pública*).

²⁴⁴ João Alfaia, *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, cit., pág. 10-11.

²⁴⁵ João Alfaia, *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, cit., pág. 13 e 18.

Por sua vez, Paulo Veiga e Moura²⁴⁶ defende uma distinção entre *funcionários* e *agentes* que, o próprio reconhece que tal entendimento não vem encontrando apoio nem no texto da lei ordinária nem nas noções de *funcionário* e *agente* que desde há muito são adoptadas quer pela doutrina, quer pela jurisprudência. Para este autor “a diferenciação entre funcionário e agente deveria ser dada pela natureza das funções, reservando-se o exercício de funções predominantemente não técnicas para funcionários e funções de índole técnica para os agentes”. Assim sendo, nesta construção, os primeiros constituem o núcleo duro da *função pública* relacionadas com o exercício do *potestas* estadual, e os segundos representariam a maioria dessa mesma instituição, relacionados com o exercício de funções técnicas.

Posteriormente, Ana Fernanda Neves²⁴⁷ refere que as referências constitucionais àqueles que exercem ou trabalham em funções públicas são as: *de trabalhador da Administração Pública, agente do Estado, agente administrativo e funcionário público*. Devendo ser tipificados do seguinte modo, por esta ordem: 1.º “trabalhador da Administração Pública cuja relação de emprego, independentemente do tipo de vínculo e regime jurídico de trabalho é regido por um mínimo denominador comum de regime juspublicista”, 2.º “agente do Estado e demais pessoas colectivas compreende quer o trabalhador da Administração Pública quer o indivíduo que exerce funções em órgãos ou serviços do Estado não integrados na Administração Pública, quer o de que não reveste a estrita qualidade de trabalhador (subordinado) ou reveste qualidade específica de trabalhador subordinado”; 3.º “à do agente administrativo, abrange todos aqueles que exercem funções públicas”, 4.º “o funcionário público é o trabalhador sujeito a um específico regime de trabalho jus-administrativista, associado a um conceito material constitucional de funções públicas”.

Mais recentemente, na vigência da LVCR, acrescenta à discussão, Pedro Madeira de Brito²⁴⁸ que “agentes do Estado e demais entidades públicas são então todos aqueles que realizam uma actividade mate-

²⁴⁶ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 56 e 59.

²⁴⁷ Ana Fernanda Neves, *O Direito disciplinar da Função Pública*, Vol. I, (dissertação de doutoramento) Lisboa, 2007, pág. 299. Disponível em http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/164/1/ulsd054620_td_vol_1.pdf. Consultado a 21/07/2014.

²⁴⁸ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 43.

riamente administrativa delimitada pela natureza da pessoa colectiva para quem a actividade é realizada”. Pelo que, refere o autor, “[a]gentes são assim todos aqueles que asseguram funções públicas ou tarefas públicas, independentemente da natureza do vínculo jurídico que os liga à Administração Pública em sentido orgânico”. Já quando a Constituição no n.º 2 do artigo 266.º se refere a “agentes administrativos” pretende atribuir um sentido diferente à expressão “para abranger aqueles que exercem funções públicas, o que se afigura abranger os sujeitos que exercem funções fora do contexto das entidades públicas que compõem a Administração Pública, mas que são tarefas administrativas”.

Quando aos dados juspositivos começando pelo Decreto-lei n.º 184/89, de 2 de Junho, que estabeleceu os princípios gerais em matéria de emprego público, juntamente com o Decreto-lei n.º 427/89, de 7 de dezembro, que aprovou o regime de constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na Administração Pública so-correm-se dos conceitos de *funcionários* e *agentes* num sentido diverso ao da doutrina tradicional. No domínio desta legislação a relação de emprego constitui-a por nomeação ou por contrato de pessoal, este último subdividido em contrato administrativo de provimento e contrato de trabalho. A nomeação conferia a qualidade de *funcionário*, o contrato administrativo de provimento a qualidade *de agente* e o contrato de trabalho não conferia nenhuma qualidade específica. Assim, a qualidade de funcionário era atribuída para o exercício de quaisquer funções, desde que correspondesse a necessidades próprias e permanentes dos serviços, e era agente administrativo tem tivesse um contrato administrativo de provimento.

A Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, que estabelece o regime dos vínculos, carreiras, e remunerações dos trabalhadores em funções públicas (doravante LVCR), não faz qualquer alusão a estas nem a *funcionários* nem a *agentes*, referindo-se apenas a *trabalhadores em funções públicas*. Passando as formas de constituição da relação jurídica de emprego público a ser: a nomeação, o contrato de trabalho em funções públicas, e a comissão de serviço (artigo 9.º da LCVR). Tendo-se tornado a modalidade-regra de constituição da relação de emprego público o contrato de trabalho em funções públicas o vínculo regra²⁴⁹.

²⁴⁹ O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 154/2010 pronunciou-se no sentido da não inconstitucionalidade das normas do artigo 10.º, 20.º e n.º 1, do artigo 21.º da LVCR, (que definem o âmbito da nomeação, e do contrato de trabalho em funções públicas, e as das modalidades de que este se reveste), bem como da norma n.º 4, do artigo

Tendo então desaparecido a figura do *contrato administrativo de provimento*, transitando os detentores anteriormente deste vínculo, em conformidade com a natureza das funções exercidas e a previsível duração do contrato, para qualquer das restantes modalidades de relação jurídica de emprego (artigo 91.º da LVCR).

Estas opções são confirmadas pela Lei n.º 35/2014, de 31 de 20 de Junho, que aprovou a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, que mantém praticamente as mesmas modalidades de emprego público, a nomeação, a comissão de serviço e o contrato de trabalho em funções públicas como vínculo regra (n.º 3, do artigo 6.º da LFTP), e confirma o abandono do recorte formal da constituição da relação de emprego público feita através do conceito de *funcionário e agente*²⁵⁰, e continua a referir-se somente a *trabalhadores em funções públicas*.

O facto da legislação ordinária ter abandonado os conceitos de *agentes e funcionários* faz com que a análise destes conceitos parta essencialmente do texto constitucional. Não esquecendo, no entanto, nem as posições doutrinárias referidas, nem a evolução legislativa ocorrida, vamos tentar apresentar o nosso sentido sobre estes conceitos, sem pretensões de os escarpelizar, partindo da noção constitucional, já apresentada, de *função pública* que defendemos.

Entendemos que para este efeito, as referências constitucionais a estas categorias são reconduzíveis a três, são elas: só a “agentes administrativos”, “a trabalhadores da administração pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas”, e a “funcionários e/ou agentes”.

Não se afigura fácil determinar a quem se pretende reportar a Constituição quando se refere apenas a “agente administrativo” (n.º 2, do artigo 266.º da CRP). Partindo, de uma noção ampla, poderia entender-se, como faz, Vera Antunes que as expressões *agentes administrativos e trabalhadores da Administração Pública* se reportariam à mesma realidade, designando “o indivíduo que, por qualquer título, exerça uma actividade ao serviço do Estado e demais pessoas colectivas públi-

88.º (que estabelece a transição da modalidade da nomeação para a modalidade do contrato de trabalho em funções públicas para os que exercessem funções predominantemente não técnicas, constituição da relação jurídica de emprego público), considerando que tal alteração, para a generalidade dos trabalhadores do regime da nomeação para o regime contratual não ofende a reserva de função pública, que poderia resultar do n.º 1, do artigo 269.º da CRP.

²⁵⁰ Cfr. Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 41.

cas”²⁵¹. Uma noção apresentada nestes termos andaria muito próxima da tradicional noção de *agente* de Marcello Caetano. Parecendo apoiar também esta orientação, Ana Fernanda Neves ao referir que resulta para qualquer relação de trabalho na Administração, a obrigatoriedade dos trabalhadores exercerem as suas funções de acordo com os princípios da actividade administrativa enunciados no n.º 2 do artigo 266.º da CRP, os quais os vinculam directamente²⁵². No entanto, parece-nos que existe a necessidade de restringir tal entendimento amplo da noção de *agente administrativo*. Parece-nos que se só após a revisão constitucional de 1982, com a introdução da expressão de “trabalhador” no artigo 269.º, passa a ser evidente que podem encontrar-se ao serviço da administração outro pessoal que não *agentes* ou *funcionários*, seria porque tal conclusão não resultava de nenhum preceito constitucional na sua redacção original. Assim, o n.º 2, do artigo 266.º, ao referir-se a *agentes administrativos* pretenderá incluir somente o pessoal vinculado à Administração por um regime específico: os *agentes* e *funcionários*. Não se nega que esta nossa posição não encontra apoio nem nos dados juspositivos nem na doutrina. No entanto, parece-nos ser este o entendimento que melhor permite harmonizar o sentido da redacção original do texto constitucional com o resultante da revisão de 1982, no que respeita aos conceitos constitucionalmente previstos de *trabalhador*, *funcionário* e *agente*.

Quanto à expressão “*trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado*”, na esteira de Carlos Cadilha, que se deve considerar que esta “*engloba assim não apenas os funcionários e agentes administrativos mas também os trabalhadores em regime de contrato de trabalho*”²⁵³.

Controverso também se nos apresenta o entendimento sobre *funcionário* e *agente*. Já referimos que o texto constitucional não apresenta nenhuma noção dos conceitos de funcionários e agentes, no entanto, ao consagrar a sua existência terá presente uma determinada realidade ou um determinado entendimento sobre os seus conceitos²⁵⁴. Ou, também se poderia pensar que a lei fundamental tivesse deixado para a lei ordinária a definição destes conceitos. A LTFP, tal como a anteces-

²⁵¹ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 21.

²⁵² Ana Fernanda Neves, “A privatização das relações de trabalho...”, cit., pág. 183.

²⁵³ Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Anotado*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2011, pág. 52.

²⁵⁴ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 54.

sora LVCR, não consagra nenhum destes conceitos, pelo que, a ser assim, poderíamos sentir-nos tentados a ressuscitar o revogado Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Fevereiro, que apresentava uma determinada compreensão dos conceitos de agentes e funcionários. Ora, de acordo com o Decreto-lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro (revogado pela Lei n.º 12-A/2008), era atribuída a qualidade de *funcionário* ao que tivesse uma relação constituída a partir de um acto unilateral, com vista ao exercício de funções próprias do serviço, com carácter de permanência (artigo 4.º), e seria atribuída a qualidade de *agente administrativo* ao que assegurasse funções próprias do serviço público, com sujeição ao regime jurídico da *função pública*, e com carácter de subordinação, mas a título transitório (cfr. artigo 14.º, do Decreto-lei n.º 427/89), enquanto o contrato de trabalho não conferia nenhuma destas qualidades. Assim, segundo este entendimento, *funcionário* seria o que exerce funções públicas independentemente da natureza daquelas, e *agente* seria o que detinham um contrato administrativo de provimento. No entanto, este entendimento apresenta fragilidades, por um lado, porque tal conclusão só teria validade depois da data da entrada em vigor do Decreto-lei n.º 427/89, 12 de Dezembro de 1989²⁵⁵, e, antes da entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, que revogou aquele diploma. Além disso, a LVCR deixou de incluir o contrato administrativo de provimento entre as modalidades de constituição da relação de emprego público. Assim, a aceitar-se essa distinção a mesma deparar-se-ia actualmente, perante a legislação em vigor — a LTFP mantém afastada a figura do contrato administrativo de provimento — com dúvidas insanáveis quanto à delimitação dos trabalhadores incluídos nesta distinção, sobretudo no conceito de *agente* (que segundo este entendimento era constituído pelos titulares de contratos administrativos de provimento). A ser assim, somos impelidos, para um outro entendimento doutrinal, o de Paulo Veiga e Moura²⁵⁶ quanto aos conceitos de *funcionário* e de *agente*. Assim, os *funcionários* correspondem aos que exercem funções predominantemente não técnicas, e os *agentes* reconduzem-se aos que exercem funções de índole técnica. Segundo este entendimento, integram a *função pública* não apenas os que exercem funções de autoridade mas também os que exercem funções essencialmente técnicas. Parecendo corroborar, de certa forma, este entendimento,

²⁵⁵ Paulo Veiga e Moura, *Função Pública*, cit., pág. 28.

²⁵⁶ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 52.

surge-nos a posição de Carlos Cadilha²⁵⁷. Considera este autor que depois da entrada em vigor da LVCR – entendimento que consideramos transponível para a actual lei em vigor, a LTFP, por esta manter nestas matérias, essencialmente, as mesmas opções – , a questão coloca-se nos seguintes termos: as noções de *funcionário* e *agente administrativo* mantêm-se como meras categorias conceituais, sendo a primeira a de *funcionário*, que deverá ser atribuída a quem obtenha uma nomeação definitiva no exercício de funções públicas, aplicando-se o qualificativo de *agente administrativo* àqueles que se encontrem vinculados por contrato de trabalho em funções públicas, ou tenha por objecto uma nomeação a título transitório²⁵⁸. Ora, quem tem uma nomeação definitiva actualmente são os que participam no exercício do *potestas* do Estado, correspondendo às áreas mais tradicionais – “funções nucleares” – da acção estadual²⁵⁹, e os que têm um contrato de trabalho em funções públicas são os que exercem predominantemente funções técnicas. Correspondendo, segundo este entendimento, os primeiros aos *funcionários*, e os segundos aos *agentes*. Entendemos que esta posição de Carlos Cadilha, apesar de partir da lei ordinária, permite corroborar o entendimento de Paulo Veiga e Moura quanto à distinção entre *funcionário* e *agente*. Concordamos com o entendimento deste último autor²⁶⁰, porque nos parece ser, como o próprio defende, o que melhor se compagina com o texto constitucional, e com a diferenciação que este texto faz entre *agentes* e *funcionários*.

Vamos em seguida verificar como a recente evolução legislativa tem levado à erosão do conceito de *função pública*.

²⁵⁷ Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual*, cit., pág. 49.

²⁵⁸ Acrescentando, o mesmo autor, que é a estas posições profissionais que se reporta o n.º 3, do artigo 1.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprovou o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, quando se refere a funcionários e agentes públicos, cfr. Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual*, cit., pág. 49.

²⁵⁹ Vieira de Andrade, *Lições...*, cit., pág. 69.

²⁶⁰ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 58.

6. A descaracterização do conceito de *função pública* a partir da legislação

Enquanto a nível constitucional se continua a fazer referência, sem que qualquer revisão constitucional tenha tido lugar, aos conceitos de *agentes e funcionários*, desde a LVCR que a lei ordinária pretere estes conceitos passando a referir-se a *trabalhadores em funções públicas*. Deixando assim, segundo Cláudia Viana, em *crise* vários preceitos da CRP que continuam em vigor e a fazer referência a agentes e funcionários²⁶¹. Para além de questões terminológicas, verifica-se a generalização da figura do contrato de trabalho no seio da administração pública, que traz consigo um regime e institutos próprios do Código do Trabalho, levando à vulgarmente designada *privatização* do emprego público – conceito que devolveremos *infra*. Todos estes factores, que partem de alterações legislativas, parecem ter contribuído para a descaracterização, e perda de identidade, de um conceito constitucionalmente protegido: o da *função pública*.

Neste contexto, defendem autores como Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, que com a generalização de um regime do vínculo do contrato de trabalho em funções públicas (o qual tem um grande substrato do regime laboral de direito privado), por um lado, ocorreu um esvaziamento de uma realidade protegida constitucionalmente – a *função pública* e o seu regime jurídico –, e, por outro lado, eliminou-se, por via legislativa, uma classe particular de trabalhadores, com expressa previsão constitucional – os *funcionários e agentes*²⁶². Por isso há já quem refira, como é o caso de Licínio Lopes, que a relação clássica de emprego público quase desapareceu, pelo que em termos dogmáticos, há a necessidade de recorrer a uma nova terminologia jurídica: “*o Direito da Função pública deve ser substituído pelo Direito Administrativo do Emprego Público*”²⁶³.

²⁶¹ Cláudia Viana, “O conceito do funcionário público...”, cit., pág. 630.

²⁶² Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes...*, cit., anotação ao artigo 9.º, pág. 50.

²⁶³ Itálico nosso. Cfr. Licínio Lopes Martins, “O contrato de prestação de serviços na Lei 12-A/2008, de 27 de Fevereiro: um regime contrário à Constituição e ao Direito Comunitário”, in *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, Maio, 2009, pág.17-22. Disponível em http://www.fd.uc.pt/cedipre/pdfs/revista_dpr/revista_1.pdf. Consultado a 01/07/2011.

À data da aprovação da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, sobretudo depois da aprovação da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que aprovou o contrato individual de trabalho na Administração Pública, o sistema jurídico da *função pública portuguesa* era claramente dualista, com dois regimes jurídicos distintos: o denominado regime estatutário, sujeito ao direito administrativo, e o regime do contrato de trabalho, sujeito ao direito laboral privado²⁶⁴. Vendo-se na necessidade de abranger o crescente alargamento da figura do contrato de trabalho no âmbito da Administração Pública (fenómeno que ganha expressão normativa a partir da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, mas que já ocorria antes), alguns autores, partindo dos dados juspositivos, passam a incluir no conceito de *função pública* dois ou mais sentidos da mesma.

Terá sido essa a razão para a arrumação conceptual de *função pública* de Ana Fernanda Neves²⁶⁵, que apresenta antes da entrada em vigor da LVCR, na perspectiva dos sujeitos, três diferentes sentidos diferentes de *função pública*: um sentido estrito, um sentido intermédio, e um sentido amplo. Num *sentido estrito*, compreende o conjunto dos trabalhadores da Administração Pública cujas relações de emprego são disciplinadas por um específico regime jurídico de Direito administrativo, de natureza estatutária, – o dito *regime jurídico da Função pública* – distanciado do regime jurídico do Direito do Trabalho²⁶⁶. Por sua vez, *em sentido intermédio*, inclui os indivíduos ligados a pessoas colectivas de direito público por uma relação jurídica de trabalho subordinado²⁶⁷, e cuja disciplina jurídica, podendo ser de direito laboral ou de direito administrativo, assenta num “mínimo denominador comum de regime juspublicista”²⁶⁸. Por último, *no sentido mais lato*, a noção abrange os trabalhadores subordinados a entes públicos, mas também os que

²⁶⁴ Vide Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 31 e 32.

²⁶⁵ Ana Fernanda Neves, *Relação Jurídica de Emprego público – Movimentos Fractais, Diferença e Repetição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pág. 22-27, e Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, pág. 359-360.

²⁶⁶ Ana Fernanda Neves, *Relação Jurídica*, cit., pág. 24 e Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 359.

²⁶⁷ Ana Fernanda Neves, *Relação Jurídica*, cit., pág. 22.

²⁶⁸ Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 359 e Ana Fernanda Neves, “A privatização das relações de trabalho...”, cit., pág. 187 e 192.

exercem cargos directivos e os que exercem cargos públicos (não electivos)²⁶⁹ fora de um quadro de subordinação jurídica.

No sentido anteriormente apontado, refere Pedro Madeira Brito²⁷⁰ que estes três sentidos apresentados para a expressão *função pública* foram apurados antes da aprovação da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro. Até essa data o sistema jurídico da *função pública portuguesa* era claramente dualista, daí que tenha surgido a necessidade de apresentar uma categoria intermédia de *função pública* para abranger o crescente alargamento da figura do contrato de trabalho no âmbito da Administração Pública. Assim, acrescenta o autor citado²⁷¹, aquela lei ao criar um regime, supostamente, unitário veio desvalorizar a construção da categoria intermédia de *função pública*, que não era mais do que um meio de aglomerar a “pluralidade de regimes jurídicos aplicáveis aos trabalhadores da Administração Pública”.

O autor citado²⁷², durante a vigência da LVCR, — partindo do exposto, juntamente com o facto desta lei considerar o exercício de funções dirigentes na Administração Pública como trabalho subordinado, e de incluir no seu âmbito de aplicação os prestadores de serviços que exercem funções públicas ainda que em regime autónomo²⁷³—

²⁶⁹ Excluem-se os cargos da função política, cfr. Ana Fernanda Neves, “O Direito da...”, cit., pág. 360 (nota n.º 3). *Vide*, também, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 41/2000, de 26 de Janeiro de 2000 (processo n.º 481/97).

²⁷⁰ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 31 e 32.

²⁷¹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 31 e 32.

²⁷² Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 31-33.

²⁷³ Entendemos, em sentido contrário, que os prestadores de serviços não integram a função pública. Com efeito, a lei ordinária inclui os prestadores de serviço como uma modalidade de “trabalho em funções públicas” (n.º 1, do artigo 6.º da LTFP). No entanto, esta solução legislativa da LTFP que prevê como modalidade de “trabalho em funções públicas”, a par do vínculo de emprego público, o vínculo do contrato de prestação de serviços, nos termos do artigo 6.º da LTFP, não nos parece uma boa solução. Neste sentido, também Miguel Lucas Pires, *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas: Anotada e Comentada*, Almedina, Coimbra, 2014, anotação artigo 6.º, pág. 53. Consideramos que a prestação de serviços deveria ser inserido e tratado noutra sede, razão pela deve ter-se por excluído tanto do conceito, como do mundo, da *função pública*.

Ana Fernanda Neves, durante a vigência da LVCR, entendia que o prestador de serviços não se encontrava numa relação de subordinação jurídica para com a entidade pública a quem se obrigava a prestar um serviço, pelo que, não gerava nenhuma relação jurídica de emprego público. Perante este quadro, considerava, a autora citada, incoerente

tendia a distinguir dois sentidos de *função pública*. Um *sentido amplo*, que abrange todos os que exercem funções materialmente públicas, quer em regime de trabalho autónomo quer em regime de trabalho subordinado, bem como os que exercem cargos públicos; e um *sentido estrito* que abrange os trabalhadores subordinados à Administração Pública, independentemente do regime jurídico aplicável à respectiva situação jurídica. Esta distinção tem por base a natureza da situação jurídica, independentemente do regime jurídico em cada momento vigente²⁷⁴.

Num plano infraconstitucional, o nosso entendimento de conceito de *função pública*, mantém-se um pouco diverso do apresentado pelos autores citados. Assim, partindo dos dados juspositivos em vigor, parece-nos que se podem descortinar dois sentidos no conceito de *função pública*: um *sentido próprio* a *função pública*, e um *sentido impróprio* de *função pública*. O *sentido próprio* de *função pública* coincide tendencialmente, e tradicionalmente, com a noção constitucional de *função pública* por nós *supra* apresentada, o qual corresponde aos trabalhadores subordinados à Administração Pública (*agentes e funcionários públicos*), por um regime de Direito Administrativo. Contudo, para além deste sentido, entendemos que pode descortinar-se um outro sentido: um

a inserção do seu regime na LVCR e no título sobre os “regimes de vinculação... dos trabalhadores que exercem funções públicas”. Cfr. Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 434 (nota n.º 266). Concordamos com a opinião da autora citada, a qual consideramos transponível para a actual Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, que continua a prever o contrato de prestação de serviço como uma modalidade de “trabalho em funções públicas”, nos termos dos artigos 6.º, 10.º e 32.º da LTFP.

Parece-nos infeliz esta solução legislativa da qual resulta a inserção sistemática do contrato de prestação de serviço como uma modalidade de “trabalho em funções públicas”; uma vez que a celebração deste tipo de contrato não origina uma relação laboral, em razão da ausência de subordinação jurídica (n.º 1, do artigo 10.º da LTFP). Pelo que, entendemos que este contrato não se deveria encontrar previsto no seio das leis do emprego público (*maxime* artigo 6.º, 10.º e 32.º da LTFP), devendo ser apenas conformado no âmbito da contratação pública; onde já se encontra previsto e qualificado legalmente como contrato administrativo (cfr. artigos 6.º e 450.º e sgs. do Código dos Contratos Públicos). Cfr., também, num sentido próximo, Miguel Lucas Pires, *Lei Geral*, cit., anotação artigo 6.º e 32.º, pág. 53, 83-84.

²⁷⁴ Esta distinção proposta por Pedro Madeira de Brito diverge da sistematização conceptual proposta por Ana Fernanda Neves. Desde logo, porque a primeira distinção não apresenta qualquer categoria intermédia; depois inclui no sentido amplo todos os que exercem funções materialmente administrativa, incluindo os prestadores de serviços, e no sentido estrito abrange aqueles que exercem funções com subordinação jurídica no âmbito da função administrativa, independentemente do regime jurídico aplicável. Cfr. Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 31-33.

sentido impróprio de função pública. Pois, há décadas que a par de trabalhadores numa relação jurídica pública disciplinados por um regime de direito público, encontramos (e continuaremos a encontrar) trabalhadores sujeitos a um regime laboral privado na Administração, com vínculo de contrato de trabalho, o que deve ter-se como aceite constitucionalmente, ainda que, segundo cremos, só em termos excepcionais. Entendemos que aqueles trabalhadores que se encontram ao serviço da Administração Pública vinculados pelo direito laboral privado não integram a noção constitucional de *função pública*²⁷⁵. No entanto, apesar de considerarmos que não integram a *função pública*, gravitam em torno dela; uma vez que exercem funções públicas no seio de uma entidade empregadora pública, pelo que, dada a sua proximidade com a realidade da *função pública*, devem integrar um *sentido do conceito de função pública* ainda que em sentido *impróprio* – contribuindo este sentido, o qual parte de leis ordinárias, para a descaracterização do *conceito constitucional de função pública*, o qual é, segundo cremos, delimitado pelas figuras dos *agentes* e dos *funcionários*.

Do exposto resulta que, além de um *sentido próprio de função pública*, que coincidente com noção constitucional de *função pública* por nós já defendida, o qual corresponde aos trabalhadores subordinados à Administração Pública por um regime específico e distinto do direito laboral comum, *maxime* de direito público; pode desvendar-se, também, um *sentido impróprio de função pública*, o qual se reporta àqueles que exercem trabalho subordinado para com a Administração Pública num regime de direito laboral privado.

Admitimos, ainda, além daqueles dois sentidos, se possa falar num *sentido formal de emprego público*²⁷⁶, para abarcar aqueles trabalhadores que se encontram sujeitos a um regime especial, actualmente constante da Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, que aprovou a Lei Geral do Contrato de Trabalho em Funções Públicas. No qual se incluem os trabalhadores públicos actualmente titulados por nomeação, por con-

²⁷⁵ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 53. Em sentido contrário, Ana Fernanda Neves referindo que os “trabalhadores da Administração Pública, não necessariamente sujeitos a uma disciplina de trabalho de Direito Administrativo, ainda são ou integram a «função pública»”. Cfr. Ana Fernanda Neves, *Os «desassossegos» do Regime...*, cit., pág. 61.

²⁷⁶ Este sentido formal é formulado na esteira do sentido formal de emprego público apresentado por Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 31-33.

trato de trabalho em funções públicas, e por comissão de serviço (incluindo o *personal dirigente da administração*)²⁷⁷. A propósito deste *sentido formal* levanta-se, como veremos, a dúvida de saber se a LTFP consagra ainda um regime de direito público, ou antes um regime especial dentro do direito laboral comum. Podendo, na verdade, chegar-se à conclusão que dentro desta lei se encontram dois distintos regimes: um mais publicizado, próximo do tradicional regime estatutário, e um mais privatizado, próximo do direito laboral comum. Se assim se entender só os trabalhadores subordinados ao primeiro regime integram, com rigor, além do *sentido formal*, também o *sentido próprio* do conceito de *função pública* por nós apresentado. Enquanto os segundos, além de integram o *sentido formal*, andam mais próximos daquele *sentido impróprio* de *função pública*. Por sua vez, quem parece ser de incluir nesse sentido formal são os *dirigentes* da Administração Pública, uma vez que eles são considerados trabalhadores subordinados pela LTFP, nos termos da alínea a), n.º 1, do artigo 9.º (tal como também eram considerados pela LVCR). Pelo que, se impõe aqui uma distinção entre *função pública* e *cargo público*. Esta distinção deriva desde logo da Constituição, prevendo no seu n.º 2, do artigo 47.º o *direito de acesso à função pública* e no artigo 50.º o *direito de acesso a cargos públicos*.

Quanto à distinção referenciada, entre o exercício de um cargo público e o trabalho na *função pública*, nota Ana Fernanda Neves que pode fazer-se uma tripla divisão entre “o exercício de um cargo público político, o exercício de um cargo público de direcção administrativa e o exercício de uma actividade laboral subordinada”. Referindo a autora que “exclui-se da *função pública* e da relação de emprego público o exercício de cargos públicos como expressão do direito de participação política (v.g., os “titulares eleitos dos órgãos das autarquias locais”). Enquanto, acrescenta a mesma autora, “[o]s indivíduos que exercem um cargo directivo na Administração Pública, que integram o designado “*personal dirigente*”, reúnem uma dupla qualidade: são titulares de um órgão administrativo, consubstanciando a vontade, que externalizam, dos entes públicos e são simultaneamente trabalhadores subordinados, que disponibilizam uma prestação de trabalho, mediante remuneração, sob a autoridade e direcção de um outro órgão adminis-

²⁷⁷ Assim, resulta do exposto que das sistematizações apresentadas *supra* por Ana Fernanda Neves, e por Pedro Madeira de Brito do conceito de função pública, que concordamos apenas com o *sentido estrito* apresentado por aquela autora — coincidente com o sentido próprio de função pública por nós proposto — e com o *sentido formal* proposto por aquele autor.

trativo ou político-administrativo”²⁷⁸. Refere, igualmente a propósito desta distinção, Pedro Madeira de Brito que enquanto os trabalhadores da Administração Pública exercem uma actividade subordinada, já os titulares de cargos públicos exercem um poder público sujeito a determinadas directrizes legais, mediante uma contrapartida financeira, mas sem existência de subordinação jurídica²⁷⁹. Também neste sentido Liberal Fernandes tem referido que “enquanto as relações incluídas no âmbito da *função pública* se caracterizam fundamentalmente pelo vínculo de subordinação jurídica, nos cargos públicos não existe qualquer dependência jurídico-laboral do agente relativamente à direcção do órgão, mas antes relações de confiança política ou pessoal, de representação, de mandato, de requisição ou de comissão de serviço”²⁸⁰. Gomes Canotilho e Vital Moreira acrescentam que a distinção entre o exercício de uma *função pública* e o desempenho de um cargo público mantém-se clara mesmo quando existe uma conexão entre um e o outro, designadamente quando o acesso ao segundo supõe o exercício da primeira. Apresentando, *v.g.*, o acesso à função de professor de uma escola pública (*função pública*) e o desempenho de cargos de gestão de escolas (cargo público)²⁸¹. Neste contexto, interessam-nos, apenas, nesta investigação os trabalhadores subordinados da Administração Pública no exercício da sua prestação de trabalho²⁸².

Por sua vez, aparentemente a LTFP, tal como a sua predecesora LVCR, aprovam um regime unitário. Mas, atendendo aos dados juspositivos, é possível segundo Pedro Madeira de Brito, descortinar que existem trabalhadores vinculados à Administração por mais do que um regime jurídico. Assim, segundo o autor, partindo dos dados positivos vigentes seria possível delimitar, quatro tipos de trabalhadores da Administração Pública, consoante o regime jurídico aplicável²⁸³. Em primeiro lugar, os trabalhadores com relação de emprego público

²⁷⁸ Ana Fernanda Neves, *O Direito disciplinar da Função Pública*, Vol. I, cit., pág. 262-263.

²⁷⁹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 33.

²⁸⁰ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 124.

²⁸¹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. I, cit., pág. 676.

²⁸² Também, neste sentido, Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 34.

²⁸³ Seguimos a sistematização apresentada por Pedro Madeira de Brito, a qual apesar de se reportar à vigência da LVCR, consideramos transponível para este novo quadro juspositivo, da LTFP, visto que este quadro mantém quanto ao âmbito de aplicação e ex-

e submetidos à LTFP devido a prestarem a sua actividade a uma das entidades abrangidas pelo seu âmbito de aplicação objectivam (artigo 1.º): trabalhadores nomeados, com contrato de trabalho em funções públicas e com comissão de serviço, incluindo dirigentes da administração pública. Em segundo lugar, os trabalhadores que prestam a sua actividade sob o contrato de trabalho segundo um regime do Código de Trabalho mas adaptado, nomeadamente, os trabalhadores das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo (alínea c) do n.º 1, do artigo 2.º da LTFP)²⁸⁴, bem como as associações públicas profissionais²⁸⁵. Em terceiro lugar, integram uma outra categoria de trabalhadores subordinados da Administração Pública aqueles que prestam a sua actividade para entidades públicas que aplicam o direito laboral comum, como é o caso das entidades públicas empresariais²⁸⁶ (cfr. alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º da LTFP), mas igualmente de outras entidades na esfera pública como o caso das áreas metropolitanas de Lisboa e Porto²⁸⁷. Por último, importa conhecer como trabalhadores subordinados da Administração Pública, 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, sem prejuízo da aplicação de alguns princípios aplicáveis previstos na LTFP (cfr. n.º 2, do artigo 2.º).

Nós entendemos que estes quatro grupos de trabalhadores podem ser reconduzidos somente a apenas dois, de acordo com o regime aplicável. Assim, o primeiro e o quarto grupos apresentados serão reconduzíveis aos trabalhadores subordinados da Administração Pública,

clusão do mesmo semelhantes soluções, cfr. Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 34-35.

²⁸⁴ Artigo 32.º, da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto que aprovou a Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo.

²⁸⁵ Artigo 41.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de Janeiro, que estabelece o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais.

²⁸⁶ Artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro, que no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 18/2013, de 18 de fevereiro, aprova o novo regime jurídico do sector público empresarial.

²⁸⁷ Como é o caso, *v.g.*, a Lei n.º 46/2008, de 27 de Agosto, que estabelece o regime jurídico das áreas metropolitanas de Lisboa e do Porto, que prevê no n.º 4 do artigo 20.º que o preenchimento das necessidades permanentes dos serviços possam ser feito com pessoal sujeito ao regime do contrato individual de trabalho.

que se já não são deveriam ser, disciplinados, pelo direito público (ainda que consista num regime público especial no caso do quarto grupo²⁸⁸). Enquanto o segundo e o terceiro grupos corresponderão aos trabalhadores subordinados à Administração por um regime de direito laboral comum, ainda que com uma “*coloração publicista*”²⁸⁹ – a qual deriva do facto de todos os trabalhadores da Administração, inclusive os vinculados por uma relação de direito laboral privado, se encontrarem subordinados ao interesse público.

Contudo, fica por saber, por um lado, se aquele primeiro regime referido é ainda, perante a lei ordinária em vigor, a LTFP, verdadeiramente de direito público (ou já de direito laboral comum), e, por outro lado, se será ainda possível divisar dentro do diploma legal citado mais do que um regime jurídico – adiante-se que, porventura, será possível divisar dois subsistemas de normas ou dois diversos regimes jurídicos no seio da LTFP: um mais *privatizado* (o do contrato de trabalho em funções públicas) e um mais *publicizado* (a nomeação).

Pretendemos dar resposta a estas questões *infra*, no último Capítulo, da *Parte II*, desta dissertação. Para o objecto da nossa dissertação interessa essencialmente o grupo de trabalhadores previstos no primeiro grupo, pois iremos, por regra, atentar nos trabalhadores subordinados pelo regime geral, previsto na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, sem nos determos especificamente em regimes especiais a que se encontram sujeitos alguns trabalhadores públicos.

7. Fontes do direito da *função pública*

A Administração Pública é um instrumento da realização dos fins do Estado, existindo pois para prosseguir fins públicos. A comunidade política mune-se, assim, de uma organização que permite prover aos interesses gerais e às necessidades colectivas. A actividade da Administração Pública é conformada por princípios dados enquanto prestadora do serviço público, e disponibilizadora de estruturas e instrumentos institucionais, reguladores e condicionadores do funcionamento do “mercado” e das actividades dos privados, mobilizando, para tanto, re-

²⁸⁸ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 269.º, pág. 838.

²⁸⁹ Relembramos aqui a expressão de Ana Fernanda Neves, Os «desassossegos» do Regime...”, cit., pág. 61.

cursos públicos dos quais só pode dispor nos termos permitidos por lei²⁹⁰. As relações de emprego na Administração Pública têm carácter instrumental à prossecução das atribuições e fins das respectivas pessoas colectivas empregadoras públicas²⁹¹.²⁹² Por sua vez, até às recentes reformas do emprego público, o ramo do Direito que regulava a actividade e a organização da Administração Pública era claramente de Direito Administrativo²⁹³, uma vez que se entendia que os trabalhadores integravam aquela organização e materializavam a sua actividade, estes haveriam de ser, portanto, objecto da sua atenção. No entanto, devido à *privatização* ou *laboralização* que tem sido alvo o emprego público, aos trabalhadores da Administração, enquanto parte numa relação jurídica de emprego, não lhe são alheios muitos dos institutos, instrumentos e normas do regime de direito laboral privado. Tornado legítima a dúvida de saber se o regime laboral comum não terá já substituído o regime de direito administrativo enquanto regime disciplinador da relação de emprego público.

²⁹⁰ Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 398.

²⁹¹ Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 398.

²⁹² No entanto, é importante referir a separação que existe entre o poder político e os trabalhadores da Administração. A esfera do poder público assenta em dois planos, o do poder político e o do poder administrativo. Tratam-se de dois poderes distintos e dotados de legitimidades diferentes, respectivamente, democrática, resultante da confiança dos cidadãos expressa através de eleições políticas livres e é validada por cada mandato político, e a legitimidade administrativa, assente nos méritos e na capacidade profissional dos trabalhadores apurados em concurso público. A relação destes com o poder político é, em parte, de dependência, porque lhes cabe preparar, informar e executar as políticas públicas definidas pelo Governo em funções (sendo este além de órgão de condução da política geral do país também o órgão superior da Administração Pública, artigo 182.º, da CRP), independentemente de qual seja — *princípio da neutralidade política* —, na medida em que estas têm tradução nos interesses públicos a prosseguir pelas pessoas colectivas empregadora, e, noutra parte, de independência, pois a actuação daqueles para ser eficaz tem que ter autonomia face ao poder político, de modo a prevalecerem as “razões de ordem técnica” e o tratamento imparcial e equitativo dos administrados, cabendo-lhes assegurar a continuidade do funcionamento da Administração Pública para além dos ciclos eleitorais. Uma das formas de garantia de separação do poder político é a estabilidade da relação jurídica de emprego, a protecção contra a cessação sem justa causa (cfr. Ana Fernanda Neves, “A relação jurídica de função pública e as suas particularidades”, in *Direito Disciplinário Internacional — Estudos sobre a formação, profissionalização, disciplina, transparência, controle e responsabilidade da função pública*, Volume 1, Martha Lucía Bautista Cely e Raquel Dias da Silveira (Coord.), Editora Fórum, Belo Horizonte, 2011, pág. 248-249).

²⁹³ O Direito Administrativo é o Direito comum da função administrativa. *Vide*, designadamente, Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 398, (nota n.º 128).

Em termos genéricos o *direito da função pública* pode ser entendido como o conjunto de princípios e regras jurídicas que regulavam a relação jurídica de emprego público, bem como os direitos e deveres reconhecidos e impostos aos trabalhadores da *função pública*²⁹⁴. Quanto às fontes do *direito da função pública*, diga-se que, a Constituição é fonte interna deste direito, a par de outras fontes como: a lei e o regulamento; os instrumentos de regulamentação colectiva (ainda só admitido no caso dos que têm um contrato de trabalho em funções públicas, e já não dos que têm uma nomeação); e por fim os usos ou práticas do serviço. Para além destas fontes internas existem fontes internacionais do Direito da Função Pública, entre as quais se conta o Direito Internacional Público e o Direito Europeu, dentro dividindo-se este entre a protecção dos direitos do homem e o Direito da União Europeia²⁹⁵.²⁹⁶ Do exposto resulta que as fontes do *direito da função pública* diversificam-se, elas são nacionais e internacionais (ou internas e externas). A diversificação deixa salvaguardada uma essencial coloração publicística, identitária do emprego público²⁹⁷.

A Constituição e a lei definem e traçam o alcance do emprego público. A primeira contém as vinculações jurídico-públicas do regime jurídico do emprego público. A segunda por incumbência daquela faz as demais opções fundamentais de regime, assegurando-lhe a coerência do regime e a protecção dos seus valores essenciais²⁹⁸.

A Constituição contém verdadeiros princípios estruturantes de todo o *edifício da função pública*, que são, mais do que de direito administrativo, de verdadeiro Direito Constitucional²⁹⁹.

²⁹⁴ Ana Fernanda Neves, *Relação Jurídica*, cit., pág. 24; também, da mesma autora, “O direito da...”, cit., pág. 359, 399, 431; e Paulo Veiga e Moura, *Função Pública*, cit., pág. 18.

²⁹⁵ Para mais desenvolvimentos sobre as fontes da *função pública*, vide Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 374-399; e, sobretudo, Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, pág. 197-347.

²⁹⁶ Cfr., também para mais desenvolvimentos sobre as fontes do *direito da função pública*, Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 374-399. Ainda, para um maior aprofundamento do tema, vide Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 227 e sgs.

²⁹⁷ Neste sentido, Ana Fernanda Neves, “A relação jurídica de função pública e as suas particularidades”, cit., pág. 246.

²⁹⁸ Neste sentido, Ana Fernanda Neves, “A relação jurídica de função pública e as suas particularidades”, cit., pág. 246.

²⁹⁹ Neste sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 269.º, pág. 840.

Além da Constituição, a lei regula os aspectos essenciais do regime da função pública³⁰⁰, sendo esta tradicionalmente uma das principais fontes internas do *direito da função pública*, dando corpo a um conjunto de regras gerais e especiais unilateralmente definidas³⁰¹. De notar que se, até à reforma do emprego público de 2008/2009, a lei que regulava a *função pública* era indubitavelmente e exclusivamente de Direito Administrativo, actualmente perante os dados juspositivos em vigor, coloca-se a questão de saber se o regime do emprego público não integrará já o direito laboral privado, questão a que nos propomos responder *infra* no último capítulo desta dissertação. No entanto, adiante-se que as *bases do regime e âmbito da função pública*, nos termos da alínea t) do n.º 1 do artigo 165.º, da CRP, e do artigo 3.º da LFTP, constituem matéria de reserva relativa da Assembleia da República³⁰²⁻³⁰³, pelo que, a componente essencial do regime jurídico do emprego público continua a provir de uma fonte unilateral, de uma

³⁰⁰ Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 398.

³⁰¹ Na LVCR, agora revogada, as fontes encontram-se previstas individualmente para cada um dos três tipos de vínculos da relação de emprego público – artigo 80.º a 82.º da LVCR. Actualmente, de acordo com os dados juspositivos vigentes, tal não sucede existindo apenas um artigo específico – artigo 13.º da LFTP – que dispõe sobre as fontes específicas do contrato de trabalho em funções públicas. Ou seja, dispõe apenas sobre as fontes aplicáveis a uma modalidade de emprego público, havendo quem de uma forma crítica a este artigo note que o mesmo não contém as principais fontes aplicáveis a essa modalidade de emprego público, contendo apenas fontes de menor importância e que apenas podem disciplinar aspectos parcelares da relação de emprego constituída por contrato de trabalho em funções públicas. Pelo que se pode colocar em causa a razão de ser da sua existência, podendo o mesmo criar confusão numa tentativa de compreensão desta matéria das fontes do direito do emprego público. Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1.º Volume (artigos 1.º a 240.º), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, anotação ao artigo 13.º, pág. 135.

³⁰² O *regime e o âmbito da função pública* constituem reserva de competência legislativa parlamentar desde a versão originária da Constituição (constava nesta versão da alínea m), do artigo 167.º), circunscrita, desde a primeira revisão, às respectivas *bases do regime e âmbito da função pública* (alínea t) do n.º 1 do artigo 165.º, da CRP). Cfr. Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 386.

³⁰³ Em matéria de *lei de bases do regime de função pública*, uma vez que constituem reserva relativa da Assembleia da República, o Governo só pode legislar a título primário com lei de autorização legislativa (n.º 2, do artigo 165.º, da CRP), ou depois das bases do regime terem sido fixadas o Governo deve apenas emitir decretos-leis de desenvolvimento delas (n.º 2, do artigo 112.º e alínea c), do n.º 1, do artigo 198.º, da lei fundamental), enquanto fora das matérias consideradas *bases do regime* o Governo goza de *competência legislativa concorrente* com a Assembleia da República (cfr., Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 3.º, pág. 92).

lei, que ainda cremos, adiante-se, ser de direito administrativo³⁰⁴. Não obstante, perante os dados juspositivos vigentes, dentro desta fonte normativa que é a lei, a relação de emprego público é agora disciplinada além da LTFP (dentro da qual determinadas normas constituem *base definidoras do regime e âmbito do vínculo do emprego público*); também pelo *Código do trabalho e respectiva legislação complementar*, a título subsidiário por remissão da LTFP (cfr. artigo 4.º) – numa opção que demonstra que legislador continua a sentir-se atraído pelo direito laboral privado, o que já mereceu, e bem, a nosso ver, a crítica de alguns autores³⁰⁵ – ; e, por fim, por *legislação complementar* constante de diplomas próprios, nos termos previstos no artigo 5.º da LTFP. Decorrendo do exposto que a Lei n.º 35/2014 falha com um dos seus principais objectivos, que era o de, numa tentativa de codificação, acabar com a proliferação de regimes que regulavam a relação de emprego público³⁰⁶.

Outra das fontes tradicionais da relação jurídica de emprego público de carácter unilateral é o regulamento administrativo³⁰⁷. O regulamento administrativo ocupa actualmente como que um “estatuto de menoridade”³⁰⁸ face à lei, pois nas matérias reservadas à lei a actividade regulamentar é de mera execução, limitando-se a precisar ou pormenorizar a lei com vista à sua boa execução (cfr. artigo 75.º da LFTP), pelo que o papel do regulamento enquanto fonte normativa do con-

³⁰⁴ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit. anotação ao artigo 3.º, pág. 92.

³⁰⁵ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 4.º, pág. 94.

³⁰⁶ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 2.º do Lei n.º 35/2014 que aprovou a LTFP, pág. 10-12. Referem estes autores que falhou também outro dos objectivos que a LTFP pretendia alcançar que era o da uniformização ou aproximação do regime do emprego público ao regime disciplinador da relação laboral comum, dado pelo Código do Trabalho (tal como consta da exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 184/XII (3.ª), que aprova a Lei Geral do Trabalho em funções Públicas). Ora, a uniformização dos regimes está longe de acontecer, pois apesar dessa capa de uniformização, quanto “aos elementos estruturantes do emprego público, seja ao nível da constituição, desenvolvimento ou extinção, o regime jurídico continua a provir fundamentalmente de uma fonte unilateral, podendo ser modificado livre unilateralmente sem que o trabalhador público possa opor a essa modificação um conjunto significativo de direitos adquiridos” (*ibidem*, pág. 12).

³⁰⁷ Referindo-se, tradicionalmente que os seus funcionários se encontravam numa “situação legal e regulamentar”. Cfr. Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 386, nota n.º 76, e Jean-Marie Aubry, *L'évolution des sources de la fonction publique*, AJDA, 1984, pág. 247.

³⁰⁸ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação aos artigos 4.º, pág. 92.

teúdo da relação jurídica de emprego público é pois limitado³⁰⁹.

Por sua vez, relativamente aos *instrumentos de regulamentação colectiva*³¹⁰, a Constituição consagra, no seu artigo 56.º, o direito à contratação colectiva sem distinguir os trabalhadores da Administração Pública dos demais trabalhadores³¹¹. Porém, o legislador ordinário, durante muito tempo não deu, para os trabalhadores da Administração Pública, tradução senão a um direito de negociação colectiva.³¹² Só com a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, se prevê, pela primeira vez, a possibilidade de contratação colectiva no âmbito da relação jurídica de emprego público. No entanto, o legislador admitiu-os de forma limitada, pois apenas os trabalhadores com vínculo de contrato de trabalho em funções públicas podem ver o conteúdo da sua situação jurídica ser abrangido pelo disposto em contratos colectivos e apenas nas matérias que a lei deu abertura nesse sentido. Permanecendo, assim, de fora da possibilidade de celebrar instrumentos de regulamentação colectiva trabalhadores da Administração Pública com vínculos de nomeação e em comissão de serviço.³¹³ Situação que se mantém actualmente na lei em vigor (cfr. alínea b) do n.º 3 do artigo 347.º, e artigo 355.º da LFTP).

³⁰⁹ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação aos artigos 4.º e 75.º, pág. 92 e 313.

³¹⁰ A celebração de instrumentos de regulamentação colectiva negociais, no nosso ordenamento jurídico sempre esteve associada à existência de um contrato de trabalho como formam de regulamentar o conteúdo da situação jurídica dele emergente. Cfr. Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 311.

Neste sentido, refere também Maria do Rosário Palma Ramalho: “[a] convenção colectiva de trabalho assumiu desde o início a sua função de uma forma cristalina: essa função é, evidentemente a de se substituir ao contrato de trabalho na determinação das condições negociais dos trabalhadores da categoria representada pela associação sindical outorgante”, cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Negociação Colectiva Atípica*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 35.

³¹¹ Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira o direito de contratação colectiva, previsto no artigo 56.º da CRP, assiste a todos os trabalhadores, incluindo, também, os *trabalhadores da Administração Pública*, desde que, sujeitos a contratos de trabalho. Pois, por definição, referem os autores citados não pode haver contratação colectiva em sentido próprio onde não há contrato individual de trabalho, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. I, cit., anotação ao artigo 56.º, pág. 746-747.

³¹² Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 392.

³¹³ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 244, 318-319 e 324. Segundo o entendimento deste autor, uma vez que não existe qualquer justificação material – nem apoio constitucional – para excluir os trabalhadores nomeados da contratação colectiva. Para mais desenvolvimentos sobre esta posição, cfr. *ibidem*, pág. 249.

Quanto ao contrato de trabalho, em geral deve entender-se actualmente que por via contratual só pode ocorrer alteração do regime legal mediante expressa previsão da lei (*v.g.*, n.º 2 do artigo 77.º e o n.º 1 do artigo 78.º, da LFTP), e sempre em sentido mais favorável ao trabalhador, o que denota que enquanto fonte de uma modalidade de vínculo de emprego público o contrato tem um papel actualmente muito limitado ou quase inexistente³¹⁴.

Por fim, ainda como fonte interna do Direito da Função Pública, referem-se os *usos ou a prática do serviço*. Com efeito, os *usos* ou a *prática de serviço* só têm relevância se não contrariarem disposição imperativa ou supletiva da lei ou de regulamentação colectiva, nem manifestação expressa da vontade das partes³¹⁵.

No que respeita às fontes internacionais do Direito da Função Pública, quanto à primeira ao *Direito Internacional Público*, diga-se que este se ocupa pouco da *função pública*, uma vez que se considera que a mesma integra o domínio reservado dos Estados³¹⁶. No entanto, não podem, ser descuradas algumas referências a instrumentos normativos internacionais, e, especificamente, a convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho (doravante OIT)³¹⁷. Entre as primeiras, é de destacar a previsão do direito à igualdade de acesso às funções públicas³¹⁸, bem como a possibilidade de restrições legais aos direitos sindicais e ao direito de greve dos membros das forças arma-

³¹⁴ Sobre este pode, *vide* Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 4.º, pág. 98.

³¹⁵ Sobre os usos de serviço cfr. ponto 4 do sumário do Acórdão do STJ, Processo n.º 06S699, de 28 de Junho de 2006.

³¹⁶ Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 374.

³¹⁷ A OIT é uma instituição especializada da ONU, através da qual se tem tentado criar uma espécie de “direito internacional do trabalho” e promover o trabalho digno à escala universal, cfr. João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 36. A Organização Internacional do Trabalho foi criada em 1919, constando a sua regulamentação da Parte XVIII do Tratado de Versalhes, celebrado para pôr termo à Primeira Guerra Mundial e que deu origem à Sociedade das Nações, como agência especializada. A OIT é uma organização internacional com uma estrutura original, pois apresenta uma composição tripartida sob dois aspectos: no que respeita ao número de órgãos e em relação à representatividade dos próprios órgãos. Estes órgãos são, nos termos do artigo 2.º da Constituição da OIT, a Conferência Geral, o Conselho de Administração, e o Secretariado Internacional do Trabalho cfr., também para mais desenvolvimentos sobre a OIT, Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 6.ª ed., 2013, pág. 189 e sgs.

³¹⁸ Cfr. n.º 2, do artigo 21.º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e na alínea c) do artigo 25.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966.

das, da polícia ou pelas *autoridades da Administração Pública*³¹⁹. No que respeita à OIT e às suas convenções distinguem-se entre as que se aplicam aos trabalhadores, quer sejam ou não da Administração Pública, as que não se aplicam aos ou a certos trabalhadores desta, como expressamente estabelecem, e as que se visam, especificamente os trabalhadores da Administração Pública, neste caso, *verbi gratia*, 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*³²⁰.

Quanto ao *Direito Europeu* que pode dividir, como vimos: *entre a protecção dos direitos do homem*, e o *Direito da União Europeia*. No que concerne à protecção daqueles direitos, refira-se que os instrumentos europeus de protecção daqueles direitos não relevam, em geral, de forma específica no que concerne à *função pública*. A referência particular respeita ao exercício da liberdade de reunião e da liberdade de associação pelos membros das formas armadas e das forças policiais: o n.º 2 do artigo 11.º, da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), de 1950, que admite restrições ao exercício da liberdade de reunião e da liberdade de associação pelos “membros das forças armadas, da polícia, ou da administração do Estado”; assim como o artigo 5.º da Carta Social Europeia, de 1961, que remete para as leis e regulamentos nacionais a determinação da medida de aplicação da liberdade sindical à polícia e às forças armadas; e o n.º 14 da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989, nos termos da qual as condições e a extensão da aplicação da liberdade de associação, dos direitos de negociação e contratação colectiva e de greve às forças armadas, polícia e *função pública* são determinadas pelo direito de cada Estado-Membro³²¹. Quanto à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) relativa aos conflitos laborais públicos, em geral, a mesma convoca a aplicação do direito a um processo judi-

³¹⁹ Cfr. n.º 2 do artigo 8.º, do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 1966.

³²⁰ Convenção adoptada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho na sua 64.ª sessão, em Genebra, a 27 de Junho de 1978. Disponível em <http://www.gddc.pt/siii/docs/lei17-1980.pdf>, consultado última vez a 20/05/2015.

³²¹ Neste sentido, Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 375.

cial justo³²², do direito a créditos remuneratórios³²³, do direito a uma compensação pela cessação do contrato³²⁴, da liberdade de expressão³²⁵, da liberdade sindical e do direito de negociação colectiva³²⁶.³²⁷

Por sua vez, no que respeita ao *Direito da União Europeia*, seja o direito primário, seja o secundário, este constitui uma importante fonte do *direito da função pública*³²⁸, exercendo uma influência deter-

³²² Considerando o ponto 62 do Acórdão do TEDH, de 19/04/2007, Processo n.º 63235/00, caso *Vilho Eskelinen e outros contra Finlândia*. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem enuncia o princípio segundo o qual os trabalhadores públicos beneficiam da protecção oferecida pelo artigo 6.º da CEDH. Este artigo determina precisamente que “[q]ualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido na lei...”. Assim, observa aquele tribunal que “em princípio nada justifica subtrair as garantias do artigo 6.º dos conflitos ordinários do trabalho – tais como os que respeitam a uma remuneração, uma indemnização ou outros direitos deste tipo – devido ao carácter especial da relação entre o funcionário e o Estado em questão. Na verdade, haverá uma presunção de que se aplica o artigo 6.º”, incumbindo a Estado demonstrar o contrário. Cabendo, assim, ao Estado demandado demonstrar, em primeiro lugar, que, nos termos da legislação nacional para aquela categoria de trabalhadores em questão, na qual se incluí o funcionário requerente, não tem direito de acesso a um tribunal e, em segundo lugar, que a exclusão dos direitos garantidos no artigo 6º tem fundamento.

³²³ Convocam a aplicação do artigo 1.º do Protocolo n.º 1, anexo à CEDH. Cfr., considerando o ponto 62 do Acórdão do TEDH, de 19/04/2007, Processo n.º 63235/00, caso *Vilho Eskelinen e outros contra Finlândia*.

³²⁴ Considerando o ponto 65 do Acórdão do TEDH, de 09/06/2009, Processo n.º 16861/02, caso *Nicola Silvestri contra Itália*.

³²⁵ Sobre o direito dos funcionários públicos à “liberdade de expressão de várias formas e em particular os seus direitos de transmitir informação e ideias a terceiros num contexto político”, vide, ponto 41 do Acórdão de 02/09/1998, Processo n.º 65/1997/849/1056, Caso *Ahmeh e outros contra o Reino Unido*.

³²⁶ Considerando o ponto 154 do Acórdão do TEDH, de 12/11/2008, Processo n.º 34503/97, *Demir e Baykara contra Turquia*. No qual pode ler-se que “o direito de negociar colectivamente com o empregador tem, em princípio, de se tornar um dos elementos essenciais do «direito de fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses» enunciado no artigo 11.º da Convenção, entendendo-se que os Estados são livres de organizar o seu sistema de modo, se necessário, a conceder um estatuto especial para os sindicatos representativos. Como os outros trabalhadores, funcionários públicos, excepto em casos muito específicos, devem gozar de tais direitos”, sem prejuízo de quaisquer restrições legais que possam ter de ser impostas aos “membros da Administração do Estado”, nos termos do n.º 2 do artigo 11 da CEDH.

³²⁷ Seguimos de perto, designadamente quanto às indicações jurisprudenciais do TEDH, Ana Fernanda Neves, “Relação jurídica de trabalho e relação de função pública”, in *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, ano 2, n.º 5, Belo Horizonte, 2013, pág. 182.

Os acórdãos citados estão disponíveis em http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=ca_slaw&c=#n1367580026604_pointer. Consultado a 22/05/2015.

³²⁸ Neste sentido, Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 378.

minante sobre o regime do emprego público dos Estados-Membros. Tal decorre, desde logo, do princípio da livre circulação de trabalhadores, e dos princípios conexos da não discriminação em razão da nacionalidade e do tratamento nacional dos cidadãos de outros Estados-membros³²⁹. Por outro lado, traduz a aplicação também ao emprego público de algumas disposições dos Tratados e de direito derivado relativas ao trabalho e emprego³³⁰.³³¹ Especificamente quanto ao princípio da livre circulação dos trabalhadores, pode dar-se nota de que o Direito da União Europeia impõe uma concepção funcional dos empregos públicos e a abertura da generalidade destes aos nacionais de outros Estados-membros e, consequentemente, um regime que permita e não que dissuada a mobilidade. O artigo 39.º do Tratado da União Europeia prevê a livre circulação de trabalhadores no seio da União Europeia, proibindo todas as discrimi-

³²⁹ O Direito da União Europeia impõe uma concepção funcional dos empregos públicos e a abertura da generalidade destes aos nacionais de outros Estados-membros e, consequentemente, um regime que permita e não que dissuada a mobilidade. Assim, apesar do artigo 39.º (anterior 48.º), a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia – antes apelidado de Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias – de modo reiterado perfilhou um uma interpretação restritiva e funcional do conceito de Administração Pública, considerando que só estão cobertos pela previsão de tal norma os empregos públicos da Administração que comportassem uma participação, directa ou indirecta, no exercício do poder público e que tivessem por objeto a salvaguarda dos interesses gerais do Estado e demais pessoas colectivas públicas. Cfr. Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 381, da mesma autora, “A relação jurídica de função pública e as suas particularidades”, cit., pág. 247, nota n.º 31; e Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 91-93.

³³⁰ Há um conjunto de normativos eurocomunitários em matéria laboral ou social que também se aplicam aos trabalhadores da Administração Pública. Por exemplo, em matérias de contratos a termo (Directiva 1999/70/CE do Conselho de 28 de Junho de 1999, respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo), de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional (Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000), que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional), manutenção de direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas (Directiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de Março de 2001, relativa à de aproximação de legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção de direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos), e de reconhecimento de diplomas para acesso a uma profissão regulamentada (Directiva 2005/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, que fixa um sistema geral de reconhecimento dos diplomas de estudos superiores que permitem o acesso a uma profissão regulamentada). Cfr. Ana Fernanda Neves, “A relação jurídica de função pública e as suas particularidades”, cit., pág. 247, nota n.º 32, e da mesma autora, “Relação jurídica de trabalho e relação de função pública”, cit., pág. 182.

³³¹ Ana Fernanda Neves, “A relação jurídica de função pública e as suas particularidades”, cit., pág. 247.

nações baseadas na nacionalidade, estabelecendo contudo, no seu n.º 4, que este princípio não é aplicável aos empregos na Administração Pública. Não obstante, desde há algum tempo, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem vindo a fazer uma interpretação restritiva da excepção consagrada no n.º 4 do artigo 39.º do Tratado (ex-artigo 48.º), considerando que uma restrição geral do acesso aos cidadãos comunitários ao emprego na Administração Pública não se apresenta em conformidade com o direito comunitário³³². Consistindo esta interpretação restritiva do Tribunal, segundo Comunicação da Comissão Europeia de 2002, no seguinte: “o Estado-Membro só pode reservar o acesso a empregos na *função pública* aos seus nacionais se esses empregos estiverem directamente relacionados com actividades específicas da administração pública, nomeadamente as que envolvam exercício de autoridade pública e responsabilidade da salvaguarda do interesse geral do Estado, incluindo organismos públicos como as autoridades locais”.³³³

8. Conclusões preliminares

O conceito da *função pública* não resulta directamente da Constituição. Não obstante a *função pública* tem dignidade constitucional,

³³² Designadamente, entre outros, Acórdão da Comissão contra a Bélgica, de 17 de Dezembro de 1980, Processo n.º 149/79 – livre circulação de pessoas e serviços, trabalhadores, empregos na Administração Pública; Acórdão da Comissão contra República Francesa, de 3 de Junho de 1986, Processo n.º 307/84 – exigência de nacionalidade para a nomeação e efectivação em empregos definitivos de enfermeiro ou enfermeira – ; Acórdão da Comissão das Comunidades Europeias contra Grão-Ducado do Luxemburgo, de 2 de Julho de 1996, Processo n.º C-473/93 – incumprimento pelo Estado, livre circulação de pessoas, empregos na Administração Pública – ; Acórdão da Comissão contra o Reino da Bélgica, do Tribunal de 2 de Julho de 1996, Processo n.º C-173/94 – incumprimento pelo Estado, livre circulação de pessoas, empregos na Administração Pública – ; Acórdão da Comissão contra República Helénica, de 2 de Julho de 1996, Processo n.º C-290/94 – incumprimento pelo Estado, livre circulação de pessoas, empregos na administração pública. Todos estes Acórdãos se encontram disponíveis em <http://curia.europa.eu/juris>, consultado a 21/05/2015.

³³³ Cfr. Comunicação da Comissão Europeia, “Livre circulação de trabalhadores – realização integral de benefícios e potencialidades”, de 11 de Dezembro de 2002, COM (2002) 694 final, pág. 19-21. Disponível em <http://www.infoeuropa.euroid.pt/registo/000014779/>. Consultado a 20/05/2015.

Também, cfr. Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 381, da mesma autora, “A relação jurídica de função pública e as suas particularidades”, cit., pág. 247, nota n.º 31, e Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 91-93.

sendo esta delimitada pelo texto constitucional através da figura não só dos *funcionários* como dos *agentes* – ou seja abrangendo não apenas os que exercem funções de autoridade, como os que exercem funções técnicas. A Constituição prevê ainda, para ela, um regime jurídico diverso do trabalho no sector privado (*v.g.*, alínea t) do n.º 1, do artigo 165.º, e artigo 269.º da CRP), um regime que deverá ser de direito público. Para além disso, a Lei Fundamental consagra um conjunto de princípios informadores de todo o regime da *função pública*, fazendo com que uma parte importante deste regime seja mais do que de natureza administrativa de verdadeiro Direito Constitucional.

Não obstante este facto, as últimas alterações legislativas do emprego público têm vindo a originar, ao que parece, a perda de identidade de uma realidade constitucionalmente protegida – a *função pública* –, e a levar, ao que também parece, à sua descarectização, pelo menos da sua configuração tradicional. O que acontece, designadamente, porque a lei ordinária em vigor só faz referência a *trabalhadores* e não já a *funcionários e agentes*, para além de tomar como meio normal de constituição das relações de emprego público um vínculo proveniente do direito do trabalho: o contrato de trabalho em funções públicas, o qual arrasta consigo todo um conjunto de normas e institutos provenientes deste ramo do direito. Ao mesmo tempo que, adiante-se, consagra um regime distinto para os trabalhadores que exercem funções de autoridade, do daqueles que exercem funções predominantemente técnicas: enquanto os primeiros permanecem, ao que parece, com um regime próximo do tradicional regime estatutário, já os segundos parece conhecerem um regime próximo do regime laboral comum. Note-se, no entanto, que esta solução não é imposta pelo texto constitucional, antes decorrendo dele, segundo cremos, que a generalidade dos trabalhadores deveria estar sujeita a um mesmo regime jurídico, o qual deve ser o mais unitário possível, distinto do regime laboral comum, e que deve ser de direito público – resultando tal regime específico da *garantia institucional de função pública* consagrada pela Lei Fundamental. Resta saber se o regime de direito administrativo já foi substituído por um regime de direito laboral comum enquanto regime disciplinador da relação de emprego público, o que nos propomos fazer *infra*.

CAPÍTULO II

O MODELO ESTATUTÁRIO DA FUNÇÃO PÚBLICA: EVOLUÇÃO

1. A autonomização do emprego no seio da Administração Pública: concepção legal e estatutária do emprego público

No final do século XIX deu-se início à autonomização do regime jurídico aplicável ao emprego no seio da Administração Pública, essencialmente, nos chamados países europeus ditos de “Direito Administrativo”^{334_335}.

³³⁴ O Direito Administrativo era tradicionalmente definido por Marcello Caetano como “o sistema de normas jurídicas que regulam a organização e o processo de agir da Administração Pública e disciplinam as relações pelas quais se prossiga interesses colectivos podendo usar de iniciativa e do privilégio de execução prévia”, cfr. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.ª edição, (9.ª reimpressão), revista e actualizada por Diogo Freitas do Amaral, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 43. Mais, recentemente, Freitas do Amaral define Direito Administrativo “como o ramo do direito público constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a organização e o funcionamento da Administração Pública, bem como as relações por ela estabelecidas com outros sujeitos de direito no exercício da actividade administrativa de gestão pública”, cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Edição, cit., pág. 130. Acrescentando, o este professor, que o direito Administrativo é, na ordem jurídica portuguesa, um ramo do direito público (*ibidem*, pág. 131).

³³⁵ Segundo Eduardo Sebastião Vaz Oliveira a concepção europeia de Função Pú-

Com efeito, desde aquele século, o direito continental europeu vem remetendo a disciplina do sector público profissional para o Direito Administrativo³³⁶. Os agentes que trabalham em nome de um serviço público, isto é, aqueles cuja missão é satisfazer o interesse público, são regidos por um subsistema do Direito Administrativo: o *direito da função pública*³³⁷.

Para a autonomização do regime jurídico aplicável à *função pública*, que ocorreu sensivelmente no final do século XIX, concorreram vários factores. O essencial foi a ideia de que os funcionários públicos estão ao

blica, “a concepção da Função Pública dos principais países europeus – os países ditos de «direito administrativo» – seja uma mera resultante da concepção francesa, isto é, de uma concepção caracterizada de tipo militar”. Constituem exemplo do referido, França, Alemanha, Bélgica, Itália, Espanha e Portugal. Prossegue o autor citado referindo que “[a] necessidade de implantação de um regime de absoluta fidelidade aos superiores, transformou o funcionário, desde o recrutamento, numa *casta fechada*, a que o princípio da carreira ia assegurando não só o *acesso periódico*, como também, uma espécie de *auto-suficiência* e até, de *imunização* perante qualquer eventual solicitação do exterior. A *estabilidade* foi assim arvorada, automaticamente não só como factor de garantia de permanência perante qualquer mudança governativa, mas também como processo de auto-defesa de uma armadura que tinha que permanecer actuante quaisquer que fossem as flutuações políticas verificadas no «exterior». Mas se a *função pública* se podia apresentar, externamente, como uma «carreira de confiança», a verdade é que o trabalho desempenhado pelo funcionário – como representante do estado – era, fundamentalmente, um *Serviço* [Público]”. Acrescentando o autor que “o vínculo de ligação entre o funcionário e o Estado não se fazia no mesmo pé de igualdade dos demais contratos de trabalho particulares. Por esta razão a situação resultante daquele vínculo podia, assim, ser livremente modificada, pelo Estado, em nome do interesse geral. Não se estaria, pois, na presença de uma verdadeira situação «contratual», mas sim de uma situação «estatutária». Já quanto à concepção americana da Função Pública refere o mesmo autor que “a actividade da Administração não se distingue, fundamentalmente, da actividade exercida na administração privada. O agente da Administração Pública não representa o Estado, não exerce qualquer «Serviço» (no sentido europeu) mas desempenha apenas um simples emprego a que está ligado, *apenas*, e *enquanto* lhe aprouver, ou lhe forem reconhecidos, pelos seus superiores, méritos para o exercer. Não goza por isso, nem de *autoridade*, nem de *estabilidade* na carreira. Não tem, também, qualquer, *direito especial* a ascender a cargos superiores”. Concluindo, o citado autor, que “[é] uma concepção pensada para uma sociedade civil e livre e não para uma sociedade construída sob moldes militares”. Cfr., também para mais desenvolvimentos, Eduardo Sebastião Vaz Oliveira, “A função pública portuguesa”, cit., pág. 26-31.

³³⁶ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 12.

³³⁷ Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, Paris, 2009, pág. 14.

O *direito da função pública* pode ser entendido, enquanto subsistema do Direito Administrativo, como o conjunto de normas jurídicas que visa regular a relação jurídica de emprego público, bem como os direitos e deveres reconhecidos aos trabalhadores que integram a *função pública*. Num sentido próximo, também Paulo Veiga e Moura, *Função Pública*, cit., pág.18.

serviço de um interesse mais importante – o interesse público – e que devem sobrepor este interesse ao seu enquanto sujeito. Como o direito privado assenta na ideia de igualdade e na prossecução de interesses próprios, revela-se insuficiente para a disciplina da *função pública*, iniciando-se, deste modo, um processo de construção de um *direito da função pública* a partir da desadequação dos quadros jurídicos do Direito Civil, mas também do incipiente Direito do Trabalho³³⁸. As soluções civilísticas de encarar o trabalho subordinado assente na *locatio operatum* ou no mandato revelam-se insuficientes para explicar a realidade dos funcionários públicos e a sua situação jurídica, nos mesmos termos em que se revelavam também já insuficientes para os trabalhadores comuns³³⁹.

Pelo que, tanto o Direito do Trabalho³⁴⁰ como o *direito da função*

³³⁸ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 48.

³³⁹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 48.

Para uma análise mais desenvolvida sobre a inadequação dos institutos civis aos fenómenos laborais, e autonomização dogmática do Direito do Trabalho, vide Maria do Rosário Palma Ramalho, *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*, Almedina, Coimbra, 2000.

³⁴⁰ O Direito do Trabalho costuma ser apresentado como um ramo autónomo de direito, dentro do direito privado, mas apenas no conjunto das suas normas jusprivatísticas, pois, também o integram normas de direito público. O Direito do Trabalho na sua parte privatística, disciplina directamente o trabalho subordinado prestado a outrem, cfr. Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), 2.ª reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 47. Para Jorge Leite, numa noção há muito formulada, o direito do trabalho é “o conjunto das normas jurídicas, de origem estadual e convencional, que visam regular, com vista à sua normalização, as relações individuais e colectivas que têm como seu elemento unificante e desencadeante o trabalho assalariado”, cfr. Jorge Leite, *Direito do Trabalho e da Segurança Social – Lições ao 3.º Ano da FDUC*, Serviço de textos da Universidade de Coimbra, 1982, pág. 79. Para uma noção ampliada de Direito do Trabalho, vide, do autor, *Direito do Trabalho*, Vol. I, cit., pág. 66-69.

Quanto à exclusão da *função pública* da disciplina do Direito do Trabalho, neste mesmo escrito, refere o professor citado que por “razões de ordem jurídico-política também se encontram excluídas do âmbito do direito do trabalho as relações da grande maioria dos trabalhadores da administração pública, relações entre nós reguladas por um ramo do direito que poderíamos designar por direito administrativo da relação de emprego público”, cfr. Jorge Leite, *Direito do*

Trabalho, Vol. I, cit., pág. 75. Mais recentemente, neste sentido, também António Monteiro Fernandes nota que “nem todo o trabalho dependente ou juridicamente subordinado é objecto de regulação pelo Direito do Trabalho: o estatuto dos trabalhadores da função pública assume (...) características diferenciadas relativamente ao das pessoas envolvidas em relações jurídico-privadas de trabalho; não pertence ao Direito do Trabalho, mas ao Direito Administrativo”. Concluindo, o autor, que “o Direito do Trabalho regula as relações jurídico-privadas de trabalho livre, remunerado e subordinado”, cfr. António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 16.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pág. 16.

*pública*³⁴¹ nasceram da mesma vontade, a de superar as soluções civilistas de encarar o trabalho subordinado³⁴².

Contudo, estas duas áreas jurídicas diferem quanto aos fundamentos que presidiram à sua elaboração: enquanto no Direito do Trabalho se pretende limitar o poder privado, no caso do *direito da função pública* visa-se consolidar o poder público.

Assim, enquanto o Direito do Trabalho é guiado pela ideia de protecção da parte mais fraca, o *direito da função pública* é cunhado pela ideia de assegurar a autoridade do poder público sobre os agentes que para ele prestam serviço³⁴³. Têm, no entanto, em comum o mesmo objecto — o trabalho subordinado —, o desejo de romper com o direito comum proveniente do Código Civil e a circunstância histórica de terem surgido como regimes jurídicos autónomos por volta do final do século XIX³⁴⁴.

O Direito do Trabalho afirma-se como o “direito da desigualdade”, abandonando o anterior dogma dos sujeitos livres e iguais, um direito que não confia, nem nos automatismos do mercado, nem na autonomia privada, como mecanismos de realização de uma troca justa e que, por isso, limita a liberdade contratual fixando um conjunto de garantias que a vontade das partes é impotente para afastar.

Assim, este novo sistema, o Direito do Trabalho, vem fixar as condições mínimas de trabalho qua as partes não podem afastar, salvo

³⁴¹ A relação de emprego público é um dos domínios do Direito Administrativo menos estudado enquanto subsistema. Cfr. Ana Fernanda Neves, *O Direito disciplinar da Função Pública*, Vol. I, cit., pág. 9.

³⁴² Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, cit., pág. 13, e Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 61-71.

³⁴³ Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, cit., pág. 14.

³⁴⁴ Quanto ao nascimento do emprego público como instituto jurídico, vide Massimo Severo Giannini, “Impiego Pubblico”, in *Enciclopedia del Diritto*, XX, Giuffrè Editore, 1970, pág. 293, e Ana Fernanda Neves, *O Direito disciplinar da Função Pública*, Vol. I, cit., pág. 9.

Quanto ao surgimento do Direito do Trabalho, vide Maria do Rosário Palma Ramalho, *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*, cit., pág. 167. O Direito do Trabalho é um direito de formação recente, é um fenómeno moderno, é um direito jovem, com pouco mais de um século de existência, cuja origem histórica remonta ao período da Revolução Industrial e cuja construção sistemática tem início por volta do final do século XIX. Veja-se o caso português em que aquela que é considerada como a primeira lei social data de 14 de Abril de 1891, regulando o trabalho de menores e das mulheres em estabelecimentos industriais, bem como a higiene e segurança nas oficinas. Cfr. João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 18

para estabelecer condições mais favoráveis aos trabalhadores³⁴⁵.

³⁴⁵ Jorge Leite, *Direito do Trabalho*, Vol. I, cit., pág. 35-36.

O princípio do tratamento mais favorável, ou *favor laboratoris*, surgiu como um instrumento que visa garantir uma maior protecção à denominada parte mais fraca no contrato de trabalho: o trabalhador. Este princípio resultou, de um lado, da ideia de que a protecção legal era feita por mínimos, admitindo-se que se garantisse maior favor por outras vias (autonomia privada e colectiva), mas igualmente pelo facto de se considerar que a evolução da posição do trabalhador era uma via de sentido único, isto é, sempre de mais ganhos sociais.

Este princípio é um dos institutos mais característicos do Direito do Trabalho e a sua construção entrelaça-se com o próprio Direito do Trabalho. A reacção das normas laborais às insuficiências do direito civil passou por considerar soluções diferenciadas, entre elas, o denominado princípio do tratamento mais favorável. Apontando-se ao princípio do tratamento mais favorável três níveis de intervenção: na interpretação das fontes laborais e do contrato de trabalho, na conjugação das fontes laborais e na relação entre as fontes laborais e o contrato de trabalho, (cfr. Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 457-458; e Maria do Rosário Palma Ramalho, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, cit., pág. 927). Refere Pedro Madeira de Brito que, relativamente à importância deste princípio no Direito do Trabalho, “[r]ejeitar o princípio do tratamento mais favorável é amputar uma parcela significativa da riqueza científica do Direito do Trabalho”, cfr. Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 457.

Uma das manifestações deste princípio, no Direito do Trabalho, respeita à contratação colectiva. Ora tradicionalmente, o que estava em causa, no Direito do Trabalho com o recurso à negociação colectiva era a garantia de que se reconheça a faculdade de as partes poderem modificar *in melius* a disciplina fixada pelo legislador (cfr. Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 156). No entanto, com n.º 1, do artigo 4.º, do Código de Trabalho de 2003, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, preceituando que “[a]s normas deste Código podem, sem prejuízo do disposto no número seguinte, ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário”, com o que ocorre no entender de João Leal Amado um “verdadeiro atestado de óbito do *favor laboratoris* relativamente à contratação colectiva, dele se extraindo que, em princípio, o Direito do Trabalho legislado possui um carácter facultativo ou supletivo face à contratação colectiva – ou seja, por mor deste preceito, concluía-se que as normas legais seriam, em regra, normas «convénio-dispositivas» ou «colectivo-dispositivas», isto é, normas livremente afastáveis por convenção colectiva. Destarte, daí em diante o quadro legal poderia ser alterado *in pejus* pela convenção colectiva, o que implicou uma mutação (dir-se-ia: uma revolução) na filosofia básica inspiradora do Direito do Trabalho”, cfr. João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 47. Acrescentando, o Ilustre Professor, “estamos perante um direito do trabalho mais flexível em que a contratação colectiva já não é concebida como um instrumento vocacionado para melhorar as condições de trabalho relativamente à lei”, cfr. João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 47. Mais tarde, o n.º 1, do artigo 3.º, do Código do Trabalho de 2009 vem repetir a mesma solução, referindo que “[a]s normas legais reguladoras de contrato de trabalho podem ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário”. Poderia pensar-se Código do Trabalho de 2009, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, não trouxe novidades neste domínio, mas o n.º 3, do artigo 3.º prevê um leque de matérias

Actualmente o Direito do Trabalho apresenta-se, no sistema jurídico português, como um ramo de direito autónomo, caracterizado por princípios específicos, que dominam o regime próprio da relação laboral³⁴⁶. Neste sentido, Maria do Rosário Palma Ramalho, apresenta o Direito do Trabalho como direito privado especial dotado de autonomia sistemática³⁴⁷.

O entendimento de que o Direito do Trabalho é um ramo do direito privado é, de facto, o entendimento da maioria da doutrina³⁴⁸. Em coerência com a qualidade dos sujeitos da respectiva relação jurídica, dominam nele os critérios da *liberdade* e *igualdade* (pelo menos, em sentido formal), associados normalmente ao direito privado, que apontam nesse sentido, por oposição aos critérios de *autoridade* e *competência* que dominam no âmbito do direito público³⁴⁹.

No entanto, a recondução do Direito do Trabalho ao direito público ou ao direito privado tem-se demonstrado controvertida na

nas quais os instrumentos de regulamentação colectiva do trabalho apenas podem afastar o regime legal em sentido mais favorável aos trabalhadores. Segundo Monteiro Fernandes, a posição de princípio adoptada pelo legislador em 2003 mantém-se, como tal, na revisão de 2009. Mas o n.º 3 do artigo 3.º, vem repor a prevalência do tratamento favorável relativamente a um largo elenco de matérias, numa solução de compromisso que, na óptica do autor, acabaria por representar, sob o ponto de vista prático, um verdadeiro retorno à situação anterior do Código, cfr. António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 106. Em sentido diverso, João Leal Amado refere que a tónica deve ser colocada na regra de princípio, para quem “a verdade é que, enquanto regra de princípio, o *favor laboratoris* foi liquidado em 2003 e não foi ressuscitado em 2009”, cfr. João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 55.

³⁴⁶ Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil I – Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica*, 6.ª ed. Revista e actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, pág. 34.

³⁴⁷ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral*, 3.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2012, pág. 124-125.

³⁴⁸ Cfr., entre outros, vide António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, (reimp.), Almedina, Coimbra, 1999, pág. 63; Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pág. 47; e Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral*, 3.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2012, pág. 121. Também, embora com especificidades, Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho – Relatório*, Lisboa, 1998, pág. 59, e, do mesmo autor, Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 6.ª ed., 2013, pág. 46-56.

³⁴⁹ Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil I*, cit., pág. 35-36, e Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., pág. 62 e 64.

doutrina³⁵⁰, encontrando dificuldades no universo jurídico³⁵¹. Como nos refere Maria do Rosário Palma Ramalho “a recondução do Direito do Trabalho ao âmbito público ou privado do universo jurídico foi sempre uma questão difícil por três motivos: por força da dispersão das normas laborais pelos três centros regulativos tradicionais da área jurídica; pela verificação da multiplicidade de interesses subjacentes aos regimes laborais, alguns dos quais revestindo natureza pública; e pelo carácter imperativo de muitas normas laborais, o que não é comum no âmbito do direito privado”³⁵².

Na verdade, o Direito do Trabalho estabelece relações quer com o direito público, quer com o direito privado. Com efeito, o Direito do Trabalho lidou desde muito cedo com interesses públicos para a protecção do trabalhador ou para criminalizar determinados comportamentos, mas teve igualmente que assimilar fenómenos colectivos que fogem aos quadros tradicionais do direito privado. Daqui resultam as tradicionais três áreas regulativas do Direito do Trabalho, são elas: o *direito do trabalho individual*, o *direito das condições de trabalho*, e o *direito do trabalho colectivo*, e a conseqüente coexistência no Direito do Trabalho de normas de direito privado e de direito público³⁵³.

Reconhecendo a dificuldade da operação, mas tentando superá-la, a maioria da doutrina nacional tem vindo a qualificar o Direito do Trabalho como de direito privado³⁵⁴ ou como uma área jurídica híbrida ou irreduzível à *summa divisio*³⁵⁵, havendo também quem opte por aferir

³⁵⁰ Para uma exposição das várias posições que a doutrina nacional tem tomado quanto à natureza do Direito do Trabalho, *vide* Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 477 e sgs.

³⁵¹ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I*, cit., pág. 121. Para mais desenvolvimentos sobre esta controvertida recondução do Direito do Trabalho ao direito público ou privado, *vide* Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 469-489.

³⁵² Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I*, cit., pág. 121.

³⁵³ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 469.

³⁵⁴ Entre outros, Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I*, cit., pág. 121-124; Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 56; Mário Pinto, *Direito do Trabalho*, 1.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996, pág. 83; e, Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil I*, cit., pág. 36, frisando que “[m]antendo os quadros tradicionais da distinção entre o Direito Público e o Direito Privado, a solução correcta é a de tratar o Direito do Trabalho como um sub-ramo do Direito Privado, ao lado do Direito Civil e do Direito Comercial”.

³⁵⁵ Mário Bigotte Chorão, “Notas para um curso de direito do trabalho”, in *O Direito*, 1970, pág. 178, Mário Pinto, *Direito do Trabalho*, Universidade Católica Editora, Lisboa,

da natureza pública ou privada em função dos três centros regulativos que tradicionais do Direito do Trabalho³⁵⁶.

Assim, o *direito do trabalho individual* costuma ser reconduzido ao direito privado, desde logo, pela natureza negocial do contrato de trabalho e também pela posição formalmente igualitária que nele ocupam o empregador e o trabalhador³⁵⁷.

Já quanto ao *direito das condições de trabalho* é dominante o entendimento da sua recondução ao direito público, justificado pela natureza imperativa da maioria das suas normas e pelos interesses públicos que muitas vezes lhes subjazem³⁵⁸.

Por último, no que respeita ao *direito do trabalho colectivo* a maioria dos autores qualifica-o como sendo direito privado³⁵⁹, mas outros qualificam-no como uma área regulativa de carácter híbrido³⁶⁰.

Contrariamente a esta visão repartida, autores, como Maria do Rosário Palma Ramalho, optam, e a nosso ver bem, por uma recondução global do direito do trabalho ao direito privado, quer pelo critério dos interesses quer pela posição dos sujeitos. Reconhecendo, a mesma, no entanto que a o carácter globalmente privado do Direito do Trabalho como ramo jurídico não contende com o reconhecimento da natureza pública de algumas das suas normas, dispostas em prossecução directa de interesses públicos. Pelo que o critério de recondução do Direito do Trabalho ao direito privado é por tudo isto um critério de prevalência³⁶¹.

1996, pág. 106-107; Bernardo da Gama Lobo Xavier, *Curso de Direito do Trabalho I – Introdução, Quadros Organizacionais e Fontes*, 3.ª ed., Verbo, Lisboa/São Paulo, 2004, pág. 123; e António Jorge da Motta Veiga, *Lições de Direito do Trabalho*, 4.ª ed., Universidade Lusíada, Lisboa, 1992, pág. 58.

³⁵⁶ Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., pág. 64-65; Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 45-56 (também do mesmo autor num escrito anterior, *Direito do Trabalho – Relatório*, cit., pág. 52-59); e António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 16.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pág. 52-54.

³⁵⁷ Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., pág. 64; Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 50; e Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, pág. 54.

³⁵⁸ Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., pág. 64; e Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, pág. 54.

³⁵⁹ Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., pág. 64; Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 52.

³⁶⁰ Neste sentido parece ir Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, pág. 54.

³⁶¹ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I*, cit., pág. 121-124.

A autonomização do regime jurídico aplicável à *função pública* teve como objectivo assegurar aos trabalhadores da Administração Pública um conjunto de garantias que os subtraísse às influências políticas e permitisse a defesa do interesse público³⁶².

Na segunda metade do século XIX muito contribuíram para a autonomização da relação de emprego público as concepções hegelianas do Estado enquanto realidade distinta da sociedade civil. “[e]m face do direito privado e do interesse particular, da família e da sociedade civil, o Estado é, por um lado, necessidade exterior e poder mais alto; subordinam-se-lhe as leis e os interesses daqueles domínios mas, por outro lado, é para eles fim imanente”³⁶³. Estas concepções do Estado levaram ao desenvolvimento de um pensamento jurídico, fundamentalmente na doutrina alemã, que assumia a diferenciação daqueles que trabalhavam para o Estado³⁶⁴, tendo-se iniciado um desenvolvimento dos regimes estatutários para os trabalhadores da Administração Pública que visavam enquadrar normativa e doutrinariamente a crescente complexidade da situação. Todos os factores e tópicos de análise convergiram na criação de um regime jurídico próprio e diferenciado para encaixar o trabalho subordinado na Administração Pública³⁶⁵.

A existência de sistemas estatutários fechados, diferentes do regime laboral comum, justifica-se partindo do pressuposto de que o Estado e os seus trabalhadores não têm interesses contrapostos, como acontece nas relações entre empregador e trabalhador no âmbito das empresas privadas, mas que existe um interesse público que unifica e rege a actividade dos trabalhadores e do Estado. O interesse público determina ainda um estado de especial sujeição dos trabalhadores da Administração Pública que se vem a reflectir numa rígida hierarquia. Nesta perspectiva, o contrato de trabalho e o direito laboral comum não se revelam aptos a enquadrar a relação de emprego com a Administração Pública, uma vez que a ideia de igualdade do Direito Privado não se compagina com a unilateralidade e o carácter não sinalagmático

³⁶² Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 45-46.

³⁶³ Hegel, *Princípios da Filosofia do Direito*, tradução de Orlando Vitorino, 4.ª ed., Guimarães Editores, Lda., Lisboa, 1990, pág. 233-234.

³⁶⁴ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 48.

³⁶⁵ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 49.

da constituição e desenvolvimento da relação de emprego com a entidade empregadora pública³⁶⁶.

No processo histórico de construção do conceito de *função pública*, os trabalhadores que exerciam funções na Administração Pública, na ausência de desenvolvimentos consistentes, quer do Direito Constitucional, quer do Direito Administrativo, mas também do Direito do Trabalho, foram enquadrados com recurso às categorias do Direito privado³⁶⁷. Ensina Paul Laband que, perante a inexistência de uma construção própria, procurou-se nas figuras do mandato, da locação de serviços e até no contrato inominado enquadrar a relação entre o Estado e os seus funcionários³⁶⁸. Tentando ultrapassar a insuficiência das categorias do direito privado para enquadrar a situação dos funcionários da Administração Pública e perante a insipiência de outros ramos de Direito, Laband deu um impulso significativo à construção do *direito da função pública* num contexto de direito público³⁶⁹, notando aquele que “*a relação de serviço que une o funcionário do Estado ao Estado (...), não é de direito privado, mas de direito público*”³⁷⁰. Segundo o autor, que foi considerado o precursor da criação da figura do contrato de direito público *sui generis*, uma das suas tarefas mais importantes e mais complexas é a de harmonizar a ideia de bilateralidade com os princípios do direito público³⁷¹.

Deste modo, a natureza do vínculo estabelecido entre a entidade empregadora pública e os seus funcionários sempre foi uma questão que mereceu atenção e originou ampla discussão por parte da doutrina, sendo que logo que superadas as teorias do direito privado, que configuravam tal vínculo como um contrato de mandato e aceite uma

³⁶⁶ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 49-50.

³⁶⁷ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 49-50.

O Direito do Trabalho ensaiava os primeiros passos, também com a rejeição do recurso às categorias conhecidas do direito civil. Sobre esta questão *vide* Maria do Rosário Palma Ramalho, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, cit., pág. 231 e sgs.

³⁶⁸ Paul Laband, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, Tome II, tradução de C. Gandilhon e Th. Lacuire, Paris, 1901, pág. 114-115.

³⁶⁹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 51.

³⁷⁰ Cfr. Paul Laband, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, cit., pág. 107.

³⁷¹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 51.

explicação baseada no direito público³⁷², logo a polémica passou a ter o seu epicentro na divergência entre os defensores da tese de um contrato de direito público e os que entendiam que a situação dos funcionários públicos resultava da lei e assumia uma feição geral e impessoal³⁷³, ou, uma situação geral e objectiva³⁷⁴.³⁷⁵

Assim, o diferente relevo atribuído à autonomia do funcionário público no processo de formação e de desenvolvimento da relação de serviço deu origem ao surgimento de duas correntes: a tese contratualista, que integra a relação de emprego na figura do contrato de direito público; e a concepção unilateralista, na qual a relação de emprego nasce de um procedimento administrativo a qual desemboca na prática de um acto unilateral da Administração, no qual a vontade do particular constitui apenas um elemento do processo de admissão³⁷⁶.

Surge assim a figura do contrato de direito público elaborada, essencialmente, pela doutrina germânica para qualificar a relação de emprego com a Administração Pública. Enquanto a doutrina francesa contribuiu decisivamente para afastar estas teses contratualistas, com concepções unilateralistas³⁷⁷.

Para a doutrina contratualista, na qual se incluem autores alemães como Laband³⁷⁸, e G. Jellinek³⁷⁹, o consentimento do indivíduo é indispensável à formação do vínculo de emprego público, possuindo,

³⁷² As teorias contemporâneas vieram colocar o emprego público na órbita do Direito Administrativo (cfr. Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 75).

³⁷³ Para uma apreciação da discussão em torno das teses em torno da natureza jurídica do vínculo dos funcionários, vide Marco D'Alberti, "Note sui Rapporti di Impiego Pubblico a Contratto", in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Ano XXV, 1975, págs. 531 e sgs., e Alfredo Corpaci, "La Cultura Giuridica e Il Problema del Pubblico Impiego dal 1909 al 1930: Spunti Dalle Revista", in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, Ano XXVII, págs. 1283-1293.

³⁷⁴ Jean-Marie Auby e Jean-Bernard Auby, *Droit de la fonction publique*, cit., pág. 39.

³⁷⁵ Neste sentido, cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 210.

³⁷⁶ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 76.

³⁷⁷ Neste sentido, Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 52-53.

³⁷⁸ Cfr. Paul Laband, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, cit., pág. 107, e 114-115.

³⁷⁹ Também com uma teoria contratual do serviço público, Jellinek que entende que o contrato de serviço público é um contrato de submissão, pelo qual o funcionário adere às normas do direito objectivo, "*strictamente unilateral*", e que não implica necessariamente, contraprestações por parte do Estado (cfr. Giorgio Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, tradução italiana de Gaetano Vitagliano, Società Editrice Libreria, Milano, 1912, pág. 232-233).

pois, um valor idêntico à declaração do ente administrativo. Segundo esta doutrina, o que, no fundamental, definia aquela relação era a existência de um encontro de vontades do qual derivavam obrigações recíprocas para as duas partes. Isto, não obstante, o conteúdo do vínculo de emprego seja prévia e unilateralmente fixado através de lei ou regulamento e o acto de constituição desse vínculo seja classificado como um contrato de direito administrativo devido à natureza pública de um dos intervenientes bem como da natureza do interesse a realizar: o interesse geral.

A teoria contratualista caracteriza-se, deste modo, por reconhecer a autonomia jurídica do trabalhador no confronto com a Administração Pública, por admitir uma diferenciação de interesses das partes em presença e por propor um princípio de equiparação entre o emprego público e o emprego privado³⁸⁰.

Segundo Laband a “*situação dos funcionários assenta sobre um «contrato de direito público», acordo de vontades criador de uma relação especial de soberania que importa para o funcionário os deveres de serviço, obediência e fidelidade e para o Estado o de o proteger no exercício das funções e possivelmente de remunerar*”³⁸¹. Pelo que, cumprir os deveres de funcionário não é conformar-se com os termos de um contrato, mas desempenhar o dever de fidelidade e o dever de obediência que se contraiu³⁸².

Com esta construção este eminente publicista alemão acabou por ser considerado como o precursor da teoria contratualista³⁸³ que, influenciada pelo pensamento liberal reinante na segunda metade do século XIX, erigiu o princípio da autonomia da vontade como seu pilar.

Esta concepção cedo teve que enfrentar a sua compatibilização com o exercício unilateral do poder público, mesmo na definição dos direitos e deveres, pois, embora assente na ideia de “*contrato sui generis*”, os problemas colocados pela impossibilidade de o funcionário negociar as suas condições de trabalho antes de ser colocado ao serviço e a susceptibilidade de haver alterações unilaterais promovidas pelo

³⁸⁰ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 76.

³⁸¹ Marcelo Caetano, *Do poder disciplinar no Direito Administrativo Português*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1932, pág. 26, e Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 52.

³⁸² Marcelo Caetano, *Do poder disciplinar no Direito Administrativo Português*, cit., pág. 27.

³⁸³ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 52.

Estado viriam a representar barreiras muito fortes para o pensamento daquela época, para enquadrar a relação do funcionário numa perspectiva contratual³⁸⁴.

Repudiando a tentativa da solução contratual, na viragem do século XIX, Otto Mayer³⁸⁵ põe em relevo o momento autoritário do acto administrativo, que supunha igualdade de posições, e lança o conceito do *acto administrativo de submissão* (*Verwaltungsakten auf Unterwerfung*). Com isto o autor pretendia manter a rigidez da fórmula do acto administrativo, apenas lhe acrescentando o momento da submissão do particular. Era precisamente o requerimento do particular que exprimia a submissão à relação do poder criado pelo acto administrativo. A consequência que se queria retirar daqui era que a validade daquele permanecia totalmente independente da validade ou existência real do requerimento³⁸⁶.

Surge, assim, a concepção unilateral do emprego público, a qual considera o acto administrativo³⁸⁷ de nomeação suficiente para a cons-

³⁸⁴ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 49-52.

³⁸⁵ Otto Mayer, *Le droit Administratif Allemand*, Tome 1, (édition française par l'auteur), V. Giard & E. Brière, Paris, 1903, pág. 124.

³⁸⁶ Rogério Soares, *Direito Administrativo*, cit., pág. 177.

³⁸⁷ O conceito de acto administrativo é relativamente antigo, e pode dizer-se conhecido desde os primeiros tempos do Direito Administrativo. Aquele conceito foi construído na época liberal, quando o acto administrativo era tipicamente um acto de autoridade, em regra desfavorável, no contexto de uma administração “agressiva” – identificava-se praticamente com a actividade de direito público de uma Administração não intervencionista, destinada acima de tudo a assegurar a segurança e a ordem pública. Com a transição para o Estado Social, perante a intensificação e diversificação da actividade dos órgãos administrativos no exercício da função administrativa o conceito de acto administrativo passa a abranger também actuações autorizativas, concessórias, de prestação, de regulação e de incentivo, mas nos sistemas de administração executiva, continua a ser uma forma específica de actuação administrativa que importa, agora mais que nunca, delimitar (cfr. Vieira de Andrade, *Lições...*, cit., pág. 130).

A noção de acto administrativo tem sido recortada com base em considerações de natureza jurisprudencial. Historicamente, a função prática este conceito não foi sempre a mesma, passando antes por duas fases distintas, que correspondem igualmente a dois períodos de evolução do contencioso administrativo. Pode considerar-se que a primeira fase coincidiu com os primórdios da Revolução Francesa. Surgindo a noção de acto administrativo “para delimitar as acções da Administração Pública excluídas por lei da fiscalização dos tribunais judiciais” (cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Direito Administrativo*, volume III, lições policopiadas, Lisboa, 1985, pág. 64). Esta noção resultou da concepção francesa do princípio da separação de poderes, que subtraiu os actos administrativos da jurisdição dos tribunais judiciais. Tal derivou da desconfiança por parte do poder revolucionário face

tituição daquele vínculo de emprego público, apesar de fazer depender

aos tribunais judiciais que representavam ainda a continuação do “Antigo Regime”, pois estavam nas mãos da nobreza. Num momento posterior, que começa a partir de meados ou finais do século XIX, a noção de acto administrativo passa a ser utilizada para “definir as actuações da Administração Pública submetidas ao controlo dos tribunais administrativos. O acto administrativo passou assim a ser um conceito que funciona ao serviço do sistema de garantias dos particulares. Em resumo, o conceito de acto administrativo serve primeiro como garantia da Administração, e passa a servir depois como garantia dos particulares” (cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Direito Administrativo*, volume III, lições policopiadas, Lisboa, 1985, pág. 65).

Assim, relacionado com a evolução do contencioso, o acto administrativo começou por ser uma forma da Administração se eximir do controlo judicial, para passar a servir simultaneamente de garantia da Administração Pública e dos particulares (cfr. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, (reimp.), Almedina, Coimbra, 2003, pág. 45). Ou, como bem nota Vieira de Andrade, a “construção originária do «acto administrativo unilateral» tinha na sua raiz uma razão de ser autoritária – constituía um instrumento privilegiado da *autoridade* para garantia da prossecução efectiva do *interesse público* – mas, mais tarde, tornou-se também *garantia de protecção efectiva de direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares*” (cfr. Vieira de Andrade, *Lições...*, cit., pág. 131).

Apresenta-se como tarefa árdua saber se a origem do conceito é francesa (“acte Administratif”) e assim a expressão alemã “Verwaltungsakt” é a sua tradução. Ou se têm berços independentes, só vindo mais tarde a aproximar-se e a influir sobre a terminologia doutros países. O entendimento que a primitiva ciência do Direito Administrativo dá a esse conceito é de acto de direito público praticado por um órgão da Administração. O préstimo que um conceito tão amplo como é pode apresentar é apenas o de permitir englobar todos os actos que não se regem pelo direito privado, ou seja, aqueles em que a Administração age em veste de autoridade (cfr. Rogério Soares, *Direito Administrativo*, cit., pág. 51). Mais tarde a doutrina portuguesa sente a necessidade de apresentar um conceito mais restrito desta figura do acto administrativo. Rogério Soares propõe um conceito restrito de acto administrativo, pretendendo uma noção substancial, e não puramente adjectiva, ainda que a mesma fosse também orientada pela preocupação finalística de realização do princípio da garantia constitucional à tutela jurisdicional efectiva dos particulares face aos órgãos administrativos (cfr. Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 167). Assim, para o autor citado, o acto administrativo apresenta-se como uma “*estatuição autoritária, relativa a um caso individual, manifestada por um agente da Administração no uso de poderes de Direito Administrativo, pela qual se produzem efeitos jurídicos externos, positivos ou negativos*”, (cfr. Rogério Soares, *Direito Administrativo*, cit., pág. 76; ou Rogério Soares, “O acto administrativo”, in *Scientia Iuridica*, 1990, Tomo XXXIX, pág. 25-35).

Apesar da existência de uma diversidade e relatividade de classificações doutrinárias quanto ao acto administrativo, resultantes quer da variedade possível dos critérios adoptados, quer da falta de consenso entre os autores quanto ao alcance dos conceitos utilizados, vamos socorrer-nos da classificação de actos administrativos proposta por Vieira e Andrade e de Rogério Soares para classificar actos administrativos como as nomeações dos funcionários. Assim, de acordo com esta classificação doutrinária as nomeações incluem-se nas chamadas *admissões*, as quais são classificadas como actos relativos aos “status”, através dos quais se procede à criação de estatutos pessoais (cfr. Rogério Soares, *Direito Administra-*

a produção do efeito desse acto de aceitação do particular.

Para esta concepção, o que caracteriza esta relação de emprego com a Administração é o facto de esta relação estar adstrita à realização do interesse público e ainda a circunstância de uma das partes, o Estado, definir em absoluto a respectiva disciplina. Esta corrente, embora admita que a nomeação e aceitação sejam actos imprescindíveis para a formação desse vínculo, considera-os como duas manifestações de vontades unilaterais e distintas, cuja simples coexistência não dá origem a qualquer contrato. A declaração do particular não é um elemento essencial do acto de provimento, esta contribui apenas para afirmar o carácter voluntário da relação de emprego. Com efeito, mesmo no caso de o indivíduo não aceitar o lugar para que fora proposto, o acto de nomeação continuava a subsistir, isto apesar de não produzir qualquer efeito prático. Pois, na verdade o acto de aceitação do particular não constitui um elemento essencial do acto de provimento, mas apenas uma condição de eficácia que se integra no procedimento na fase integrativa da eficácia: o acto já existe, já foi cumprido o seu momento constitutivo, faltando-lhe apenas o momento integrativo da eficácia³⁸⁸.

A doutrina francesa contribuiu decisivamente para afastar as teses contratualistas³⁸⁹. Entre eles destacamos Léon Duguit³⁹⁰, Maurice Hauriou³⁹¹ e Gaston Jèze³⁹² que integram as suas posições na tese unilateralista, ou anticontratualista, as quais configuram a situação jurídica dos funcionários como uma situação estatutária definida unilateralmente por disposições gerais e impessoais, editadas sobre a forma de leis ou regulamentos³⁹³. Estes autores dissociaram esta situação jurídica estatutária dos servidores públicos de outras espécies de trabalhadores

tivo, cit., pág. 103 e Vieira de Andrade, *Lições...*, cit., pág. 143-145).

Uma última nota para referir que, para uma análise crítica, e mais recente, aos problemas actuais em torno da figura do acto administrativo, cfr. Vasco Pereira da Silva, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, cit.

³⁸⁸ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 76-77.

³⁸⁹ Neste sentido, Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 53.

³⁹⁰ Léon Duguit, *L'État, Les Gouvernants et Les Agents, Études de Droit Public II*, Paris, 1903, pág. 412-413, 430, 491-493.

³⁹¹ Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 12.^a Éd., Recueil Sirey, Paris, 1933, pág. 729-765.

³⁹² Gaston Jèze, *Les Principes Généraux du Droit Administratif. Le Fonctionnement des Services Publics*, Tome 3, 3.^a ed. (reimp.), Éditions Dalloz, Paris, 2011, págs. 424-425.

³⁹³ Gaston Jèze, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, cit., págs. 424-425.

da Administração, cujas relações de emprego, ao contrário, eram disciplinadas pelo direito privado. Esta parte da doutrina francesa viria assim a afastar, definitivamente, a relação de emprego público do quadro do direito civil, e a enunciar as características particulares do estatuto jurídico-publicista reservado aos “funcionários propriamente ditos”³⁹⁴. Sendo que para Léon Duguit as nomeações têm natureza unilateral³⁹⁵.

De igual modo Maurice Hauriou defendeu a tese estatutária dos funcionários partindo das concepções institucionalistas. A Administração Pública é uma instituição permanente e duradoura que tem ao seu serviço pessoal que pertence aos respectivos quadros³⁹⁶. A situação constitui-se por uma decisão unilateral³⁹⁷.

Também Gazon Jèze partilhando da mesma tese, considerou que a situação jurídica dos funcionários é criada por lei, e não é pelo acto de nomeação, razão pela qual aquela situação é legal. Não é, porém, uma situação individual mas antes geral e impessoal, na medida em que não é própria do funcionário mas comum a todos os que assumam essa mesma qualidade³⁹⁸.

A necessidade de proteger o funcionário contra as investidas do poder político e de subordinar ou funcionalizar os seus interesses e direitos à vontade geral, juntamente com o inestimável contributo da teoria organicista, forneceram os fundamentos para o triunfo da “tese” que configura a situação jurídica dos funcionários como uma situação estatutária, definida unilateralmente por disposições gerais e impessoais, editadas sobre a forma de leis ou regulamentos³⁹⁹.

³⁹⁴ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 55.

³⁹⁵ Léon Duguit, *L'État, Les Gouvernants et Les Agents*, cit., pág. 413.

³⁹⁶ Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, cit., pág. 729-732.

³⁹⁷ Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, cit., pág. 752.

³⁹⁸ Gaston Jèze, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, cit., págs. 424-425.

³⁹⁹ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 211.

Um dos pressupostos (ou fundamentos) em que assentava a doutrina clássica do emprego público tinha a ver com a concepção organicista, de acordo com a qual ocorre uma redução do agente à categoria de órgão da Administração. A teoria organicista das pessoas colectivas foi elaborada pela doutrina alemã do século XIX (Gierke, 1877) — cfr. Massimo Severo Giannini, “Organi (teoria generale)”, in *Enciclopédia del Diritto*, Vol. XXXI, cit., pág. 37. Esta construção rejeitava a ideia de que a actividade administrativa pudesse ser concebida como um acto de terceiro que, por força de um vínculo de natureza privada (mandato ou representação), fosse imputado ao Estado. Excluída a existência de uma relação de alteridade entre o Estado e os seus agentes, o resultado foi a transformação do funcionário numa parte, ou num puro instrumento mecânico

Em Portugal as teses unilateralistas tiveram eco desde logo em Martinho Nobre de Melo, em 1914, que afirmou que “*seria um absurdo pretender ver aqui um contrato tendo por objecto potência pública. Semelhante idéa iría ao encontro a todas as noções fundamentais do direito do Estado e subverteria a característica essencial da potência pública*”⁴⁰⁰. Para este autor, a situação dos funcionários nasce de um acto unilateral, de exercício do poder público, sendo o elemento essencial do estado dos funcionários a *garantia legal*, a esta garantia chama-se o *estatuto dos funcionários*, e este estatuto resulta de uma lei, a qual prevê os deveres e direitos daqueles⁴⁰¹.

Fézas Vital, em 1915, defendendo a tese estatutária, sustenta que os “*funcionários, ao entrarem para o serviço público devem saber que a sua situação será continuamente sujeita a sofrer todas as transformações que o interesse público ou a missão a realizar imponham*. Só tendo o funcionário a faculdade de exigir que o seu estatuto seja respeitado pelo governo enquanto este não sofrer alterações por lei ou por regulamento e de exigir que essas leis e regulamentos emanem dos órgãos competentes. Deveria era evitar-se tanto quanto possível vir a ferir muito rigorosamente os interesses dos funcionários, por vezes os mais legítimos: mas esta norma não tinha, contudo, carácter jurídico, mas sim político, pelo que, não ligava, pois, juridicamente os governantes”⁴⁰².

Algumas décadas depois, Luiz Lopes Navarro confirma a sujeição dos funcionários a um regime estatutário, escrevendo que, “[d]entro duma técnica jurídica rigorosa a situação dos funcionários públicos nomeados é de natureza legal ou regulamentar. A nomeação condiciona a aplicação duma situação jurídica estabelecida na lei, duma situação jurídica objectiva”.

ou biológico, de tal modo que a sua vontade passava a ser a “própria vontade da pessoa” colectiva, cfr. Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, cit., pág. 118. Ficava, deste modo, salvaguardada a unidade jurídica do aparelho administrativo do Estado, formando o funcionário um sujeito único com a Administração. De tal modo, que enquanto parte integrante do ente público, a vontade do funcionário corresponde à própria vontade daquele. Pelo que, segundo a teoria unilateral do emprego público, a patrimonialidade, o carácter voluntário, bem como as várias garantias de que os agentes beneficiavam não passassem de aspectos secundários da relação de orgânica e de especial subordinação do funcionário perante a Administração, cfr. Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 88, nota n.º 241.

⁴⁰⁰ Martinho Nobre de Melo, *O estado dos funcionários: estatuto legal*, Livraria Ferin, Lisboa, 1914, pág. 32.

⁴⁰¹ Martinho Nobre de Melo, *O estado dos funcionários: estatuto legal*, cit., pág. 42-43.

⁴⁰² Domingos Fézas Vital, *A situação dos funcionários (Sua natureza jurídica)*, Imprensa da Universidade, Coimbra, (1915), págs. 155.

Pelo que, considera, que a sua situação jurídica era geral e impessoal, porque tinha um conteúdo geral, antecipadamente estabelecido na lei e abrangia igualmente todos aqueles que estivessem nas mesmas condições de *facto*. Acrescenta, o autor que era precisamente porque essa situação jurídica derivava da lei, que ela poderia ser livremente modificada, sem o consentimento do funcionário, pela autoridade legislativa ou regulamentar que o tivesse estabelecido⁴⁰³.

Também Marcello Caetano, que começa por negar a natureza contratual da situação jurídica dos funcionários — embora admita a necessidade do acto de adesão dos funcionários para a entrada no serviço⁴⁰⁴ —, vem acrescentar alguma evolução à matéria em causa. Segundo este autor havia que distinguir entre o estatuto legal da função e os interesses particulares do funcionário. As funções destes existiam para servir o interesse público, eram criadas e deveriam poder ser modificáveis consoante as exigências desse interesse. O número, e orgânica, dos serviços, dos seus quadros de funcionários, os lugares que havia a preencher, os cargos a exercer, as categorias e os proventos de cada lugar, a competência atribuída a cada cargo, tudo isto dependia exclusivamente do legislador. Os lugares que haviam de ser providos por funcionários exigiam destes, contudo, a devoção própria de uma aplicação profissional. Daí resultava que o indivíduo investido na qualidade de funcionário tinha interesses pessoais, explícita ou implicitamente, reconhecidos no acto do provimento e que a lei protegia como condições necessárias do exercício da profissão. Refere aquele autor que na verdade “*não pode conceber-se um profissional da função pública a quem não sejam garantidas as condições de subsistência, estabilidade, carreira e protecção e previdência normalmente dadas, nas sociedades contemporâneas aos titulares de outras profissões, até porque a consagração aos interesses gerais exige atitudes de isenção e de independência só sustentáveis por quem tenha os seus interesses pessoais assegurados*”⁴⁰⁵. Podemos, assim, concluir que a concepção de Marcello Caetano na matéria em análise é de natureza eclética, pois parece considerar a situação jurídica do funcionalismo público como um misto de *situação jurídica objectiva* (designadamente quanto a poderes funcionais, cargos, lugares, e categorias) e de *situação jurídica subjec-*

⁴⁰³ Luiz Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, Editora Gráfica Portuguesa, Limitada, Lisboa, 1940, págs. 87-88.

⁴⁰⁴ Marcelo Caetano, *Do poder disciplinar no Direito Administrativo Português*, cit., (1932), pág. 33-34.

⁴⁰⁵ Marcello Caetano, *Manual*, Vol. II, cit., pág. 754-756.

tiva (designadamente quanto a condições de subsistência, estabilidade, carreira, protecção e previdência), referindo o próprio: “[o] *funcionário tem, pois, a par de poderes funcionais, que exerce mas pertence ao cargo onde está provido, direitos subjectivos próprios e que o legislador deve respeitar*”⁴⁰⁶.⁴⁰⁷

Todavia, a sujeição dos funcionários a uma situação estatutária é reafirmada pela doutrina posterior. Assim, Mário Esteves de Oliveira sustenta que a “mais importante característica do regime jurídico das situações estatutárias é a de que os direitos e os deveres que as integram são, em cada momento, para cada um dos sujeitos, aqueles que a lei ou o regulamento autorizado definem”⁴⁰⁸.

Mais recentemente, no mesmo sentido, o Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 108/2001 reafirmando também o “carácter estatutário da situação do agente do serviço público, aliás livremente modificável pelo legislador que distingue radicalmente a relação jurídica de emprego público da relação laboral de natureza privada”⁴⁰⁹.

Actualmente, as recentes e importantes alterações legislativas vieram a contribuir para a aproximação do regime jurídico do emprego público do regime jurídico do emprego privado, levantam-se sérias dúvidas, como veremos, quanto a saber se os trabalhadores em funções públicas continuam submetidos a um regime estatutário, de direito público e unilateral, ou se, pelo contrário, se encontram submetidos a um regime especial mas dentro do regime laboral comum. Em todo o caso, a reconhecer-se hoje a subsistência de um regime estatutário, ou de dimensões estatutárias no regime do emprego público, terá de se concluir que ele este estará longe de assentar na visão liberal, resultante da Revolução Francesa, o qual, ao afirmar o dogma da superioridade do interesse público, diluía no seio da impessoalidade da Administração Pública a individualidade do *funcionário*⁴¹⁰.

Sendo incontestável que desde que se reconheceu a nível constitucional que os direitos fundamentais dos trabalhadores abrangem tan-

⁴⁰⁶ Marcello Caetano, *Manual*, Vol. II, cit., pág. 754-758.

⁴⁰⁷ Numa posição coincidente, na sua essência, refere João Alfaia, “[d]iremos, pois, que a situação jurídica do funcionalismo público é de natureza eclética, abrangendo duas situações jurídicas distintas uma *subjectiva* e outra *objectiva*, João Alfaia, *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, cit., pág. 444-449.

⁴⁰⁸ Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Vol. I, cit., pág. 366-367.

⁴⁰⁹ Cfr. Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 108/2001, in *Diário da República*, II Série, n.º 116, de 20 de Maio de 2002.

⁴¹⁰ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 214.

to os trabalhadores do sector público como os do privado que, como veremos *infra*, se considera ultrapassado o modelo clássico estatutário de *função pública*⁴¹¹. Pelo que, a partir deste momento, o *funcionário público* deixa de ser um mero objecto de poder para passar a ser sujeito de direitos e obrigações⁴¹², passando a desdobrar-se a sua relação de emprego com a Administração em relação orgânica e em relação de serviço, constituindo o regime estatutário subsistente um resultado da tensão dialéctica entre as duas relações.

Contudo, o desenvolvimento subsequente do regime de emprego público mostra que o legislador tem optado por vir a aproximar o regime da relação de emprego público da relação de emprego privado, colocando-se a questão de saber se ainda subsiste hoje um regime estatutário, questão a que pretendemos responder *infra* no último capítulo da parte II desta dissertação.

Do modelo estatutário de *função pública* decorre, desde logo, que o serviço público⁴¹³ exige a reserva para os *funcionários* de um *estatuto especial*. Esse *estatuto* traduziu-se, pelo menos tradicionalmente, num sistema de carreira⁴¹⁴. Vamos dar conta, em seguida, dos sistemas de emprego nas Administrações Públicas.

2. Os modelos de emprego no seio da Administração Pública

A realização de trabalho subordinado, voluntário e mediante remuneração, no âmbito das Administrações Públicas pode ter, no contexto dos principais ordenamentos jurídicos ocidentais, um enquadramento específico expresso num estatuto jurídico próprio (estatuto jurídico de direito público), ou resultar da adaptação do regime laboral comum às especificidades da Administração Pública. Admite-se igualmente a coexistência, no emprego no seio da Administração Pública, de regimes estatutários com a aplicação do regime laboral comum aos

⁴¹¹ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 111, nota n.º 341.

⁴¹² Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 214.

⁴¹³ O serviço público era definido por Fèzas Vital como o “*serviço que, organizado e fiscalizado pelos governantes, tem em vista satisfazer, directa e indirectamente, uma necessidade pública, mediante um conjunto de princípios e regras especiais, tendentes a assegurar o seu funcionamento regular e contínuo*”, cfr. Fèzas Vital, *A situação dos funcionários*, cit., págs. 70.

⁴¹⁴ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 57.

trabalhadores, o que se designa por sistema dual⁴¹⁵.

Nos países de raiz anglo-saxónica, em particular nos Estados Unidos, o direito do trabalho comum rege as relações de emprego no âmbito da Administração Pública, enquanto nos países de matriz continental, de influência francesa, o respectivo regime assenta num conjunto de regras, designadas estatutárias, arrumadas num subsistema de direito administrativo⁴¹⁶, que constituem os sistemas de *função pública* fechados. Podemos também encontrar sistemas que admitem a coexistência no seio da Administração Pública de trabalhadores em regime estatutário e, paralelamente, submetidos ao regime laboral comum, como é o caso da Alemanha e da Espanha⁴¹⁷⁻⁴¹⁸.

Os modelos de trabalho subordinado na Administração Pública consistem em construções teóricas que visam identificar num modo tipológico os diferentes sistemas de enquadramento dos trabalhadores da Administração Pública⁴¹⁹.

Tradicionalmente distingue-se entre dois grandes sistemas de emprego público, o *sistema de carreira* ou *fechado* e o *sistema de emprego* ou *aberto*⁴²⁰. O primeiro é característico dos países de regime administrativo, o segundo dos países anglo-saxónicos⁴²¹. Costuma associar-se o sistema de carreira a uma concepção estatutária e o sistema de emprego a uma concepção contratual⁴²². Na prática, estes dois modelos dão origem a distintas soluções que se concretizam em diferentes sistemas jurídicos⁴²³.

⁴¹⁵ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 44-45.

⁴¹⁶ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 17.

⁴¹⁷ Sobre os diferentes sistemas da *função pública* na Europa, cfr. Danielle Bossaert, Christoph Demmke, Nomden Koen, Robert Polet, Astrid Auer, *La fonction publique dans l'Europe des quinze*, Maastricht, 2001.

⁴¹⁸ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 44-45.

⁴¹⁹ Neste sentido, Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 58.

⁴²⁰ François Gazier, *La Fonction Publique dans le Monde*, cit., pág. 22-30.

⁴²¹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 58, e Miguel Angel Sendín García, “Entre el sistema de carrera y el del empleo: el modelo español de empleo público”, in *Los empleados públicos – Estudios*, Salamanca, Miguel Domínguez-Berreuta e Emmanuel Jiménez Franco (coord.), 2006, pág. 57.

⁴²² Tabrizi Ben Salah, *Droit de la Fonction Publique*, Masson, Paris, 1992, pág. 14-15.

⁴²³ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de*

No *modelo de emprego puro*, de que os Estados Unidos são o exemplo mais acabado⁴²⁴, o funcionário é contratado, mediante recrutamento aberto ou livre, para determinado posto de trabalho, para exercer funções definidas que apelam a um específico nível de qualificações, sem percorrer uma carreira, em termos de ascensão por vários degraus categoriais, sem garantia de segurança e estabilidade, podendo a Administração fazer cessar o contrato mediante supressão do posto de trabalho ou com fundamento na não correspondência entre o desempenho demonstrado pelo trabalhador ao desempenho pretendido.⁴²⁵

Assim, o *modelo de emprego* concebe a Administração Pública como uma grande empresa e a *função pública* como um trabalho como outro qualquer, sendo os funcionários recrutados para ocupar um emprego bem determinado e exercer unicamente as funções a ele inerentes. Por isso mesmo, a pessoa designada para ocupar aquele concreto emprego tem de possuir a sua especialização necessária e não integra qualquer carreira, não lhe sendo reconhecida a possibilidade de progressivamente ocupar categorias superiores e assim ver melhorada a situação profissional. Pelo contrário, enquanto permanecer ao serviço da Administração manter-se-á no mesmo posto e não terá quaisquer melhorias profissionais, só podendo alcançar estas se se candidatar a um novo e superior emprego, para o qual terá que ter a especialização exigida⁴²⁶. A formação exigida para o desempenho de funções é essencialmente obtida fora do contexto profissional.⁴²⁷

Como principais vantagens deste *modelo de emprego* podem apon-

Fontes, cit., pág. 58.

⁴²⁴ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 205.

Para uma breve descrição do modelo americano, vide Ramón Parada Vázquez, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, cit., pág. 420-423, Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, 2.^a ed., Presses Universitaires de France, Paris, 1997, pág. 42-45, e José Maria Teixeira da Cruz, *A Função Pública e o Poder Político: As situações na Alemanha, em França, na Grã-Bretanha, nos Estados Unidos da América e em Portugal*, Universidade Técnica de Lisboa, Lisboa, 2002, pág. 223-255.

⁴²⁵ Ana Fernanda Neves, *Relação Jurídica*, cit., pág. 63, nota n.º 191, e Jean-Louis Moreau, “Faut-il abroger le statut général des fonctionnaires?”, in *L’actualité Juridique de Droit Administratif*, n.º 9, 1986, pág. 492, e John W. Macy Jr., “Problemas actuales de la administracion publica en los Estados Unidos. Hay limites para todo”, in *Documentación Administrativa*, n.º 100, 1996, pág. 100 e 101.

⁴²⁶ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 206.

⁴²⁷ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 59.

tar-se a simplicidade, pois permite recrutar apenas na medida das necessidades, também porque quando a Administração não fica “obrigada” a manter o funcionário quando o emprego para que foi recrutado deixa de ser necessário, e porque isenta a Administração dos custos de formação com os funcionários, tendo estes de obter às suas custas a especialização necessária à execução do trabalho a que se candidata. Apontando-se ainda como vantagem o facto de este modelo permitir uma maior rentabilidade do aparelho administrativo, porque assegura que apenas mantém o pessoal estritamente indispensável. No entanto, este modelo apresenta o grande inconveniente de pretender equiparar a Administração Pública a uma empresa, o que não pode suceder, pois esta última, ao contrário daquela, é guiada por objectivos que mais têm que ver com a rentabilidade e ganância comercial do que com interesses colectivos. Para além disso, esquece que muitos dos empregos na Administração pressupõem a aquisição de experiência e aprendizagem, começando pelas funções mais simples até aceder à execução de funções de maior responsabilidade, o que só é viável estando-se integrado numa carreira⁴²⁸.

No *sistema de carreira puro*, constituindo o modelo mais acabado a *função pública* francesa⁴²⁹, considera-se a Administração como uma realidade à parte no interior da Nação, determinada por uma especificidade que reclama um regime próprio para aqueles que a integram. Este modelo de carreira estabelece uma separação dos trabalhadores privados. Os funcionários públicos constituem o corpo de funcionários que assumem a responsabilidade do funcionamento dos serviços públicos. O funcionário não desempenha uma função correspondente a um posto de trabalho, há um ingresso numa carreira que tem um lugar pertencente a um corpo hierarquizado e que determina as funções que o funcionário irá desempenhar, que é distinto de outras carreiras. Neste modelo, a cada carreira subdivide-se, normalmente, em categorias, e cada categoria em escalões, sendo que a progressão dentro da carreira ocorre normalmente de escalão em escalão e de categoria em categoria. A extinção do posto de trabalho não contende

⁴²⁸ Seguimos de perto, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 206-207.

⁴²⁹ Tabrizi Ben Salah, *Droit de la Fonction Publique*, cit., pág. 15.

Para uma breve análise do modelo francês, Ramón Parada Vázquez, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, cit., pág. 414-420, Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, cit., pág. 48-51, e José Maria Teixeira da Cruz, *A Função Pública e o Poder Político: As situações na Alemanha, em França, na Grã-Bretanha, nos Estados Unidos da América e em Portugal*, cit., pág. 178-194.

com a integração categorial, usufruindo o indivíduo de estabilidade e segurança de emprego, ao mesmo tempo que se encontra submetido a certos deveres, determinados pelas necessidades do serviço público. A remuneração está associada à carreira que o funcionário detém e não às funções que efectivamente exerce. Por outro lado, a mudança para a categoria superior pressupõe a obtenção de conhecimentos no contexto da carreira e para os quais são incipientes os conhecimentos obtidos no sistema educativo.

No sistema de carreira, o recrutamento dos funcionários acontece por regra mediante concurso, a que se sucede a integração num grupo de pessoal, carreira, categoria e escalão. Por outro lado, no sistema de carreira a progressão faz-se por antiguidade e independentemente de decisões discricionárias tomadas pela Administração. A continuidade do serviço público e a permanência da prossecução do interesse público reclamam uma maior estabilidade do corpo encarregue de o prosseguir, o que só é possível se lhe for reconhecida a possibilidade de evoluir no interior da administração e de ali permanecer durante toda a sua vida activa.⁴³⁰

Assim, a carreira⁴³¹ é o elemento estruturante de todo este sistema organizatório da *função pública*, servindo a estabilidade para proteger e conferir segurança aos funcionários, e a promoção para lhes dar o estímulo necessário para que se dedicassem inteiramente ao serviço e o regime jurídico específico para assegurar os direitos, deveres e responsabilidades adequadas e equilibradas à sua dupla condição de funcionário e cidadão⁴³².

A principal desvantagem que costuma ser apontada a este modelo de carreira a prende-se com a menor rentabilidade que gera na Administração Pública, seja pelo valor do funcionário ser determinado na posição que ocupa na carreira e não pela produtividade do seu trabalho, seja por as garantias acrescidas de estabilidade potenciarem o risco de um certo imobilismo, espírito rotineiro e adversidade às mudanças e reformas.

Não se nega que o modelo de carreira não é modelo perfeito, apresentando alguns riscos, mas continua a apresentar vantagens que

⁴³⁰ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 207-209, Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 59.

⁴³¹ Para uma noção de carreira, vide Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os Novos Regimes de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações da Administração Pública*, cit., pág. 117.

⁴³² Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 208.

não se devem olvidar. Desde logo, a estabilidade permite que os funcionários acabem por se identificar com as suas funções e com o espírito e objectivos de serviço, assim evitando que vejam o trabalho como fonte exclusiva de obtenção de rendimentos, mas também como meio de satisfazerem e melhorarem a vida em colectividade. Depois porque vincula os funcionários exclusivamente à lei assim permitindo mantê-los alheios à eventual influência que os partidos políticos e outros grupos de pressão possam exercer sobre a sua actuação⁴³³.

No entanto, o modelo de carreira pode ser pensado de forma a assegurar a eficácia e eficiência da prossecução do interesse público. Este modelo pode fazer perigar essa eficácia, porém interiorizando esse perigo, a solução passa não pela sua substituição, mas antes por introduzir mecanismos jurídicos que atenuem ou impeçam a sua ocorrência, tanto mais que, na esteira Paulo Veiga e Moura, entendemos que o sistema de carreira sempre se apresentou como o modelo mais eficaz para estruturar a *função pública* em países como o nosso.

Dito por outras palavras, e agora de forma mais sucinta, o *modelo de carreira puro* caracteriza-se pela: *i*) definição estatutária dos requisitos exigidos para o ingresso em cada carreira; *ii*) estruturação por carreiras rígidas; e *iii*) emprego tendencialmente vitalício, definido por um estatuto de direito público, que é livre e unilateralmente modificável pela Administração, com reduzida flexibilidade e com reduzida mobilidade dos trabalhadores.⁴³⁴

No *sistema de emprego puro* os funcionários não são admitidos para uma carreira, mas para um particular trabalho. O emprego tem como base o contrato. O conteúdo funcional do posto de trabalho é definido pela agência ou departamento. Recrutados através de um contrato, os funcionários não têm nenhuma garantia de permanecer na administração, e as suas situações jurídicas são reguladas pelos contratos de trabalho. Comportando-se aqui a Administração Pública como uma empresa que recruta e gere o seu pessoal em condições semelhantes às das empresas comerciais e industriais do sector privado. O sistema é,

⁴³³ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 208.

⁴³⁴ Pedro Nunes, “Reforma do emprego público: breves considerações às grandes reformas em curso em Portugal”, in *Revista de Estudos Politécnicos, Tékhné*, Vol. VII, (11), 2009, pág. 55, e J. A. Oliveira Rocha, *Gestão de Recursos Humanos na Administração Pública*, 3.ª Edição, Escolar Editora, Lisboa, 2010, pág. 53-55.

pois, muito parecido com o do sector privado⁴³⁵⁻⁴³⁶.

Nenhum destes modelos se apresenta actualmente no seu estado puro, verificando-se que ambos estão receptivos e combinam elementos do outro. Assim, a distinção entre estes dois modelos torna-se cada vez menos rigorosa, em grande medida devido à revolução managerial que, como veremos, levou à harmonização dos sistemas, pelo que estes já não se apresentam hoje na sua forma pura⁴³⁷, apenas se podendo fazer referência a sistemas predominantemente de carreira, ou predominantemente de emprego⁴³⁸.

Portugal que conhecia tradicionalmente um sistema de carreira⁴³⁹, a partir da entrada em vigor, em pleno, da Lei n.º 12-A/2008, que introduziu importantes alterações no regime das carreiras e generalizou o vínculo do contrato de trabalho por tempo indeterminado na Administração Pública, vê desmantelado o mito do tradicional *modelo de carreira*⁴⁴⁰, pelo menos tal como era conhecido. Passou, a partir daí a vigorar na Administração Pública Portuguesa um sistema mitigado ou predominantemente de carreira⁴⁴¹, mas em muitos aspectos tão próximo do sistema de emprego, que mais parece se estar perante este tipo de sistema⁴⁴²⁻⁴⁴³.

Para além da classificação anterior, relativamente aos sistemas de trabalho subordinado na Administração Pública pode ainda conhecer-se outra entre sistemas monistas ou dualistas⁴⁴⁴. O sistema será

⁴³⁵ J. A. Oliveira Rocha, *Gestão dos Recursos Humanos...*, cit., pág. 53-55, e Tabrizi Ben Salah, *Droit de la Fonction Publique*, cit, pág. 14.

⁴³⁶ O contraste entre os dois modelos de relações de trabalho está muito bem explicado em A. Auer, C. Demmke e R. Polet, *Civil services systems in Europe of fifteen: current situation and prospects*, EIPA, Maastricht, 1996, pág. 32.

⁴³⁷ Ana Fernanda Neves, *Relação Jurídica*, cit., pág. 73.

⁴³⁸ J. A. Oliveira Rocha, *Gestão dos Recursos Humanos...*, cit., pág. 193

⁴³⁹ Pedro Nunes, “Reforma do emprego público...”, cit., pág. 55 e 67.

⁴⁴⁰ Pedro Nunes, “Reforma do emprego público...”, cit., pág. 66-67.

⁴⁴¹ J. A. Oliveira Rocha, *Gestão dos Recursos Humanos...*, cit., pág. 194.

⁴⁴² Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 52.º, pág. 155.

⁴⁴³ Para uma análise do modelo da Alemanha, França, Grã-Bretanha, Estados Unidos da América e Portugal, vide José Maria Teixeira da Cruz, *A Função Pública e o Poder Político: As situações na Alemanha, em França, na Grã-Bretanha, nos Estados Unidos da América e em Portugal*, cit., pág. 155-296.

⁴⁴⁴ Neste ponto acompanhamos, Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 60. Sobre este ponto, vide também, José

monista quando todos os trabalhadores da Administração Pública estão submetidos a um regime jurídico especial, em regra de Direito Administrativo e será dualista quando no âmbito da Administração Pública encontramos trabalhadores submetidos a um regime diferenciado, mas também outros trabalhadores sujeitos a um regime laboral comum.

O aparecimento de sistemas de *função pública* fechados nunca conseguiu afastar a existência de trabalhadores das Administrações Públicas sujeitos à relação laboral comum e ao Direito do Trabalho. Num primeiro momento, porque existiam funções consideradas de menor relevo social que se entendia não careciam do enquadramento especial dos funcionários públicos propriamente ditos, depois para o exercício de funções temporárias para com a Administração Pública, e por fim, com o aumento da intervenção do Estado na economia e como ente prestador de bens e serviços, para assegurar funções em concorrência com as actividades levadas a cabo pelos sujeitos privados⁴⁴⁵.

A coexistência dos dois modelos começou por ser comandada pela preponderância do pessoal em regime de carreira mas depois, nos últimos anos do século XX, passa-se a presenciar uma maior receptividade para com os sistemas de emprego⁴⁴⁶, o que em parte se deve à revolução managerial das administrações públicas que se desencadeou e produziu efeitos em muitos Estados⁴⁴⁷, como veremos *infra*.

Como bem notava Marcello Caetano, já em 1977, se, por um lado, a coexistência dos dois regimes, do estatuto tradicional da função pública e do regime comum do Direito Trabalhista, sempre se deu no seio da Administração, por outro lado, até há tempo predominava o regime do Direito Administrativo. Contudo tal estado das coisas alterou-se, uma vez que, no próprio Estado-Administração, como nas demais entidades administrativas territoriais e autarquias, aumentou o número dos agentes que, a par daqueles que ainda se encontram sujeitos ao estatuto tradicional da função pública, se encontram outros sujeitos a um regime diferente resultante do contrato de trabalho.⁴⁴⁸

Manuel López Gómez, *La relacion laboral especial de empleo público – estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Civitas, Pamplona, 2009, pág. 29 e sgs.

⁴⁴⁵ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 60

⁴⁴⁶ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, pág. 209.

⁴⁴⁷ Portugal constitui um exemplo acabado do referido no texto.

⁴⁴⁸ Marcello Caetano, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, cit., pág. 291-293.

No caso da Administração Pública Portuguesa⁴⁴⁹, ensina Pedro Madeira de Brito que, a partir do momento em que houve trabalhadores subordinados àquela e sujeitos a um regime próprio, foi possível também encontrar no seio daquela, simultaneamente, trabalhadores sujeitos ao regime comum dos restantes trabalhadores⁴⁵⁰. Pode, nesta perspectiva, referir-se que a prestação de trabalho subordinado na Administração Pública Portuguesa sempre assentou num sistema dualista, e que a par dos funcionários públicos propriamente ditos existiam assalariados ou contratados.

No início do século passado já se falava num regime estatutário⁴⁵¹ para os funcionários públicos: apesar de não se encontrar na legislação nenhuma definição de funcionário público, considerava-se, no entanto, como tal aqueles que desempenham uma função integrada nos quadros permanentes da Administração Pública⁴⁵². No entanto, nessa data também já existiam trabalhadores subordinados submetidos ao regime laboral comum que desempenhavam determinado tipo de funções temporárias ou indiferenciadas para a Administração Pública⁴⁵³.

Desde logo, começando pelo Estatuto do Trabalho Nacional de 1933, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 23.053, de 23 de Setembro de 1933, essa dualidade pode depreender-se da análise dos artigos 35.º a 39.º que dispõem sobre o “trabalho por conta do Estado”, dos quais resulta que existiam à data a trabalhar para o Estado além dos funcionários públicos, operários e empregados.

De uma forma mais clara, encontramos essa dualidade de forma expressa no artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 26.115, de 23 de Novembro de 1935 (que promulgou a reforma de vencimentos do funcionalismo público⁴⁵⁴), estabelecendo aquele preceito que os lugares classificados

⁴⁴⁹ Neste ponto seguiremos de perto, Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 61-71.

⁴⁵⁰ Cfr. Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 61.

⁴⁵¹ Referindo Marcello Caetano que se chama “estatuto dos funcionários o conjunto das normas legais que define e regula os poderes e deveres correspondentes à qualidade de funcionário”, cfr. Marcello Caetano, *Manual*, Vol. II, cit., pág. 685 e sgs.

⁴⁵² Luiz Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, (1940), págs. 26-27.

⁴⁵³ Cfr. Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 61.

⁴⁵⁴ Tendo aprovado o que já foi designado como “Estatuto dos Funcionários dos Ministérios Civis”, ver, neste sentido, Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, *A função Pública Portuguesa, Estatuto Novo ou nova Política?*, cit., pág. 71 (e nota n.º 69), e pág. 86; e relatório do Decreto-Lei n.º 26 115, Capítulo III, n.º 2.

nos grupos T ou inferiores, correspondentes a classes de vencimentos, só seriam ocupados por assalariados ou contratados, se não fossem expressamente considerados de serventia vitalícia.

Posteriormente essa dualidade foi conformada pelo Decreto-lei n.º 49.397, de 24 de Novembro de 1969, no qual se continua a distinguir entre nomeação, contrato e assalariamento (artigo 2.º), procedendo-se à distinção entre *contrato administrativo de provimento* e *contratos de pessoal além do quadro* (artigos 3.º e 4.º), que teve por objectivo simplificar as formalidades necessárias para o recrutamento e investidura dos servidores do Estado.

Alguns anos depois do 25 de Abril de 1974, são aprovados o Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, que estabeleceu os 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 aprovou o regime de constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na Administração Pública. Estes diplomas estabeleceram, numa tentativa claramente monista, como únicas formas admissíveis de vinculação na Administração Pública: a nomeação, o contrato administrativo de provimento, e o contrato a termo certo. Para pouco depois, a Lei n.º 25/98, de 26 de Maio, vir aditar o artigo 11.º-A ao Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho⁴⁵⁵, no qual se admite o recrutamento de trabalhos em regime de contrato individual de trabalho para o exercício de funções próprias do grupo de pessoal auxiliar, desde que a duração semanal do trabalho excedesse os dois terços do horário normal fixado para a Administração Pública. O contrato individual de trabalho faz assim a sua aparição, embora de forma muito limitada, como instrumento constitutivo de relações de emprego na generalidade da Administração Pública⁴⁵⁶.

Já a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que aprovou o regime jurídico do contrato individual de trabalho da Administração Pública, vem permitir que mediante norma especial, a Administração Pública possa recorrer ao contrato individual de trabalho do Código do trabalho, embora com adaptações, para satisfazer necessidades permanentes,

⁴⁵⁵ Prescrevendo-se no n.º 2, do artigo 11-A, aditado ao Decreto-Lei n.º 184/89, “[o] pessoal que integra o grupo de pessoal auxiliar pode ser contratado sob o regime do contrato individual de trabalho, quando a duração semanal do trabalho não exceder dois terços do horário normal fixado para a Administração Pública, sendo obrigatoriamente inscrito no regime geral de segurança social, salvo se já estiver inscrito na Caixa Geral de Aposentações”.

⁴⁵⁶ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 259.

criando assim uma certa alternatividade entre nomeação e contrato individual de trabalho, numa opção claramente dualista⁴⁵⁷.

Esta opção dualista vem a ser colocada, mas apenas aparentemente, em causa pela 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, a qual parece pretender estabelecer como únicas formas de constituição de vínculos do trabalho subordinado na Administração: a nomeação, o contrato de trabalho em funções públicas e a comissão de serviço (cfr. artigo 9.º da LVCR)⁴⁵⁸. Esta opção vem a ser reiterada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, que aprova a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (no seu n.º 3, do artigo 6.º). Contudo, uma vez que a par destas modalidades continua a existir o recurso ao contrato individual de trabalho pela Administração Pública, nomeadamente, no caso das entidades públicas empresariais⁴⁵⁹, das entidades administrativas independentes com funções de regulação⁴⁶⁰, e associações públicas — sendo o exemplo mais típico destas as associações públicas de carácter profissional (associações ou ordens profissionais)⁴⁶¹ —, deve considerar-se, segundo nos parece, que aquela opção dualista se mantém.

3. O modelo clássico de função pública como relação de emprego diferenciada

A relação de emprego privado apresenta desde sempre pontos de contacto com o emprego público, importando pois realizar quais são classicamente os pontos em que as duas esferas se tocam, para depois delimitar a linha que as separava. As afinidades existentes entre as

⁴⁵⁷ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 65.

⁴⁵⁸ Neste sentido, Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 61.

⁴⁵⁹ Cfr. artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro, que no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 18/2013, de 18 de Fevereiro, aprova o novo regime jurídico do sector público empresarial.

⁴⁶⁰ Cfr. artigo 32.º, da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto que aprovou a Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo.

⁴⁶¹ Cfr. artigo 41.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de Janeiro, que estabelece o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais.

situações jurídicas dos trabalhadores privados e dos funcionários públicos são indesmentíveis. Maria do Rosário Palma Ramalho⁴⁶² refere-se à existência de afinidades tanto do ponto de vista subjectivo como objectivo. De ponto de vista subjectivo nas duas situações, tanto trabalhadores privados como públicos estão numa posição de subordinação perante o seu empregador, pois é este quem determina o conteúdo da prestação e direcciona a actividade do trabalhador para a satisfação das necessidades que visa alcançar. De um ponto de vista objectivo, nos dois casos, a actividade prestada corresponde a um trabalho ou um serviço de forma subordinada e retribuída⁴⁶³.

Assim, apesar da configuração exterior do vínculo de emprego público apresentar notória similitude com a relação de emprego privado que assenta no contrato individual de trabalho⁴⁶⁴, estes dois sectores pertencem tradicionalmente a domínios jurídicos distintos. A tradicional separação entre os domínios público e privado do sistema jurídico leva a uma inserção sistemática diferenciada das duas

⁴⁶² Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral – breves notas”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62, 2002, pág. 440.

⁴⁶³ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 439.

⁴⁶⁴ Ao contrário do emprego público, que pode assumir várias modalidades (a nomeação, o contrato de trabalho em funções públicas, a comissão de serviço, nos termos do artigo 6.º, da Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, que aprovou a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas), no caso do emprego privado existe apenas uma, o contrato de trabalho, cfr. Vera Antunes, *O Contrato...*, cit., pág. 36. Assim, tomando de empréstimo as palavras de João Leal Amado, o “*mecanismo jurídico através do qual se realiza o acesso a esse trabalho subordinado é o contrato individual de trabalho*” (cfr. João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 58). Contrato este celebrado entre o trabalhador e a entidade patronal, que o Código Civil define como “aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta” (artigo 1152.º do CC). Recordando, agora, a noção de contrato de trabalho tal como se encontra previsto no artigo 11.º do Código do Trabalho (CT), aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, “[c]ontrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas”. Referindo João Leal Amado que cotejando a noção vertida no Código Civil com a do Código do Trabalho, ainda que se possam assinalar que existam algumas diferenças, elas não são muito significativas. Destarte, nota o autor que da noção legal de contrato de trabalho, ontem como hoje, se pode concluir que o mesmo é constituído, essencialmente, por três elementos: a prestação de trabalho, a retribuição, e a subordinação jurídica (cfr. João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 57-59). Enquanto Monteiro Fernandes acrescenta mais um, os sujeitos do contrato (o trabalhador e a entidade empregadora) (cfr. António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 112 e sgs.).

situações jurídicas. Nessa medida as afinidades, num regime globalmente diverso, são vistas essencialmente como pontuais, pois aquele regime distinto prossegue finalidades de diferente natureza e inspirado em valores opostos. A diferente natureza dos fins prosseguidos origina singularidades que têm distinguido a relação de emprego público da relação laboral comum, o que tradicionalmente justifica a sua sujeição a um estatuto jurídico próprio⁴⁶⁵.

Classicamente, por concretização dos critérios tradicionais de delimitação entre o direito público e direito privado, as relações de emprego público e privado são diferenciadas pela *natureza jurídica* dos empregadores em causa e dos *interesses* que cada um deles prossegue⁴⁶⁶. Assim, quanto à *natureza jurídica* dos empregadores, enquanto no vínculo laboral as partes estão numa posição de igualdade formal manifestada na ausência de *jus imperii* do empregador e no carácter particular dos interesses prosseguidos pelos contraentes, uma vez que as partes têm natureza jurídica privada ou se comportam como tal, já no vínculo do emprego público a entidade empregadora tem natureza pública, encontra-se dotada de *jus imperii*, sendo evidente a assimetria da relação, devido à posição de supremacia que ocupa a entidade empregadora, essencial para que aquela possa prosseguir o interesse público.

Por sua vez, quanto aos *interesses* que cada uma prossegue, enquanto no contrato de trabalho sobressaem interesses particulares (o interesse do trabalhador na remuneração e o interesse do empregador no aproveitamento da energia laborativa do trabalhador para prover à satisfação das suas necessidades ou ao lucro), já quanto ao vínculo do emprego público está subjacente, e norteador do seu regime, a ideia de interesse público⁴⁶⁷.

As diferenças que tradicionalmente, do ponto de vista jurídico, têm distinguido a relação de emprego público da relação do contrato

⁴⁶⁵ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 440, e António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 47.

⁴⁶⁶ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 440, e Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, pág. 61-94. Trata-se dos consagrados critérios da posição relativa dos sujeitos no vínculo jurídico e da natureza dos interesses em causa, sobre estes critérios, por todos, *vide*, Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pág. 36-44.

⁴⁶⁷ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 440, e Maria do Rosário Palma Ramalho, *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*, cit., pág. 107.

de trabalho são por norma fundadas no tipo de interesses que a Administração prossegue, e no facto desta entidade intervir nessa relação como titular do poder de soberania e de os trabalhadores ao seu serviço actuarem, directa ou indirectamente, como instrumentos da própria autoridade pública⁴⁶⁸.

Tradicionalmente, entre nós, que perfilhámos um sistema administrativo francês⁴⁶⁹, a *função pública* como relação de emprego diferenciada encontrou a sua disciplina num modelo clássico estatutário, de cariz acentuadamente público e disciplinado pelo Direito Administrativo⁴⁷⁰. Contudo, as alterações legislativas posteriores originam momentos de crise neste modelo estatutário, como veremos *infra*.

4. A evolução do modelo estatutário clássico de *função pública* em Portugal

As entidades públicas, invocando a rigidez e a inflexibilidade do regime estatutário da *função pública* vieram progressivamente a adotar o regime do contrato individual de trabalho para conformarem as relações de trabalho. Havendo aqui, quanto a nós, que separar dois momentos de crise que o modelo estatutário da *função pública* enfrentou. Um primeiro momento, que ocorre com a constitucionalização dos direitos fundamentais e com o reconhecimento da juridicidade das relações especiais de poder, em que se supera o modelo clássico estatutário, mas em que se mantém um regime estatutário para a *função pública*. E, um segundo momento, em que se transforma o contrato de trabalho, ainda que em funções públicas, num meio normal de constituir a relação de emprego público (constituí actualmente o vínculo-regra do emprego público), arrastando com ele os instrumentos, e uma disciplina próxima, do direito laboral comum, tornando pertinente a questão de saber se actualmente ainda faz sentido falar num regime estatutário da *função pública* distinto do direito laboral comum, ou se, pelo contrário, o regime desta não consistirá, hodiernamente, apenas

⁴⁶⁸ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 79.

⁴⁶⁹ Para uma análise dos traços distintivos entre sistema administrativo de tipo britânico ou de administração judiciária, e sistema administrativo de tipo francês ou de administração executiva, *vide*, entre outros, Vieira de Andrade, *Lições...*, cit., pág. 33-36, e Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Edição, cit., pág. 99-119.

⁴⁷⁰ Paulo Veiga e Moura, *Função Pública...*, cit., pág. 18-19.

num regime especial que integra aquele direito laboral comum – iremos dar resposta a esta questão no último capítulo, da segunda parte, desta dissertação.

Este movimento, contra a rigidez do regime estatutário, de “disseminação” do regime do contrato individual de trabalho no seio da relação de emprego público, não é mais do que o reflexo do fenómeno generalizado da fuga da Administração para o direito privado ou renúncia da Administração ao direito que lhe é próprio – o Direito Administrativo – , em virtude de considerarem a sua desadequação para regular a realidade complexa que é a Administração Pública contemporânea. Os argumentos invocados para tal vão desde a procura da maior eficiência a razões de ordem económico-financeira, ligadas à redução de despesas públicas, diminuição do *déficit* público e da inflação. Ao movimento apontado não é alheio o facto, de nos últimos tempos, e por razões de variada ordem, se ter verificado na realidade uma tendência para a aproximação dos regimes jurídicos da *função pública* e do contrato individual de trabalho, como será analisado mais à frente⁴⁷¹.

Não obstante a evolução legislativa registada nos últimos anos, diga-se que, pelo menos ao longo do último século, Portugal perfilhou à semelhança do modelo francês um sistema de administração executiva, marcado por uma estreita ligação entre a Administração Pública, o Direito Administrativo e a jurisdição administrativa, de tal forma que a primeira é disciplinada pelo segundo e este é um produto da actividade pretoriana da terceira, havendo mesmo quem sustente que o Direito Administrativo nasceu “sobre las rodillas del Consejo de Estado”⁴⁷².⁴⁷³ Assim, nos países tributários do modelo de administração executiva de origem francesa, na qual se integra o nosso, entendeu-se durante muito tempo que as relações a que dava origem a prestação dos trabalhadores do Estado e dos entes públicos em geral eram portadores de características específicas que as permitiu distinguir das restantes relações de trabalho⁴⁷⁴. A concepção clássica do modelo estatutário, de origem francesa, dominou entre nós, de forma incontestável, até à en-

⁴⁷¹ Maria Fernanda Maçãs, “A relação jurídica de emprego público – tendências actuais”, in *Novas Perspectivas de Direito Público*, policopiado, IGAT, 1999, pág. 1.

⁴⁷² Cfr. Sabino Cassese, “Crisis y transformaciones del Derecho Administrativo”, in *Documentación Administrativa*, n.ºs 250-251, 1998, pág. 217-218.

⁴⁷³ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 329.

⁴⁷⁴ Maria Fernanda Maçãs, “A relação jurídica de emprego público”, cit., pág. 1.

trada em vigor da Constituição da República Portuguesa, de 1976⁴⁷⁵.

Mas as circunstâncias político-sociais, jurídicas, económicas e culturais que originariamente sustentavam o modelo de emprego público clássico sofreram uma profunda alteração, na Europa Ocidental a partir da Segunda Grande Guerra, e, mais concretamente, em Portugal só após o 25 de Abril de 1974, devido ao facto de somente após esta data este ter entrado, com rigor, no *Estado-Providência*.

À separação radical entre emprego público e privado assistiu-se à aproximação crescente das respectivas disciplinas jurídicas, questionando-se a identidade da relação de emprego público. A similitude crescente entre os dois tipos de relações jurídicas de emprego tem alimentado a tese de que não existe diferenciação entre o emprego público e o privado e de que é inevitável a evolução no sentido da uniformização dos dois regimes. O referencial compreensivo da relação de emprego público continua, no entanto, a ser o modelo estatutário clássico⁴⁷⁶. Pelo que, importa conhecer os seus traços caracterizadores, para melhor apreender a evolução verificada, e assim poder captar a especificidade do regime público da *função pública*, caso ainda subsista, bem como a ser o caso, as razões que continuam a justificar a sua autonomia⁴⁷⁷.

4.1. *Caracterização geral do regime estatutário tradicional*

De acordo com o regime estatutário tradicional, a supremacia da entidade empregadora pública, durante o século XIX, essencial para a realização do interesse público, justificou a sujeição da relação de emprego público a um regime exclusivamente unilateral e estatutário⁴⁷⁸. A doutrina

⁴⁷⁵ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 66.

⁴⁷⁶ Aqui “regime estatutário” da *função pública* no sentido “del tradicional modelo unilateralista, acontratual y público”, cfr. José Manuel López Gómez, *La relacion laboral especial de empleo público*, cit., pág. 72-73.

⁴⁷⁷ Maria Fernanda Maçãs, “A relação jurídica de emprego público”, cit., pág. 1-2.

⁴⁷⁸ Como explica Marcello Caetano passada a fase da fidelidade pessoal ao Monarca ou à Coroa, assente numa devoção quase religiosa “*aparecia a ideia da superioridade do interesse público sobre os interesses privados, fundamento da autoridade do Estado. O agente administrativo servia a colectividade e não um indivíduo, ou uma empresa privada. Nesse serviço da colectividade, nessa dedicação à causa pública, ao interesse de todos, estava o motivo das sujeições, das limitações, das servidões que lhe eram impostas, mas também das vantagens que em contrapartida lhe eram conferidas. A escola francesa do serviço público, negadora da personalidade do Estado e da sua soberania, deu nova forma a esta teoria, a base de Direito Administrativo era o regime do serviço público e este, por ser*

clássica ao situar a relação de emprego sob a alçada da soberania do Estado, acabou por impedir que os interesses particulares dos trabalhadores se autonomizassem relativamente ao interesse da Administração⁴⁷⁹.

Importa verificar os principais pressupostos de que partia esta concepção clássica⁴⁸⁰. O primeiro deles respeita a um dos argumentos mais invocados para distinguir, de um ponto de vista jurídico, a relação de emprego público da relação de emprego privado, que é a do tipo de interesses prosseguidos pela Administração Pública já que esta visa, precisamente, a *prosseção do interesse público*. Outro dos pressupostos respeita à *continuidade do serviço público*: o Estado obrigava-se a assegurar a satisfação ininterrupta de necessidades gerais da colectividade que as entidades privadas não poderiam garantir ou só o poderiam fazer de forma parcial e intermitente. Por fim, o último pressuposto corresponde à *subordinação dos agentes aos fins institucionais dos entes públicos*, surgindo aqueles como instrumentos da organização pública. Assim, as pessoas físicas através das quais a Administração geria os respectivos serviços e levava a cabo a realização dos seus fins participavam, em maior ou menor grau, de prerrogativas de poder público de modo a exercerem eficazmente as funções em que se encontravam investidas.

Desta concepção clássica de emprego público, caracterizada pela existência de uma relação autoritária do Estado para com os seus subordinados, decorriam as seguintes consequências (ou características principais do modelo).

Desde logo, a defesa de uma diferenciação profunda entre o vínculo de emprego público e o vínculo de emprego privado, a qual tinha

destinado ao público, tinha de funcionar com regularidade e continuidade". Ora, prosseguia o autor citado, o agente administrativo era o agente do serviço público que "tendo de assegurar a respectiva regularidade e continuidade e devendo proporcionar a todos os benefícios da sua existência, estaria sujeito a um estatuto em que essas exigências encontrassem repercussão e garantias de eficácia. Destas ideias resultava que a situação dos agentes administrativos deveria ser intimamente dependente das necessidades e conveniências dos serviços de que eram meros instrumentos. A lei que rege os serviços estabeleceria, também, o regime dos agentes. Um agente administrativo ficaria, pois, em uma situação legal e impessoal, objectiva, a todo o momento modificável por nova lei, segundo o serviço público exigisse ou aconselhasse. Nem sequer seria lícito falar em direitos do agente administrativo (a escola também rejeitava o conceito de direito subjectivo), embora se admitisse que verificadas as condições legais, em certos casos as respectivas situações se subjectivassem". Cfr. Marcello Caetano, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, cit., pág. 296.

⁴⁷⁹ Para uma análise, mais pormenorizada, da concepção clássica do emprego público, vide Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 83 e sgs.

⁴⁸⁰ Seguimos, neste ponto, a excelente sistematização apresentada por Maria Fernanda Maçãs, "A relação jurídica de emprego público", cit., pág. 2.

por base a divergência quanto à sua natureza dos interesses prosseguidos pelas duas relações e as características específicas do vínculo de emprego público⁴⁸¹.

O regime da relação de emprego público era definido por normas gerais e impessoais, sendo igual para todos, encontrando-se vedada qualquer possibilidade de discriminação individual em sentido favorável ou desfavorável⁴⁸². Este regime jurídico era fixado unilateralmente, na sua totalidade, através a lei ou do regulamento, não havendo por isso qualquer espaço para a participação constitutiva do agente, fosse individual ou colectiva, na respectiva elaboração⁴⁸³. Bem como existia a possibilidade de pela mesma via, legal ou regulamentar, aquele regime ser livre e unilateralmente modificado, podendo, pois, o Estado alterar unilateralmente as condições de serviço independentemente, do consentimento do agente⁴⁸⁴. Tal possibilidade resultava dos agentes se subordinarem em exclusivo à prossecução do interesse público, e de se encontrarem inseridos numa relação na qual aparece subordinado ao Estado, que conservava a sua supremacia⁴⁸⁵, tendo os agentes que suportar as modificações que se operassem nas suas esferas jurídicas, sem aquele ter de atender às suas situações jurídicas subjectivas, individuais e particulares – vigorava a *tese clássica da livre modificabilidade do estatuto dos funcionários*, tal como era enunciada e defendida, entre nós, por Fèzas Vital⁴⁸⁶.

⁴⁸¹ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 67.

⁴⁸² Maria Fernanda Maçãs, “A relação jurídica de emprego público”, cit., pág. 3.

⁴⁸³ Maria Fernanda Maçãs, “A relação jurídica de emprego público”, cit., pág. 3.

⁴⁸⁴ Roger Bonnard entende que a possibilidade de modificação da situação dos funcionários públicos pelo legislador ou pela autoridade que detém o poder regulamentar a qualquer momento, com o fim de adaptar o serviço público às necessidades que ele deve satisfazer, é a razão prática fundamental da situação legal ou regulamentar dos funcionários, cfr. Roger Bonnard, *Précis de droit public*, 6.ª ed., Recueil, Paris, 1944, pág. 242-243.

⁴⁸⁵ Cfr. Luísa Cristina Pinto e Netto, *A Contratualização da Função Pública*, cit., pág. 148-149, 178.

⁴⁸⁶ Defendia Fèzas Vital que “[a] *variabilidade das necessidades de interesse geral e a obrigação que a consciência moderna impõe aos governantes de satisfazerem as necessidades públicas em conformidade ao que os progressos científicos e industriais indicarem, exigem que os serviços públicos possuam uma maleabilidade jurídica tal que lhes permita amoldarem-se constantemente às transformações que essas necessidades ou os seus meios de satisfação venham a sofrer. E como, para alcançar esse desideratum, é indispensável que o regimen jurídico dos serviços públicos seja organizado por forma a receber, sem oposição jurídica, todas as modificações que por lei ou regulamento devam ser-lhe introduzidas, conclue-se que a organização de qualquer serviço jurídico deve ser inteiramente legal e regulamentar. De facto a insusceptibilidade de modificação pela lei inerente a toda a situação*”

O vínculo do trabalhador era constituído de forma unilateral, tinha origem numa decisão unilateral da autoridade pública, sendo através desta decisão da nomeação que a pessoa física adquiria a qualidade de funcionário da Administração, valendo apenas a vontade do funcionário como condição de eficácia do acto administrativo de nomeação⁴⁸⁷⁻⁴⁸⁸.

A relação de emprego público era configurada como uma *relação especial de poder*, sendo esta reduzida apenas à sua dimensão orgânica, o trabalhador surgia como um membro de um organismo através do qual é exercida a autoridade pública⁴⁸⁹. Àquele que estivesse ao serviço da Administração era exigida uma disponibilidade que extravasava os limites da prestação de trabalho, que atingia a sua vida pessoal, não reconhecendo ou cerceando o exercício de direitos fundamentais, colocando-o num estado de especial dependência⁴⁹⁰. Diferentemente da figura da representação, em que o representante se apresenta como jurídica e fisicamente distinto do representado, na relação orgânica o trabalhador não se encontrava num plano externo relativamente à

jurídica subjectiva, individual e particular, constituiria um obstáculo ao sucessivo aperfeiçoamento do serviço". É a sua adaptabilidade que, prossegue o autor citado, de resto, "permite aos serviços públicos satisfazerem regular e continuamente as necessidades públicas, pois se a forma da exploração futura dum serviço vivesse indissolavelmente unida à sua primitiva organização, o serviço, mesmo funcionando regular e continuamente, tornar-se-ia um meio deficiente de satisfazer necessidades. Como se vê, é o seu fim, isto é, o destino ao público, que exige a continuidade e adaptabilidade dos serviços públicos, que justifica os princípios e teorias especiais que os constituem", cfr. Fèzas Vital, *A situação dos funcionários*, cit., págs. 67-68.

⁴⁸⁷ Antecedentes da doutrina clássica podem ser encontrados na teoria política do emprego público. Além disso, ela parece ter sofrido igualmente influência do pensamento de Hegel, para quem a aquisição da categoria de funcionário constituía uma consequência da decisão do soberano. Referindo este que "[o] indivíduo que, por um acto soberano (§ 292.º) está ligado a uma profissão oficial, é obrigado a cumprir o seu dever, substância da sua situação". Acrescentando este "o serviço do Estado exige o sacrifício das satisfações individuais, e arbitrarias, das finalidades subjectivas, mas reconhece o direito de, no cumprimento do dever, e só nele, obter tais satisfações. Aí reside, neste aspecto, aquela união do interesse particular e do interesse geral que constitui o princípio do Estado e lhe dá a sua solidez interior (§ 260.º). Por isso a situação do funcionário não é uma situação contratual (...) embora haja, de ambas as partes, um consentimento e uma prestação". Terminado referindo "[é] no poder geral do Estado que encontram, os que estão encarregados de o exercer, uma protecção contra uma outra força particular: as paixões privadas dos administradores que vêem os seus interesses privados lesados pela afirmação do universal" (cfr. Hegel, *Princípios da Filosofia do Direito*, cit., pág. 275-276).

⁴⁸⁸ Maria Fernanda Maçãs, "A relação jurídica de emprego público", cit., pág. 4.

⁴⁸⁹ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 84.

⁴⁹⁰ Ana Fernanda Neves, *Relação Jurídica*, cit., pág. 79 e sgs.

pessoa colectiva. Um vínculo assim entendido acabaria por implicar a diluição da subjectividade do agente no aparelho administrativo e por reduzir a relação de emprego público a um mecanismo de imputação da actividade de uma pessoa física a um ente público⁴⁹¹. Tal diluição do agente no órgão fez com que o Estado dispusesse de competência exclusiva para fixar a disciplina do emprego público, e além disso, com que o estatuto do funcionário não fosse definido segundo o critério da profissionalidade – no qual se destacava o exercício subordinado de uma actividade laboral, e, em que como tal, se apresentaria em termos próximos da relação de emprego privado –, mas pela sua qualidade de membro de uma estrutura do Estado. Pelo que, perante a Administração, o funcionário fosse mais “um objecto do que um sujeito de direitos”⁴⁹², uma vez que o seu estatuto era composto por aquelas prerrogativas que o legislador entendia conceder-lhe por via legal ou regulamentar, tendo em vista especialmente assegurar o próprio funcionamento do aparelho administrativo, assim, “[o]s benefícios emergentes da relação de emprego público não constituíam verdadeiros direitos individuais dos agentes do Estado, mas meros reflexos das leis que visavam primordialmente a organização e o funcionamento dos serviços”⁴⁹³. A doutrina clássica acabaria por vir privar o agente da qualidade de trabalhador e as relações laborais reconduziam-se a um problema interno da organização da entidade pública⁴⁹⁴.

Consequentemente, a qualificação da relação de emprego público como um problema interno de organização da Administração e o recurso à figura da imediação orgânica contribuíram para explicar o estatuto de supremacia da Administração e a correspondente especial subordinação do agente.

A teoria da imediação acabaria por transformar o trabalhador do Estado somente num instrumento da vontade estadual, e por conseguinte, dissolver a respectiva autonomia jurídica⁴⁹⁵. O trabalhador integrava uma estrutura organizada hierarquicamente e definida autoritariamente pelo Estado e que fundamentava a sujeição a um estatuto

⁴⁹¹ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 89, e Massimo Severo Giannini, “Organi (teoria generale)”, in *Enciclopédia del Diritto*, Vol. XXXI, cit., pág. 45.

⁴⁹² Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 90.

⁴⁹³ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 95.

⁴⁹⁴ Maria Fernanda Maças, “A relação jurídica de emprego público”, cit., pág. 3.

⁴⁹⁵ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 90.

disciplinar mais hierarquizado e rígido do que os do sector privado. A relação de emprego público possuía caracter eminentemente ético, e a situação especial de dependência, que resultava da desigualdade das partes, em que se encontrava estendia-se à própria vida privada do agente, mesmo que não houvesse qualquer ligação funcional entre esta e o cargo exercido. A interferência na vida privada do agente era entendida como uma consequência natural do facto de o dever de fidelidade constituir a principal obrigação do funcionário público. Tal dever servia de fundamento para, *v.g.*, a negação de opção partidária, restrição à liberdade de expressão, proibição de críticas aos serviços, autorização prévia para candidatura a eleições políticas. Ao contrário, no contrato individual de trabalho, o dever de lealdade não abrangia, em regra, os aspectos da vida privada ou política do trabalhador⁴⁹⁶.

Além do mais, como o particular era tratado como parte integrante daquele ente público tal originou que esta relação de emprego condicionasse globalmente a liberdade jurídica do agente e não apenas a sua esfera estritamente profissional, impedindo assim que fosse atribuído a tal vínculo natureza obrigacional⁴⁹⁷.

A doutrina clássica atribuía natureza não patrimonial à relação de emprego público. Esta doutrina sustentava que o carácter não patrimonial do emprego público radicava na natureza indemnizatória da retribuição recebida. Assim, em face da natureza da actividade do agente, a retribuição auferida não correspondia a uma contrapartida pelo seu trabalho, mas uma indemnização, ou, quando muito seria uma prestação de carácter alimentar que, embora relacionada com o trabalho efectuado, se fundava na obrigação do Estado garantir a subsistência dos seus agentes. Em qualquer uma destas situações, a retribuição não se apresentava como uma contraprestação, mas antes como uma compensação através da qual se pretendia reembolsar as despesas efectua-

⁴⁹⁶ Maria Fernanda Maçãs, “A relação jurídica de emprego público”, cit., pág. 3.

⁴⁹⁷ Cfr. Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 90-91. De diferente modo, no contrato de trabalho, a lealdade exigida ao trabalhador não abrangia, em regra, os aspectos da sua vida privada ou política, mas apenas o dever de não concorrência e de sigilo profissional, os quais tinham por finalidade garantir as vantagens patrimoniais que o empregador visava obter com o recurso à prestação do trabalhador. No entanto, com a evolução normativa entretanto ocorrida afirmou-se progressivamente a natureza sinalagmática de retribuição, adquirindo cada vez maior consistência a ideia de corresponsividade entre a prestação de trabalho e a remuneração (no direito português esse princípio está consagrado pela alínea a), do n.º 1, do artigo 59.º da CRP), levando, assim, gradualmente à patrimonialização do emprego público, *ibidem*, pág. 101-107 (e nota n.º 323 e 324).

das, ou as perdas ocorridas, no âmbito da profissão de cada agente, por forma a permitir que este se dedicasse à função. Assim, enquanto a relação de emprego privada possuía conteúdo eminentemente patrimonial e a subordinação que a caracterizava se esgotava, em regra, no âmbito da prestação de trabalho, o emprego público possuía carácter fundamentalmente ético, pelo que a situação de dependência que lhe era inerente se estendia à própria vida privada do agente⁴⁹⁸.

O vínculo estatutário gozava de uma vocação de estabilidade, quase vitaliciedade, reclamada por exigências de continuidade dos serviços, independentemente de flutuações políticas e governativas, e por exigências de bom funcionamento dos serviços⁴⁹⁹. Esta tendência para a vitaliciedade da relação de emprego só seria interrompida no caso de morte, aposentação ou aplicação de uma sanção disciplinar ao funcionário, consistindo todas estas causas em causas subjectivas de extinção do vínculo estatutário, não sendo à data, pois, admitidas causas objectivas de cessação.

4.2. *Crise do modelo clássico estatutário de emprego público*

Este modelo clássico que considerava o funcionário público como um servidor submisso à Administração, sujeito a uma particular relação de dependência hierárquica e a um amplo dever de fidelidade, foi superado por razões de vária ordem⁵⁰⁰. Deste modo, com a entrada no Estado de Direito Social, vem a ocorrer uma aproximação entre o trabalho público e privado decorrente fundamentalmente da democratização da sociedade política⁵⁰¹, do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores da Administração Pública com a Constituição de 1976, sobretudo de direitos colectivos, e do ingresso no universo do Estado de um conjunto de efectivos que em muito se assemelham aos assalariados. Tudo isto levou a doutrina a apontar a falência e superação do modelo tradicional do emprego público⁵⁰², o

⁴⁹⁸ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 101-107 (e nota n.º 323 e 324).

⁴⁹⁹ Maria Fernanda Maçãs, “A relação jurídica de emprego público”, cit., pág. 4.

⁵⁰⁰ Continuamos a acompanhar, Maria Fernanda Maçãs, “A relação jurídica de emprego público”, cit., pág. 4.

⁵⁰¹ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 99, nota n.º 288.

⁵⁰² Também para mais desenvolvimentos sobre a crise do modelo clássico de em-

qual entendia a *função pública* como um mundo diferente e distante do trabalho privado, e a questionar a razão de ser do regime estatutário, e a questionar se o funcionário público não se teria convertido num mero trabalhador da Administração Pública, e nessa medida, devia ver a sua relação ser disciplinada pelo direito laboral comum⁵⁰³.

Em primeiro lugar, aponta-se o reconhecimento universal dos direitos dos trabalhadores, que se revela incompatível com o regime do modelo clássico tradicional. Agora, quando o trabalhador ingressa nos quadros da Administração não perde a qualidade de cidadão e de trabalhador, continuando a gozar da sua autonomia e dos direitos que lhe são inerentes. Havendo, por princípio, uma tendencial equiparação entre os trabalhadores do sector privado e do sector público, para efeitos de reconhecimento a estes últimos trabalhadores dos direitos que a Constituição enuncia como direitos fundamentais dos trabalhadores. No entanto, é certo que esta equiparação, de princípio, não impede o reconhecimento das especificidades no regime do emprego público, que não só justificam o seu regime diferenciado, como podem também determinar restrições, quando exercidos por trabalhadores públicos, no exercício de alguns dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Aliás, a Constituição admite expressamente a restrição de direitos colectivos de algumas categorias específicas de trabalhadores públicos, como os militares, agentes militarizados e os agentes dos serviços e forças de segurança, embora na estrita medida das exigências das suas funções próprias (cfr. artigo 270.º da CRP)⁵⁰⁴. Deste modo, os funcionários públicos mantêm a titularidade de direitos, ainda que a especificidade estatutária derivada da relação *especial* em que se encontram inseridos possa exigir restrições aos direitos fundamentais⁵⁰⁵.

Por sua vez, ao aceitar-se a juridicidade do âmbito interno da Administração, passa a reconhecer-se que os direitos fundamentais tam-

prego público, *vide* Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 109 e sgs.

⁵⁰³ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 38, 40-41.

⁵⁰⁴ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 454.

⁵⁰⁵ Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, pág. 466-467. Porém, quanto a estas restrições de direitos fundamentais refere Gomes Canotilho, que “[a]s restrições de direitos fundamentais justificadas com base numa relação especial de poder, mas sem fundamento expresso na Constituição, só podem ser aceites na medida do estritamente necessário à salvaguarda de bens constitucionalmente positivados e expressamente defendidos pelas instituições onde se desenvolvem estas relações”, (*ibidem*, pág. 466-467).

bém são aplicáveis às relações especiais de poder⁵⁰⁶. A relação especial de poder a que se encontram sujeitos os funcionários públicos deixa de ser vista como o era pela concepção clássica do emprego público como espaço livre de direito⁵⁰⁷, passando a desdobrar-se entre *relação de serviço* e *relação orgânica*⁵⁰⁸. Deste modo, as relações especiais de poder passam a ser juridicamente reguladas distinguindo-se, na relação do agente com a Administração, uma dupla relação: aquela em que o indivíduo se relaciona com a Administração como sujeito autónomo, disponibilizando a sua força de trabalho ao serviço dos fins públicos mediante determinada contrapartida remuneratória (a *relação de serviço* ou *relação fundamental*), e aquela que o perspectivará, num plano interno, na qualidade de órgão destinatário de directrizes ordenadas à concretização do interesse público (*relação orgânica* ou de *funcionamento*). Na relação de serviço, o agente é encarado como trabalhador subordinado sobre o qual recai o dever de prestar decorrente de um vínculo de natureza patrimonial, e engloba os aspectos com repercussões imediatas na esfera do agente, designadamente os relativos à constituição, desenvolvimento e extinção do vínculo de emprego ao estatuto em causa. Na relação orgânica, o agente é encarado como elemento inserido num organismo público, onde desempenha uma função administrativa, e a disciplina aplicável é maioritariamente integrada ou complementada por regulamentos internos (circulares, instruções), cuja eficácia se esgota no âmbito interno da Administração. A sujeição do agente público a uma relação tradicional designada de relação especial de poder⁵⁰⁹, traz importantes consequências para o regime da *função pública*,

⁵⁰⁶ Vasco Pereira da Silva, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, cit., pág. 96.

Referindo este autor que o reconhecimento de que as relações internas possuem natureza jurídica, levou a que a doutrina alemã tenha rejeitado a denominação de “relação especial de poder”, dado o seu sentido equívoco e erróneo, preferindo falar-se hoje antes em “relações administrativas especiais”, ou de “estatuto especial” (*ibidem*, pág. 96).

⁵⁰⁷ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pág. 466, nota n.º 35, e Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 103.

⁵⁰⁸ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 39.

⁵⁰⁹ A expressão “relações especiais de poder” contrapor-se-ia a expressão de “relações gerais de poder”. Mas como, bem nota Vieira de Andrade, apesar de ultrapassada no seu sentido, e da tentativa de a substituir pelas expressões de “estatutos especiais” ou “relações jurídicas especiais”, continua a ser de uso corrente (cfr. Vieira de Andrade, *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., pág. 293). A relação especial de poder é uma concepção de origem germânica, da qual Otto Mayer foi o expoente máximo (cfr. Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*,

principalmente no que tange a restrições das garantias e direitos dos agentes⁵¹⁰. Enquanto a concepção clássica de relação especial de poder entendia que os funcionários públicos não adquiriam verdadeiros direitos em face do Estado, existindo uma voluntária renúncia daqueles aos direitos fundamentais, gozando apenas de certas prerrogativas⁵¹¹

cit., pág. 199). Otto Mayer formulou o conceito clássico de relação especial de sujeição baseado em uma acentuada dependência para os que entram na estrutura administrativa, estabelecida em favor dos fins da Administração Pública (cfr. Otto Mayer, *Direito Administrativo Alemão*, Vol. I, *apud* Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa, *La función pública como relación especial de derecho administrativo*, Almeida e Leitão, Porto, 2000, pág. 76). De facto, sobretudo na Alemanha, a doutrina largamente dominante excluía as relações especiais de poder do próprio mundo jurídico e naturalmente, também do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais. Na realidade, pode afirmar-se até que a figura das relações especiais de poder foi criada para subtrair esses domínios, considerados internos da Administração, ao princípio da legalidade e à intervenção dos tribunais (cfr. Vieira de Andrade, *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., pág. 294, e nota n.º 74). De acordo com a concepção clássica de relação especial de poder entendia-se que o agente não adquiria verdadeiros direitos em face do Estado, apenas gozava de certas prerrogativas instituídas em prol da prossecução do interesse público e que poderiam, a qualquer momento, ser revogadas unilateralmente (cfr. Luísa Cristina Pinto e Netto, *A Contratualização da Função Pública*, cit., pág. 221). Entendendo-se que existia uma voluntária renúncia dos funcionários públicos a direitos fundamentais. Ao contrário do defendido pela doutrina clássica das relações especiais de poder, os funcionários públicos que são regidos por estatutos especiais não renunciam a direitos fundamentais, nem se vinculam voluntariamente a qualquer estatuto de sujeição, produtor de uma *capitis deminutio*. Trata-se tão-somente de relações de vida disciplinadas por um estatuto específico. Este estatuto, porém, não se situa fora da esfera constitucional, desde logo porque as pessoas sujeitas a estatutos especiais mantêm a titularidade de direitos, ainda que a especificidade estatutária possa exigir restrições aos direitos fundamentais (artigo 270.º da CRP), cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., 2003, pág. 466-463. À partida todos os indivíduos, seja qual for a situação em que se encontrem, gozam de todos os direitos fundamentais. Mas, deve admitir-se que a ordenação de certos sectores de relações especiais entre os indivíduos e o poder, como é o caso dos funcionários públicos perante a Administração, possa justificar restrições, também especiais, de alguns dos direitos (cfr. Vieira de Andrade, *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., pág. 293). As restrições de direitos fundamentais justificadas com base numa relação especial de poder, terá em princípio fundamento expresse na Constituição. Quando não tenha este fundamento expresse, só podem ser admitidas na medida do estritamente necessário à salvaguarda de bens constitucionalmente positivados e expressamente defendidos pelas instituições onde se desenvolve estas relações (cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pág. 466-467). Ou, por outras palavras, vale apenas na medida do estritamente necessário para assegurar a realização dos objectivos das instituições respectivas, no caso da *função pública*, à realização eficiente das tarefas públicas (cfr. Vieira de Andrade, *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., pág. 294-295).

⁵¹⁰ Cfr. Luísa Cristina Pinto e Netto, *A Contratualização da Função Pública*, cit., pág. 223.

⁵¹¹ Cfr. Luísa Cristina Pinto e Netto, *A Contratualização da Função Pública*, cit., pág. 221.

que poderiam ser modificadas unilateralmente por este a qualquer altura em nome do interesse público, já após a superação daquela concepção passa a considerar-se que apesar daqueles continuarem submetidos a estatutos especiais, esta subordinação não se traduz uma renúncia aos seus direitos fundamentais, apenas se encontram disciplinados por um estatuto específico. Deste modo, a partir da constitucionalização dos direitos fundamentais de todos os trabalhadores, a doutrina prefere falar em *relações jurídicas especiais* ou *estatutos especiais*, que não traduzem uma qualquer renúncia de direitos, mas um acréscimo de deveres ou obrigações relativamente aos que impedem sobre o cidadão em geral⁵¹².

A caracterização do estatuto da *função pública*, a partir do momento em que a *relação especial de poder* se passa a desdobrar em relação orgânica e relação de serviço, passa a apresentar alguma complexidade, porquanto compreende duas relações ou dois elementos cuja harmonização envolve algumas dificuldades. Esta dualidade jurídica encerra uma tensão entre estruturas e lógicas jurídicas distintas ou mesmo de sinal oposto⁵¹³. Pelo que, o estatuto deverá reproduzir a tensão dialéctica entre o interesse colectivo na eficiência da Administração e a necessidade de garantir os legítimos interesses daqueles que a servem⁵¹⁴.

Esta dualidade de interesses e de estruturas jurídicas confere um carácter peculiar à relação de emprego público, numa lógica bastante diversa daquela em que assenta o contrato de trabalho no regime laboral comum⁵¹⁵. Liberal Fernandes nota que “o facto de a relação de emprego público constituir um instrumento do exercício da autoridade administrativa, de os agentes do Estado estarem subordinados à realização do interesse público e de permanecerem submetidos a um dever de actuar, não segundo uma lógica individualista, mas tendo em vista a realização dos fins institucionais da Administração, constituem factores susceptíveis de subalternizar a natureza laboral que aquele vínculo encerra e, por conseguinte, de afastar deste domínio a tutela especificamente prevista para o trabalhador subordinado”⁵¹⁶. Assim, o estatuto da *função pública* passa a traduzir-se, desde a superação do modelo clássico de emprego público, numa síntese da tensão dialéctica

⁵¹² Maria Fernanda Maçãs, “A relação jurídica de emprego público”, cit., pág. 5.

⁵¹³ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 148.

⁵¹⁴ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 214.

⁵¹⁵ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 12.

⁵¹⁶ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 114.

entre as exigências da condição de trabalhador com as exigências da prossecução do interesse público, ou seja, entre a relação de serviço e a relação orgânica⁵¹⁷.

O que mais releva como específico na relação de emprego público é a subordinação do agente à prossecução do interesse público e a sua participação no exercício de funções da entidade empregadora pública, pelo que, a especificidade do estatuto do emprego público há-de ser ditada mais pela relação orgânica do trabalhador, do que pela relação de serviço.⁵¹⁸ Neste sentido, Celso António Bandeira de Mello, entendeu que o regime normal dos servidores públicos tinha que ser o estatutário, porque somente este era concebido para atender a peculiaridades de um vínculo no qual não se poderiam levar em conta somente interesses laborais, mas em que eram relevantes e determinantes os interesses públicos envolvidos, afinal os agentes são os próprios instrumentos da actuação do Estado⁵¹⁹. Também Cármen Lúcia Antunes Rocha apesar de admitir que, cada vez mais, a condição de trabalhador passava a importar na caracterização do estatuto dos agentes públicos, afirmava que a ideia de servir à prossecução do interesse público era mais relevante na determinação da situação jurídica, em detrimento da condição do trabalhador⁵²⁰.

Por sua vez, a situação profissional dos funcionários para a concepção clássica do emprego público era considerada um *problema interno ou de organização do ente público*⁵²¹, sendo os agentes administrativos considerados numa relação especial de sujeição, marcada por uma espécie de *capitis deminutio* em termos de reconhecimento de direitos

⁵¹⁷ Como sublinha Cláudia Viana, que “o modelo [de função pública] actual tem consistido na submissão do pessoal a um estatuto próprio e específico, constituindo uma fórmula que combina ou concilia as condições da prestação de trabalho profissional com as exigências resultantes da prossecução do interesse público pela organização administrativa”, cfr. Cláudia Viana, “O conceito de funcionário público – tempos de mudança”, in *Revista de Estudos Politécnicos*, 2007, Vol. V, n.º 8, pág. 9.

⁵¹⁸ Também neste sentido, Paulo Veiga e Moura refere “[o] estatuto da função pública reproduz, por isso, a tensão dialéctica entre o interesse público na eficiência da Administração e a necessidade de garantir os legítimos interesses daqueles que a servem”, cfr. Paulo Veiga e Moura, *Função Pública*, cit., pág. 250, nota n.º 558.

⁵¹⁹ Celso António Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 30ª ed., Malheiros, São Paulo, 2013, pág. 266.

⁵²⁰ Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios constitucionais dos servidores públicos*, Saraiva, São Paulo, 1999, pág. 56-57.

⁵²¹ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 79.

e de tutela das suas posições jurídicas, o que permite explicar que a primeira forma de solução dos conflitos que apunham aqueles à Administração se limitasse ao interior desta, não lhes sendo permitido levar o conhecimento daqueles litígios perante os órgãos jurisdicionais⁵²². Porém, ao contrário do ultrapassado modelo clássico do emprego público, passa a resultar da Constituição que aos agentes administrativos, enquanto trabalhadores e cidadãos, deve ser reconhecido o direito fundamental à tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, passando os litígios emergentes da relação de emprego público julgados pelos Tribunais Administrativos e Fiscais (cfr. n.º 3, artigo 212.º, e n.º 4, do artigo 268.º, da CRP)⁵²³.⁵²⁴

Por seu turno, foi superada a ideia vigente na concepção clássica que entendia que a vinculação dos funcionários ao interesse público afectava ou limitava a vida privada e às actividades extrafuncionais daqueles, passando a entender-se, após a revisão constitucional de 1982, que a vinculação ao interesse público só afecta os trabalhadores da Administração Pública, quando *no exercício das suas funções* (cfr. n.º 1, do artigo 269.º, da CRP), não podendo, a partir deste momento considerar-se que esta vinculação afecta ou limita a vida privada ou o exercício dos direitos quando fora delas dos funcionários públicos⁵²⁵.

O interesse público deve presidir e nortear a disciplina jurídica da *função pública*. No entanto, com a superação da concepção clássica do emprego público deve considerar-se ultrapassada a tradicional ideia de que a *função pública* deveria ser um campo onde somente se deveria ter em conta o interesse público, deixando de lado os interesses privados, pelo que, a partir da superação daquele modelo clássico deve

⁵²² Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, pág. 266.

⁵²³ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 266.

⁵²⁴ Nos termos do artigo 12.º da LTFP são da competência dos tribunais administrativos os litígios emergentes do vínculo de emprego público. No entanto, de realçar que continua a inexistir um processo judicial próprio e autónomo para resolução de litígios emergentes das relações de emprego público, visto que o contencioso administrativo não conhece sectores especializados, pelo que, pelo que este tipo de litígios segue o modelo comum, sem prejuízo da existência de algumas normas específicas e próprias para o contencioso dos trabalhadores públicos (*v.g.*, n.º 3, do artigos 56.º; n.º 2, do artigo 151.º; e alínea d) do n.º 1, do artigo 180.º, da Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, que aprovou o Código de Processo nos Tribunais Administrativos). Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 266, e Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 139-141.

⁵²⁵ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 269.º, pág. 840.

admitir-se que embora reconhecendo sempre a supremacia do interesse público, não se deve sempre sacrificar todo e qualquer interesse privado. Tal ideia baseava-se na tradicional noção, que deve ter-se por superada, acerca da oposição entre interesse público e interesses privados, segundo a qual estes são interesses inconciliáveis e excludentes, de essência distinta⁵²⁶. Claro que não havendo forma de conciliar, em determinada situação, um interesse público legítimo com interesses privados, continuou, baseado numa ponderação razoável, a prevalecer o interesse público, para bem da própria comunidade.

Embora não se tenha pretendido alocar no mesmo patamar o interesse público e o interesse privado, passou a destacar-se que a relação de convivência entre interesses públicos e privados não tinha que ser uma relação de exclusão e de necessária contraposição⁵²⁷. Pois, entendeu-se que a supremacia do interesse público deveria afirmar-se, mas com o menor sacrifício possível dos interesses privados envolvidos (estando aqui incluídos também interesses legalmente protegidos dos agentes públicos), procurando encontrar soluções que não deixem de prosseguir o interesse público, mas que na medida do razoável causem a menor restrição possível aos interesses privados abrangidos⁵²⁸.

O que acaba de ser afirmado não significou, no entanto, que a subordinação dos trabalhadores da Administração Pública ao interesse público, consagrada no n.º 1 do artigo 269.º da CRP, tenha passado a ser uma expressão inócua, já que, como referia Liberal Fernandes, “[a] pesar das semelhanças entre o emprego no sector privado e o do sector público, continuam a subsistir diferenças entre os dois regimes, a que não é alheio o princípio da submissão do emprego público à realização do interesse público”⁵²⁹. Pelo que, se manteve, após a superação do modelo clássico, a natureza pública da entidade empregadora, e o carácter instrumental da relação de emprego público aos fins institucionais e públicos da

⁵²⁶ Luísa Cristina Pinto e Netto, *A Contratualização da Função Pública*, cit., pág. 136.

⁵²⁷ Luísa Cristina Pinto e Netto, *A Contratualização da Função Pública*, cit., pág. 138. Bachof escreveu que o direito privado também serve o interesse público e mais, que o interesse público e interesse privado não se excluem, mas frequentemente “andam a par ou em situação de mistura” (“Gemengelage”). Cfr. Otto Bachof, “Über öffentliches Recht”, in *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgericht*, Bachof/Heigl/Redeker (orgs.), Ed. C.H. Beck, München, 1978, pág. 16.

⁵²⁸ Trata-se na verdade do princípio da proporcionalidade. Cfr. Luísa Cristina Pinto e Netto, *A Contratualização da Função Pública*, cit., pág. 136.

⁵²⁹ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 112 e 144.

Administração, pelo que, os critérios mobilizados por esta concepção para distinguir emprego público de emprego privado continuaram a manter-se válidos.

Por outro lado, a massificação de servidores que surge associado com o aumento de funções do Estado Social de Direito inerentes às múltiplas e novas funções estaduais veio abrir as “portas” da Administração Pública a um conjunto de trabalhadores cujas funções não contendem com o exercício de autoridade e que não se diferenciam das que poderiam desenvolver no sector privado, lançando definitivamente a discussão em torno da delimitação dos trabalhadores que devem estar sujeitos a um estatuto público. Esta similitude de funções leva a que se comece a reivindicar para o âmbito estadual alguns direitos, sobretudo de natureza colectiva, reconhecidos à generalidade dos trabalhadores do sector privado — assim, àqueles foi sendo reconhecido o direito à greve, à liberdade sindical, à negociação colectiva, direitos que eram inicialmente previstos no âmbito do contrato individual de trabalho⁵³⁰ —, o que, associado à difusão do princípio democrático no sector, e à constitucionalização dos direitos fundamentais, acaba por alterar o figurino tradicional do emprego público, causando uma crise na identidade da relação de emprego público.⁵³¹

A distância que separava tradicionalmente a relação de emprego público e de emprego privado tem vindo a desvanecer-se. Para a aproximação dos dois regimes contribuiu também a necessidade de revitalizar a Administração Pública, em nome da eficiência e eficácia, tendo-se desenvolvido uma forte atracção do legislador pelo direito privado como solução para todos os problemas da Administração, o que trouxe consequências a nível da disciplina que rege as relações entre a Administração e os seus agentes⁵³². Se inicialmente, o estatuto privativo do sector público constituía um pólo de atracção para os trabalhadores do sector privado, passa depois a verificar-se o fenómeno inverso, como veremos melhor *infra*⁵³³.

Por esta altura, a prossecução do interesse público começou a deixar de constituir monopólio da Administração Pública, pois com o movimento de *privatização* da Administração Pública começaram a sur-

⁵³⁰ Maria Fernanda Maçãs, “A relação jurídica de emprego público”, cit., pág. 5.

⁵³¹ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 38, 40-41.

⁵³² Maria Fernanda Maçãs, “A relação jurídica de emprego público”, cit., pág. 5.

⁵³³ Maria Fernanda Maçãs, “A relação jurídica de emprego público”, cit., pág. 5.

gir entidades privadas a colaborar com a Administração na realização do interesse público⁵³⁴, e esta passou a recorrer cada vez mais ao direito privado, vindo o legislador a considerar o recurso a este direito como um modo de concretização mais célere e eficaz das necessidades colectiva⁵³⁵.

Na sequência da constitucionalização dos direitos fundamentais de todos os trabalhadores, vem a consagrar-se a autonomia colectiva dos trabalhadores da *função pública*, ainda que nesta altura apenas na modalidade do direito de negociação colectiva. Pelo que, passaram estes trabalhadores a ter legitimidade para participar na definição da disciplina que interferisse directamente com as suas condições de trabalho, em especial a que envolvesse aspectos patrimoniais da relação de emprego. No entanto, nesta altura, os funcionários continuavam a não poder celebrar instrumentos de regulamentação colectiva, mantendo-se, assim, a negação a estes de um verdadeiro direito de contratação colectiva⁵³⁶.

⁵³⁴ Vide, a este propósito, Pedro Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Dissertação de Doutoramento, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2005.

⁵³⁵ Maria Fernanda Maçãs, “A relação jurídica de emprego público”, cit., pág. 6.

⁵³⁶ A celebração de contratos colectivos de trabalho, no nosso ordenamento jurídico, sempre esteve associada à existência de uma contrato de trabalho e como forma de regulamentar o conteúdo da situação jurídica dele emergente. No período corporativo, o Estatuto do Trabalho Nacional, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 23.048, de 23 de Setembro, de 1933, não admitia que os funcionários públicos e das corporações administrativas, bem como os operários dos quadros permanentes pudessem constituir sindicatos privativos ou fazer parte de quaisquer organismos corporativos (cfr. artigo 39.º quanto a funcionários, e artigo 36.º quanto a operários). Assim, se impedia que fossem celebrados contratos colectivos relativos a estes trabalhadores. De forma consentânea, a Lei n.º 1.952, de 10 de Março de 1937, bem como os Decretos-Leis n.º 36.173, de 6 de Março, e n.º 49.212, de 28 de Agosto de 1969 (este último alterado pelo Decreto-Lei n.º 492/70, de 22 de Outubro), os quais previam a possibilidade e haver contratos e acordos colectivos para regular as cláusulas e condições do contrato de trabalho, estavam imbuídos de uma concepção de estrita separação entre os trabalhadores com contrato de trabalho e os funcionários públicos, não se colocando, pois, em relação a estes últimos a questão da contratação colectiva (cfr. Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 270). Após a mudança de regime ocorrida em 1974, a primeira lei que regulou sistematizadamente as relações colectivas de trabalho foi o Decreto-Lei n.º 164-A/76, de 28 de Fevereiro. Este diploma vem prever no seu n.º 5 do artigo 1.º “[o] regime jurídico da regulamentação colectiva de trabalho para os trabalhadores do Estado, das autarquias locais, institutos de direito público e pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública será objecto de diploma específico dos Ministérios das Finanças, da Administração Interna e do Trabalho”, abrindo assim a possibilidade de haver contratação colectiva também para os funcionários da Administração Pública, e não só para os outros trabalhadores. Com a

Nesta óptica, a nova realidade jurídica começa a colocar em causa o monopólio regulamentador que o Estado usufruía historicamente na definição da disciplina da relação de emprego público⁵³⁷.

4.3. *Superação do modelo clássico e novo momento de crise do modelo estatutário*

O modelo estatutário clássico foi, pois, superado a partir do momento em que se reconheceu a existência de direitos fundamentais aos trabalhadores da Administração Pública, e se admitiu que as suas relações especiais de poder são reguladas pelo direito. Contudo, apesar de com a Constituição de 1976 se ter superado o modelo clássico estatutário, pode afirmar-se que pelo menos até à entrada em vigor em pleno da LVCR, a 1 de Janeiro de 2009, continuou ainda a existir um modelo estatutário *de função pública*, ainda que já não naquele sentido tradicional como quando surgiu. Assim, apesar de a relação de empre-

entrada em vigor da Constituição de 1976, alguns meses mais tarde, aquele diploma legal é alterado pelo Decreto-Lei n.º 887/76, de 29 de Dezembro, que com a justificação de que era necessário afastar do regime geral das relações colectivas de trabalho, “os aspectos que a Constituição reserva à competência legislativa da Assembleia da República” (Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 887/76, de 29 de Dezembro), determina — vindo dar nova redacção ao n.º 2, do artigo 1.º, do Decreto-Lei n.º 164-A/76 — que o sistema de contratação colectiva “não se aplica aos funcionários e agentes do Estado, autarquias locais e serviços municipalizados, os quais serão objecto de lei especial, nos termos da alínea m) do artigo 167.º da Constituição da República Portuguesa”. Esta alínea na redacção original da Constituição determinava que o regime e âmbito da função pública e responsabilidade civil da Administração constituíam reserva exclusiva da Assembleia da República, assim se explicando a alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 887/76. O Decreto-Lei 519-C1/79, de 29 de Dezembro, que estabeleceu o regime jurídico das relações colectivas de trabalho, revogando o Decreto-Lei n.º 164-A/76, de 28 de Fevereiro, manteve, essencialmente, a mesma solução (cfr. n.º 2, do artigo 1.º). A Lei n.º 10/83, de 13 de Agosto, vem autorizar o Governo a legislar em matéria de *regime da função pública*, regulamentando o direito de negociação dos trabalhadores da Administração Pública relativamente às suas condições de trabalho. Na sequência desta autorização legislativa, surgiu o Decreto-Lei n.º 45-A/84, de 3 de Fevereiro, o qual pretendeu também dar cumprimento ao compromisso internacionalmente assumido pelo Estado Português ao ratificar, através da Lei n.º 17/80, de 15 de Agosto, a Convenção n.º 151 da Organização Internacional do Trabalho — Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 45-A/84, de 3 de Fevereiro. O Decreto-Lei n.º 45-A/84, vem prever, pela primeira vez, o direito de negociação colectiva dos trabalhadores da Administração Pública, ainda que de forma limitada. Cfr., neste ponto seguimos de perto, Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 270-273.

⁵³⁷ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 140-141.

go público, depois da constitucionalização dos direitos fundamentais de todos os trabalhadores, se ter desdobrado entre *relação de serviço* e *relação orgânica*, o direito administrativo, demonstrando capacidade expansiva para abarcar essas duas relações, continua a disciplinar as relações de emprego público. Pelo que subsiste *o estatuto da função pública*, o qual passa a traduzir a tensão dialéctica entre aquelas duas relações, a orgânica e a de serviço, respectivamente, entre o interesse colectivo na eficiência da Administração e a necessidade de garantir os legítimos interesses daqueles que a servem. Assim, após a superação daquele modelo clássico da *função pública*, mantém-se um regime estatutário para os funcionários públicos, independentemente do tipo de funções que exerciam (quer de autoridade, quer funções de carácter predominantemente técnico). Continuando o vínculo daqueles *funcionários* públicos a ser constituído unilateralmente por decisão administrativa, intervindo a sua vontade apenas como condição de eficácia do acto administrativo de nomeação, permanecendo aqueles sujeitos a um regime fixado na sua totalidade unilateralmente, por lei ou regulamento. Além de que, apesar da consagração de um direito à negociação colectiva, continua a ser negado aos funcionários públicos um verdadeiramente direito à contratação colectiva, e perdura a negação da consagração de causas objectivas de cessação do vínculo destes funcionários (cfr. Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de dezembro).

Contudo, com a entrada em vigor da LVCR, e com as alterações legislativas por ela introduzidas, vem a surgir, segundo cremos, um segundo momento de crise no modelo estatutário do emprego público subsistente, vindo-se a suscitar a dúvida sobre qual será a natureza do regime que disciplina actualmente o emprego público: se de direito (laboral) privado ou de direito (laboral) administrativo. É que, com a entrada em vigor em pleno da LVCR, foram introduzidas alterações tão profundas na relação de emprego público, que alguns consideram que ocorreu a “revolução copernicana”⁵³⁸ do emprego público. Esta vem generalizar o vínculo o contrato de trabalho em funções públicas, em detrimento do vínculo da nomeação que passa a ser excepcional no seio das relações de emprego da Administração, o qual arrasta consigo todo um conjunto de institutos e normas próprios do direito laboral

⁵³⁸ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 7.º, pág. 107

comum. Como exemplos paradigmáticos destes institutos provenientes deste ramo do direito privado destacamos, designadamente, a consagração do direito de contratação colectiva, bem como a consagração de causas objectivas de cessação, ainda que apenas para aquele vínculo de emprego público, opções que vêm a ser confirmadas pela LTFP – a qual se remete subsidiariamente para as regras do Código do Trabalho (cfr. artigo 4.º da LTFP). Entrando, segundo cremos, de novo em crise o modelo estatutário, quiçá, agora de uma forma irreversível, tornando-se legítima a questão de saber se o direito laboral comum não terá já substituído o Direito Administrativo enquanto regime disciplinador do emprego público.

Assim, a *privatização do emprego público*, que começa, como veremos, com a constitucionalização dos direitos fundamentais daqueles trabalhadores, vem a conhecer progressivamente outras formas deste fenómeno, desde logo, com o aumento da importância da figura do contrato individual de trabalho no seio do emprego público, bem como dos seus instrumentos e do seu regime jurídico⁵³⁹. Esta figura primeiramente consagrada no seio da Administração sob a forma do contrato de trabalho a termo – primeiro a termo certo, depois a termo incerto –, passa depois a ser consagrada também sob a forma de contrato de trabalho por tempo indeterminado, de forma excepcional com a Lei n.º 25/98, de 26 de Maio, depois como alternativa à nomeação na Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, até que transforma com a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, numa opção perpetuada pela Lei n.º 35/2014, 20 de Junho, na modalidade regra do emprego público, sob a denominação de “contrato de trabalho em funções públicas”, este contrato de trabalho em funções públicas vem arrastar consigo além de normas, um conjunto de institutos próprios do direito laboral comum.

Um dos institutos que por inspiração do direito laboral comum vem a ser consagrado no seio do emprego público é o direito à contratação colectiva dos trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas. Assim, a partir da entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, a fonte de direito da relação de emprego público deixa de ser exclusivamente legal ou regulamentar, passando a ser também permitido o recurso à contratação colectiva para os vínculos do contrato de trabalho em funções públicas. Fica, assim, definitivamente, o sistema de fontes

⁵³⁹ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 449-450.

do trabalho subordinado na Administração Pública impregnado de um dos aspectos específicos do Direito do Trabalho⁵⁴⁰, mas apenas para os trabalhadores com vínculo de contrato de trabalho em funções públicas (permanecendo sem possibilidade de celebrar contratos colectivos os trabalhadores com vínculos de nomeação e em comissão de serviço)⁵⁴¹.

Contudo, adiante-se, que uma análise às matérias previstas artigo 355.º, da LFTP (o qual disciplina sobre o conteúdo de instrumentos de regulamentação colectiva) deixa claro que estas matérias passam de “questões menores” no universo da disciplina jurídica do emprego público^{542_543}. Pelo que, como veremos, o reconhecimento do direito de contratação colectiva não obsta a que as bases fundamentais do regime da *função pública* continuem a ser por determinação constitucional fixadas de forma unilateral pela lei (cfr. alínea t), do n.º 1, do artigo 165.º da CRP, e artigo 3.º da LFTP).

Outros dos institutos importados do direito laboral comum consiste na consagração de causas objectivas de cessação do contrato de trabalho em funções públicas, o que acontece com a entrada em vigor da LVCR, e do RCTFP, numa solução mantida pela actual LFTP. Esta previsão vem abalar o tradicional pilar da estabilidade na *função pública*. Contudo, uma vez, que está previsto, e regulamentado, legislativamente para o emprego público o processo da requalificação, em que durante o prazo de um ano a Administração tenta recolocar o trabalhador, só depois caso tal não seja possível cesse o contrato, ainda se pode afirmar que a estabilidade é maior no emprego público do que no privado, onde tal processo não existe.

Além destes institutos que surgem no universo do emprego público por inspiração do direito laboral comum, o legislador ordinário deixa antever a continuação da sua atracção por este direito laboral privado quando na Lei n.º 35/2014, contrariamente ao objectivo desta lei – o de colocar fim à proliferação de leis que regulam o emprego público – vem remeter uma parte da disciplina do emprego públi-

⁵⁴⁰ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 319.

⁵⁴¹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 244 e 324.

⁵⁴² Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 3.º, pág. 93.

⁵⁴³ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 3.º, pág. 93.

co supletivamente para o Código do Trabalho (artigo 4.º da LTFP). Adiante-se que entendemos que melhor teria andado o legislador se tivesse disciplinado directamente todo o regime do emprego público.

Toda esta influência do direito laboral privado no seio do emprego público, quer através da adopção dos seus institutos quer das suas normas, vem colocar de novo em crise o modelo estatutário do emprego público, e torna legítima a questão de saber se perante tamanha aproximação entre os regimes dos empregos público e privado, o direito laboral privado não terá já substituído o Direito Administrativo enquanto regime disciplinador do emprego público, tendo-se tornado o regime deste emprego num regime especial pertencente àquele – pretendemos responder a esta questão ao londo desta dissertação, mas sobretudo, no último capítulo, da *Parte II* desta dissertação. De seguida, vamos tentar descortinar se se mantém alguns dos aspectos, tradicionalmente existentes, distintivos da relação de emprego público face à relação de emprego privado.

4.4. *Manutenção de aspectos distintivos da relação de emprego público*

Se é verdade que a relação jurídica de emprego público apresenta pontos de união ou aproximação com o emprego do sector privado, não se pode negar que continuam a persistir diferenças. A presença de elementos comuns às relações jurídicas de emprego público e emprego privado não dilui a identidade da primeira. Os elementos de aproximação apontados não podem fazer esquecer outras dimensões da relação jurídica de emprego público em especial⁵⁴⁴. **É que**, apesar das semelhanças existentes nos sectores públicos e privado, continuam a subsistir diferenças entre os regimes jurídicos que disciplinam aqueles sectores, a que não é alheio o princípio da submissão do emprego público à realização do interesse público (cfr. artigo 269.º, da CRP)⁵⁴⁵. Sendo, pois, por razões de interesse público que a Administração, e os seus trabalhadores, estão subordinados à Constituição, à lei, e que são impostos determinados princípios constitucionais, e que os seus funcionários e agentes estão sujeitos a um regime diferenciado relativamente aos dos demais trabalhadores privados⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ Maria Fernanda Maçãs, “A relação jurídica de emprego público”, cit., pág. 6.

⁵⁴⁵ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 112.

⁵⁴⁶ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, pág. 73.

A subordinação da actuação da Administração à lei prevista na Constituição, impondo-lhe que respeite nessa actuação um conjunto de princípios demonstra claramente a intenção daquela Lei Fundamental subordinar aquela na sua plenitude ao Direito, diferentemente do que sucede com os demais sujeitos jurídicos, nomeadamente as empresas privadas⁵⁴⁷. Se juntarmos ao fim do interesse público que a Administração Pública prossegue, bem como a subordinação da sua actuação à lei, a natureza pública daquela entidade empregadora, encontra-se justificado, segundo cremos, que o regime jurídico de todos os trabalhadores públicos, mesmo dos que exercem funções técnicas (semelhantes às que são executadas no sector privado), conheça um conjunto de modulações que não conhece o regime dos trabalhadores de uma empresa⁵⁴⁸. Pois, como ensina Paulo Veiga e Moura⁵⁴⁹, a Administração Pública não é uma entidade empresa, nem pode funcionar como uma empresa⁵⁵⁰. Com efeito, a empresa privada é uma organização voltada exclusivamente para o lucro, para a realização do interesse económico e egoístico do empresário. Já, pelo contrário, a Administração Pública é, por imperativo constitucional, uma organização unicamente orientada para a satisfação do interesse público, na qual não se conhece, na maior parte da sua actividade, qualquer coincidência entre a utilidade económica e o interesse público prosseguido. Assim, ainda que as funções exercidas pelos agentes administrativos não apresentem diferenciações, de um ponto de vista técnico, daquelas que são executadas ao serviço de um empregador privado, a *diversidade ontológica*⁵⁵¹ entre o

⁵⁴⁷ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, pág. 71.

⁵⁴⁸ Os trabalhadores da Administração Pública encontram-se sujeitos a um regime específico face aos trabalhadores do sector privado, o que não obsta a que dentro do vasto grupo dos agentes administrativos alguns conheçam, em alguns aspectos fundamentais, um regime mais intenso do que outros, como acontece, v.g., no caso dos trabalhadores no exercício de funções de autoridade em comparação com outros trabalhadores que exercem funções predominantemente técnicas. Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 94.

⁵⁴⁹ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 71.

⁵⁵⁰ Neste sentido, vide Agatino Cariola referindo que a organização administrativa apresenta-se como profundamente diversa de qualquer outra estrutura produtora de bens e serviços (cfr. Agatino Cariola, *La nozione Costituzionale di Pubblico Impiego*, Giuffrè Editore, 1991, pág. 248-249). Também, neste sentido, já Léon Duguit referindo que o Estado não deve considerar-se como um padrão capitalista, pois os funcionários realizam serviços públicos, os quais, por definição, funcionam exclusivamente no interesse da colectividade (cfr. Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tomo III, 3.ª ed., Paris, 1930, pág. 97).

⁵⁵¹ O Conselho de Estado Italiano não deixou de salientar que a diversidade onto-

emprego público e o emprego privado solicita uma disciplina jurídica diferente da existente no direito laboral comum⁵⁵².

Deste modo, apesar da aproximação do emprego público ao emprego privado, devido à natureza pública da entidade empregadora, bem como ao fim que prossegue (o interesse público), subsistem aspectos “herdados” da tradicional concepção estatutária, que singularizam o regime da *função pública* perante a relação de emprego privado, e que quanto a nós continuam a justificar um regime jurídico distinto para aquela. Sobrevivendo, deste modo, alguns dos aspectos considerados essenciais da concepção tradicional estatutária na relação de emprego público: como sejam uma estabilidade, que ainda se pode considerar acrescida para os trabalhadores do público em comparação com a dos trabalhadores privados; além de que os traços essenciais do regime do emprego público continuam a ser fixados unilateralmente pelo Estado; e este mantém a prerrogativa da alteração unilateral, por lei ou regulamento, do regime disciplinador do emprego público.

Saliente-se, desde logo, a estabilidade acrescida dos funcionários públicos. A tradicional estabilidade do Estado sempre se justificou pela necessidade deste dar condições aos seus trabalhadores que garantam a sua independência no exercício das funções, e, deste modo, assegurar a continuidade dos serviços independentemente de flutuações políticas e governativas, e os proteja de substituições determinadas por interesses privados das clientelas partidárias.

A partir de 1 de Janeiro de 2009, o tradicional pilar da estabilidade do emprego público entra em clara erosão com a consagração pelo legislador de causas objectivas de cessação da relação de emprego público quando constituída sob o vínculo do contrato de trabalho em funções públicas.

No entanto, a estabilidade no sector público de emprego ainda é superior ao que vigora no sector de emprego privado, porque naquele existe um determinado processo previsto na lei no qual, durante um determinado período de tempo (actualmente um ano), a Administra-

lógica existente entre o emprego público e o emprego privado, considerando que a mesma era uma decorrência da peculiaridade dos princípios por que se rege a Administração e da circunstância de o empregador público estar adstrito à prossecução de uma finalidade pública – cfr. Alessandra Albanese, “Il Parere del Consiglio di Stato sullo Schema di Disegno di Legge Delega per la Riforma del Pubblico Impiego”, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Ano XII, n.º 1, Parte Terza, 1993, págs. 20-41.

⁵⁵² Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 73.

ção tenta recolocar o trabalhador noutra posto de trabalho: processo de *requalificação* anteriormente designada *mobilidade especial*, só ocorrendo a cessação do contrato de trabalho em funções públicas quando tal recolocação não tenha lugar (artigo 258.º e artigo 311.º e sgs. da LTFP), este processo (e, conseqüentemente, este período de tempo) não existe no direito laboral privado.

Por outro lado, uma vez que as *bases do regime e âmbito da função pública* (cfr. t), do n.º 1, do artigo 165.º da CRP e artigo 3.º da LTFP) são matéria de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República por determinação constitucional, asseguram que o essencial do regime jurídico do emprego pública unilateralmente fixado pela lei. A delimitação das matérias a incluir nas bases do regime, apesar da competência estar a cargo do legislador ordinário⁵⁵³, nem sempre se afigurou simples, até porque a expressão *bases do regime e âmbito da função pública*, constante da alínea t), do n.º 1, do artigo 165.º da CRP, “é bastante vaga e já tem suscitado não poucas dúvidas de interpretação e aplicação”⁵⁵⁴. Durante muito tempo, não houve uma lei apelidada de *bases do regime e âmbito da função pública*, ou uma lei que na generalidade aprovasse essas bases, o que originou o surgimento de dúvidas na jurisprudência⁵⁵⁵ e na doutrina⁵⁵⁶ sobre que matérias deveriam integrar a

⁵⁵³ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág.133.

⁵⁵⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 142/85, de 30 de Julho.

⁵⁵⁵ A jurisprudência do Tribunal Constitucional (sobre a alínea t) do n.º 1 do artigo 165.º, da CRP, em situações em que estava em causa a reserva de lei formal) tendeu a considerar que tal reserva incluía apenas o estabelecimento do quadro dos princípios básicos fundamentais da regulamentação da função pública (cfr., entre outros, os Acórdãos n.ºs 142/85, 340/92, 494/99, 65/2000 e 695/2005, 607/2007, de 11 de Dezembro).

Sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional nesta matéria, *vide* Guilherme da Fonseca, “A jurisprudência constitucional sobre as Bases do Regime e o Âmbito da Função Pública”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LI, n.º 293, 2002, pág. 259-269.

⁵⁵⁶ Já na doutrina, de forma, quase consensual, se vinha defendendo que devem integrar as bases do regime e âmbito das funções públicas, para além dos princípios básicos fundamentais da função pública, outras matérias como, *v.g.*, a definição das carreiras e de categorias, entre outros, Paulo Veiga e Moura, Francisco Liberal Fernandes, Maria Fernanda Maçãs Palomar Olmeda e Sáchez Morón, (cfr. Paulo veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 101; Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 133; Maria Fernanda Maçãs, “A relação jurídica de emprego público”, cit., pág. 9; Alberto Palomar Olmeda, *Derecho de la Función Pública – Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos*, 7.ª ed., Dykinson, S.L., Madrid, 2003, pág. 175-181; Sáchez Morón, *Derecho de la función pública*, 2001, pág. 70); e Ana Fernanda Neves, “A relação jurídica de função pública e as suas particularidades”, cit., pág. 246.

reserva relativa da competência da Assembleia da República, ou seriam objecto de uma competência concorrente.⁵⁵⁷ Assim, a verdade é que o legislador só depois de muito tempo decidiu enumerar as normas que considerava que integravam as bases do regime e âmbito do vínculo de emprego público. Sendo somente em 2014, que se pode considerar que o legislador ordinário deu cumprimento expresso à alínea t), do n.º 1, do artigo 165.º, da CRP, com a entrada em vigor da LTFP, que prevê no seu artigo 3.º, com a epígrafe “Bases do regime e âmbito”, que os preceitos nele elencados constituem “normas base definidoras do regime e âmbito do vínculo de emprego público” – embora, já se tenha considerado que a LTFP não corresponde à lei de bases da *função pública* que há muito se desejava⁵⁵⁸.

Assim, devido às bases do regime da *função pública* constituírem, por determinação constitucional, matéria de reserva relativa da competência legislativa da Assembleia, o essencial do regime do emprego público continua a provir de uma fonte unilateral – da lei, e de uma lei que há-de ser tida, como já vimos, como de direito público, ou, *maxime* de Direito Administrativo.

Mantém-se também, como vem demonstrando a tradição legislativa nos últimos anos, a possibilidade do Estado, por lei ou por regulamento, modificar unilateralmente as condições de serviço, independentemente do consentimento do agente⁵⁵⁹. Esta possibilidade de

⁵⁵⁷ Neste sentido, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 340/92, de 27, de Outubro, de 1992, alertando que, “[t]odavia, porque a Assembleia da República não aprovou até agora uma lei quadro na qual se contenham, na sua globalidade, as bases gerais da função pública, nem tão pouco esta existia precedentemente no nosso ordenamento jurídico, impõe-se averiguar e estabelecer, a partir dos diversos textos legais relativos à função pública, as linhas de força estruturais da sua regulamentação, os princípios básicos que a informam e caracterizam, aí se situando a linha de separação entre o que pertence e o que não pertence à competência exclusiva da Assembleia da República (cfr. Acórdão n.º 142/85, *cit.*)”, e, também, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 162/2003, de 25 de Março de 2003, notando que “[n]a ausência de uma única, assim denominada, lei de bases sobre o regime e o âmbito da função pública, há que ter em conta diversos diplomas relativos à matéria em exame. (...) Ao abrigo desta autorização legislativa (artigo 15.º da Lei n.º 114/88, de 30 de Dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para 1989), o Governo veio a editar o Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, o qual deve ser entendido como um diploma que define bases sobre o regime e âmbito da função pública”.

⁵⁵⁸ Para uma análise crítica a esta norma que consagra as bases do regime da *função pública*, cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, *cit.*, anotação ao artigo 3.º, pág. 91.

⁵⁵⁹ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, *cit.*, anotação ao artigo 2.º do diploma preambular, e artigo 7.º, pág. 12 e 108.

modificação unilateral deriva da supremacia do Estado que tem ser sempre assegurada em nome do interesse público, sendo precisamente em nome deste interesse que se justifica que aquele possa, através de lei ou de regulamento, introduzir em qualquer momento todas as alterações consideradas necessárias e convenientes, quer na própria organização administrativa, quer no regime do emprego público.⁵⁶⁰ Referindo-se a esta possibilidade de fixação e modificação unilateral do regime da *função pública* por parte do Estado, Luísa Cristina Pinto e Netto ensina que talvez seja este o aspecto “*mais festejado do modelo estatutário*”, o qual se reputa o mais exorbitante na comparação com os modelos privados e contratuais de prestação de trabalho. Não constitui assim surpresa, que “*este seja o ponto mais desafiante e tormentoso no exercício de crítica*”⁵⁶¹ de quem pretenda a superação deste modelo estatutário de emprego público.

No entanto, embora o Estado mantenha esta importante prerrogativa da modificação unilateral do estatuto dos agentes nas suas mãos⁵⁶², alguma doutrina vem ensinando que se encontra superada a *tese clássica da livre modificabilidade de estatuto dos funcionários*⁵⁶³, pois onde haja direitos e interesses legalmente protegidos dos funcionários, ou seja, onde se encontre uma situação consolidada, deve o Estado tentar evitar-se ferir os direitos adquiridos com agentes, salvo mediante ressarcimento, com

⁵⁶⁰ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, pág. 66-67.

⁵⁶¹ Cfr. Luísa Cristina Pinto e Netto, *A Contratualização da Função Pública*, cit., pág. 148.

⁵⁶² Cfr. Luísa Cristina Pinto e Netto, *A Contratualização da Função Pública*, cit., pág. 180.

⁵⁶³ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 68-69, 213 e sgs.

Num escrito anterior, o mesmo autor referia “[é], hoje, pacífico que os funcionários e agentes são, enquanto sujeitos de uma relação jurídica de emprego com a Administração Pública, titulares de um conjunto de direitos subjectivos, e encontrando-se ultrapassada a tese da livre modificabilidade de estatutos dos funcionários, defendida por FèzasVital”, cfr. Paulo Veiga e Moura, *Função Pública*, cit., pág. 248-249 — sobre a tese da livre modificabilidade de estatutos dos funcionários, em 1915, vide Fèzas Vital, *A situação dos funcionários*, cit., págs. 67-68.

No mesmo escrito, refere ainda Paulo Veiga e Moura, lembre-se, que “[o] estatuto da função pública reproduz, por isso, a tensão dialéctica entre o interesse público na eficiência da Administração e a necessidade de garantir os legítimos interesses daqueles que a servem”. Prossegue o autor citado, “[n]ão nos parece como tal ser aceitável defender um total primado do interesse ao serviço sobre os interesses pessoais dos funcionários ou agentes, o que legitimaria a livre modificabilidade do seu estatuto. Pelo contrário, o exercício do poder organizatório da Administração Pública há-de permitir alcançar o equilíbrio suficiente entre a eficaz gestão dos interesses colectivos e os direitos dos seus funcionários e agentes”, cfr. Paulo Veiga e Moura, *Função Pública*, cit., pág. 250, (e nota n.º 559).

modificações unilaterais por motivo de interesse público⁵⁶⁴.

Subsistem, deste modo, alguns dos aspectos considerados essenciais da tradicional concepção da *função pública* na relação de emprego público, o que a distingue da relação de emprego privado, pois os trabalhadores do Estado encontram-se, como vimos, ao serviço exclusivo do interesse público, decorrendo desta sujeição um conjunto de outras especificidades, podendo considerar-se a sujeição ao interesse público como a “especificidade mãe e as outras suas descendentes”⁵⁶⁵.

Pretendemos, de seguida, dar conta das principais particularidades da relação de emprego público, que a distinguem da relação de emprego privado, e que contribuem, cremos nós, para justificar a sujeição daquela relação a um estatuto jurídico específico.

5. As especificidades da relação jurídica de emprego público face ao emprego privado

Como refere Ana Fernanda Neves⁵⁶⁶, na caracterização da relação jurídica de emprego público importa a identificação das suas especificidades. Como o Direito Administrativo regula a organização e a actividade administrativa, e como os trabalhadores integram aquela e materializam esta, são assim, objecto necessário da sua atenção.

O contraponto da relação de emprego público reside na relação de emprego privado. Como em qualquer relação jurídica de emprego, também na relação de emprego público, o trabalhador exerce uma actividade para um empregador mediante uma remuneração, pelo que, neste sentido, o direito laboral comum nem sempre lhe é indiferente, podendo os seus ensinamentos vir a ser mobilizados, designadamente para a regular⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ Para mais desenvolvimentos sobre os direitos adquiridos na *função pública*, vide Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 213-225.

⁵⁶⁵ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 75.

⁵⁶⁶ Ana Fernanda Neves, “A relação jurídica de função pública e as suas particularidades”, in *Direito Disciplinário Internacional – Estudos sobre a formação, profissionalização, disciplina, transparência, controle e responsabilidade da função pública*, Volume 1, Martha Lucía Bautista Cely e Raquel Dias da Silveira (Coord.), Editora Fórum, Belo Horizonte, 2011, pág. 239-240.

⁵⁶⁷ Neste sentido, Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 390, e nota 91; e Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, cit., anotação ao artigo 4.º, pág. 95. (nota repetida)

Apesar desta influência, entende a autora citada que, a relação jurídica de emprego público conserva a sua identidade, o que é revelado através da análise dos seus elementos nucleares e dos princípios estruturantes do seu regime⁵⁶⁸.

Deste modo, não obstante as semelhanças entre ambas, a relação de emprego público conserva características específicas que a distinguem da relação laboral comum.

Desde sempre as relações de emprego público e privado são diferenciadas pela natureza jurídica dos empregadores em causa, e dos interesses que cada um deles prossegue⁵⁶⁹. Assim enquanto na relação de emprego público a entidade empregadora é pública (a Administração Pública) e esta prossegue o interesse público, já na relação de emprego privado o empregador tem natureza privada, sendo geralmente um empresário, e prossegue interesses privados (visa-se, por regra, o lucro)⁵⁷⁰.

i) Do exposto resulta que, apesar da aproximação que tem vindo a sofrer a relação jurídica de emprego público da relação laboral comum, aquela mantém a sua identidade, e um conjunto de especificidades. Pois, da sujeição do emprego público ao interesse público derivam um conjunto de outras especificidades, numa relação do tipo de *especificidade mãe* e suas *descendentes*⁵⁷¹. Estas características específicas do emprego público vêm distinguindo-o do emprego no sector privado, o que tem vindo a justificar um regime especial para aquela categoria de emprego.

As especificidades do regime jurídico da *função pública* manifestam-se em vários aspectos característicos, decorrentes, todos eles, directa ou indirectamente, total ou parcialmente, da Constituição.

Podem considerar-se como aspectos nucleares distintivos daquele regime: a subordinação exclusiva à prossecução do interesse público

⁵⁶⁸ Ana Fernanda Neves, “A relação jurídica de função pública e as suas particularidades”, cit., pág. 239-240.

⁵⁶⁹ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 69, e Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 440.

⁵⁷⁰ As noções de empregador e empresário não são equivalentes, pois o empresário pode não ser empregador, caso não tenha trabalhadores ao seu serviço, e o empregador pode não ser um empresário, como acontece, *verbi gratia*, com aquele indivíduo que contrata uma empregada doméstica, cfr. Jorge Leite, *Direito do Trabalho*, Vol. II, Serviços da Acção Social da Universidade de Coimbra, 1999, pág. 153.

⁵⁷¹ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 75.

(n.º 1, do artigo 269.º), a vinculação dos agentes a exercer as suas funções no respeito pelos *princípios da constitucionalidade, da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé* (n.º 2 do artigo 266.º); a existência de uma reserva de lei formal quanto às *bases do regime e âmbito da função pública* (alínea t), do n.º 1, do artigo 165.º); o acesso à *função pública*, por regra por via de concurso (n.º 2, do artigo 47.º); o *regime de carreiras e promoções* (artigo 47.º da CRP); a *proibição de acumulação* de empregos ou cargos públicos (n.º 4, do artigo 269.º) e as *incompatibilidades* (n.º 5, do artigo 269.º); o *regime disciplinar* (n.º 3, do artigo 269.º); o especial *regime de dependência hierárquica* (artigo 271.º); com este relacionado, o *regime da responsabilidade: disciplinar, penal e civil* (n.º 1, do, artigo 22.º, e do artigo 271.º); o *direito segurança no emprego* (artigo 53.º da CRP); e a subordinação a uma *jurisdição especializada* para a resolução dos litígios emergentes da relação de emprego público (n.º 3, do artigo 212.º, da CRP)⁵⁷².

ii) A Administração e os agentes estão ao serviço do interesse público⁵⁷³, impondo-lhes a Constituição o respeito pelos princípios da

⁵⁷² Neste sentido, Cláudia Viana, “O conceito do funcionário público...”, cit., pág. 612.

⁵⁷³ Referem Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos que a Administração Pública e o Direito Administrativo só se podem compreender recorrendo à ideia de interesse público, cfr. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos, “*Direito Administrativo Geral: Introdução e Princípios Fundamentais*”, Tomo I, 3.º Edição (reimp.), Dom Quixote, 2010, pág. 207. A Administração Pública existe, pois, para prosseguir o interesse público, sendo o interesse público “o seu norte, o seu guia, o seu fim”, cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 6.ª reimpressão da edição de 2001, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 40.

Numa primeira aproximação ao conceito de interesse público ele surge normalmente relacionado, muitas vezes até identificado, com noções como a de bem comum, interesse de todos, interesse comum, interesse colectivo, ou interesse geral, cfr. João Salis Gomes, “O conceito de interesse público no contexto da gestão pública contemporânea”, in *Interesse Público, Estado e Administração*, Juan Mozzicafreddo, João Salis Gomes e João S. Batista (organizadores), Celta Editora, Lisboa, 2007, pág. 39.

Relembre-se que é habitual distinguir-se entre *interesse público primário* e *interesses públicos secundários ou instrumentais*. O primeiro corresponde aos valores básicos que orientam uma comunidade politicamente organizada: o *bem comum* ou a *salus pública* (Paz, Justiça e Bem-estar). A satisfação deste interesse é reservada aos órgãos políticos-legislativos dessa comunidade. Dirigindo-se a maior parte da função legislativa à satisfação deste interesse público. Para a realização deste interesse exige-se a individualização em pretensões secundárias, de *interesses públicos secundários*. Estes últimos consideram-se um instrumento necessário da realização do *interesse público primário*. Tais interesses são definidos num plano superior, político-legislativo, cabendo a sua satisfação à Administração Pública no desempenho da função administrativa, cfr. Rogério Soares, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*,

cit., pág. 106-107, e Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 15-16.

O princípio da prossecução do interesse público encontra-se previsto de forma categórica no artigo 266.º da CRP e no artigo 4.º do novo Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro. A função administrativa é uma função secundária do Estado, subordinada ao princípio da legalidade, pelo que não cabe à administração definir os interesses públicos que tem de prosseguir: aquela está vinculada a prosseguir o interesse público tal como foi previamente definido pela lei.

Resultam do princípio da prossecução do interesse público importantes limites para a Administração. Primeiro, a administração só pode prosseguir interesses públicos, estando conseqüentemente proibida de prosseguir, ainda que acessoriamente, interesses privados (podendo, no entanto, uma concreta decisão da administração envolver vantagens para interesses particulares, mas elas não podem ser a meta da actuação administrativa). Segundo, a Administração só prossegue os interesses públicos especificamente, e previamente, definidos por lei para cada concreta actuação administrativa normativamente habilitada, cfr. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos, *Direito Administrativo Geral*, cit., pág. 205-206.

No entanto, o princípio da prossecução do interesse público não permite definir qual é, em cada caso concreto, a melhor forma de prosseguir esse interesse (cfr. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos, *Direito Administrativo Geral*, cit., pág. 205-206). Cabendo esse papel à Administração, que tem a obrigação de prosseguir os interesses públicos legalmente definidos da melhor maneira possível em relação a cada caso concreto: o que corresponde ao tradicionalmente designado de *dever de boa administração* (cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, cit., pág. 38) – nos últimos tempos este dever da boa administração conheceu novas e importantes concretizações, tanto a nível comunitário como a nível nacional (como veremos noutra sede), tendo sido erigido, entre nós, recentemente, em princípio geral da actividade administrativa, no artigo 5.º (artigo que conta precisamente com a epígrafe “*Princípio da boa administração*”) do novo Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, para mais desenvolvimentos sobre a evolução deste princípio, *vide*, (por todos) Cristiana Maria Cardoso Lopes, *O princípio da boa administração*, dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, (policopiado), 2010. A maior ou menor margem de livre decisão de que goza a Administração na concretização do interesse público no caso concreto varia consoante se esteja perante um *acto discricionário* ou um *acto vinculado* (respectivamente). A outorga à Administração do poder discricionário deve ser visto como uma forma de respeito pelas particularidades do caso concreto (cfr. Cristiana Maria Cardoso Lopes, *O princípio da boa administração*, dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, (policopiado), 2010, pág. 9). Segundo Marcello Caetano o poder é “discricionário quando o seu exercício fica sujeito entregue ao critério do respectivo titular, deixando-lhe liberdade de escolha do procedimento a adoptar em cada caso como mais ajustado à realização do interesse público protegido pela norma que o confere” (cfr. Marcello Caetano, *Manual*, Vol. I, cit., pág. 214). Por um lado, discricionariedade não pode ser mais entendido como era no Estado Liberal um poder originário da Administração, como uma zona de inteira liberdade, fora do direito. Hoje pelo contrário, a administração tem que ser entendida como uma concessão legislativa à administração, que após lhe fixar os fins e as competências (que são aspectos sempre vin-

constitucionalidade da administração⁵⁷⁴, da legalidade⁵⁷⁵, da igualdade

(concretos), lhe concede quanto ao conteúdo do acto, um poder próprio na decisão do caso concreto, um poder para que é concedido à administração encontre aquela que considera ser a melhor solução para o caso concreto, (cfr. Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 137). Por outro lado, em rigor não há actos totalmente vinculados, nem actos totalmente discricionários (cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, cit., pág. 76-77). Os actos são vinculados em relação a uns aspectos e discricionários em relação a outros. Havendo na discricionariedade, sempre momentos vinculados (pelo menos, fins e competências), e na vinculação há sempre alguma discricionariedade (mais do que não seja a escolha do momento da prática do acto). Por fim, não há arbitrariedade no poder discricionário, pois as opções da Administração são pautadas por critérios, designadamente os que lhe são conferidos pelos princípios e regras gerais do direito. Muitos destes princípios começaram por ser critérios da boa administração, sendo, no entanto, hoje, a maioria, verdadeiros princípios jurídicos, alguns com consagração constitucional e/ou legal, (cfr. Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 141). Pelo que, a discricionariedade da Administração surgiu intimamente ligada com *critérios/regras da boa administração* uma vez que, os mesmos eram mobilizados, *ab initio*, como forma a conseguir alcançar a melhor solução do ponto de vista do interesse público (cfr. Cristiana Cardoso Lopes, *O princípio da boa administração*, cit., pág. 9).

Quanto aos trabalhadores da Administração Pública dispõe o n.º 1, do artigo 269.º da CRP que estes se encontram exclusivamente ao serviço do interesse público, apurado, nos termos e em concretização da lei, pelos órgãos competentes daquela. Impondo-se assim aos trabalhadores que no exerçam as suas funções, públicas, de forma a assegurar a promoção do interesse público, cfr. Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 364-366.

O interesse público depõe, por exemplo, contra a acumulação, por princípio, de empregos ou cargos públicos, devido à necessidade de garantir disponibilidade para a prestação de trabalho efectivo na Administração, e que este trabalho seja realizado com altos padrões de qualidade, cfr. Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 419-420.

⁵⁷⁴ O princípio da *constitucionalidade da administração* não é outra coisa “*senão a aplicação, no âmbito administrativo, do princípio geral da constitucionalidade dos actos do Estado (cfr. art. 2.º-2 e 3): todos os poderes e órgãos do Estado (em sentido amplo) estão submetidos às normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição*”. Assim, ele exige que “*a Administração: (a) não viole autonomamente a Constituição; (b) se pautar pelos valores constitucionais no exercício dos poderes discricionários que a lei lhe deixe; (c) interprete e aplique as leis no sentido mais conforme à Constituição*”, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 266.º, pág. 798.

⁵⁷⁵ Um princípio tradicional do Estado de Direito é o da subordinação da Administração Pública à lei. Este princípio desdobra-se em duas dimensões, por um lado, “*os actos administrativos, inclusive os normativos (regulamentos), devem conformar-se com as leis, sob pena de ilegalidade*” (princípio da prevalência da lei ou princípio da legalidade negativa), por outro lado, a “*Administração só pode actuar com base na lei ou mediante autorização da lei*” (princípio da precedência da lei ou da legalidade positiva). Porém, a “*Administração encontra-se subordinada não apenas à Constituição e à lei, tomada esta em sentido genérico (lei da AR, decretos-leis, decretos-regionais) mas também às demais normas constitucionalmente vigentes na ordem jurídica portuguesa, designadamente as normas de direito internacional e europeu (cfr. art. 8.º)*”. No fundo, “*o princípio da legalidade aponta*

de⁵⁷⁶, da proporcionalidade⁵⁷⁷, da justiça⁵⁷⁸, da imparcialidade⁵⁷⁹ e da boa fé⁵⁸⁰. Esta exigência constitucional não existe para os trabalhadores do sector privado, pelo menos não com o sentido ou intensidade previsto no artigo 266.º, da CRP⁵⁸¹.

iii) Também uma dimensão importante no sentido da diferencia-

para um princípio de âmbito mais abrangente: o princípio da juridicidade da administração, pois todo o direito – todas as regras e princípios vigentes na ordem jurídico-constitucional portuguesa – serve de fundamento e é pressuposto da actividade da Administração”, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição, Vol. II, cit., anotação artigo 266.º, pág. 798-799.

⁵⁷⁶ O princípio da igualdade surge, nesta sede, como uma refacção do princípio jurídico geral da igualdade consagrada no artigo 13.º da CRP. Pelo que, a Administração deve tratar de modo igual situações iguais. Este princípio quer ainda significar que a Administração no uso de poderes discricionários deve concretizar as normas “segundo os mesmos critérios, as mesmas medidas e as mesmas condições a todos os particulares a quem venham a ser aplicadas e se encontrem em situação idêntica”, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição, Vol. II, cit., anotação artigo 266.º, pág. 801.

⁵⁷⁷ De acordo com o princípio da proporcionalidade os interesses públicos devem ser prosseguidos “segundo o princípio da justa medida, adoptando, dentre as medidas necessárias e adequadas para atingir esses fins e prosseguir esses interesses, aquelas que impliquem menos gravames, sacrifícios ou perturbações à posição jurídica dos administrados”, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição, Vol. II, cit., anotação artigo 266.º, pág. 801.

⁵⁷⁸ De acordo com o princípio da justiça a Administração deve pautar a sua actividade por critérios de valor constitucionalmente plasmado, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição, Vol. II, cit., anotação artigo 266.º, pág. 803.

⁵⁷⁹ O princípio da imparcialidade “respeita essencialmente às relações entre a Administração e os particulares, podendo circunscrever-se a dois aspectos fundamentais: (a) o primeiro (...) consiste em que, no conflito entre o interesse público e os interesses particulares, a Administração deve proceder com isenção da determinação da prevalência do interesse público, de modo a não sacrificar desnecessária e desproporcionalmente os interesses particulares (imparcialidade na aplicação do princípio da proporcionalidade); (b) o segundo refere-se à actuação da Administração em face dos vários cidadãos, exigindo-se igualdade de tratamento dos interesses dos cidadãos através de um critério uniforme de prossecução do interesse público”, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição, Vol. II, cit., anotação artigo 266.º, pág. 802.

⁵⁸⁰ A revisão constitucional de 1997 veio aditar aos princípios fundamentais da administração o princípio da boa fé. Ora, a “expressa menção deste princípio, desenvolvido no direito civil, significa que ele é erigido pela Constituição à categoria de princípio jurídico autónomo de direito público. Mas não é transparente a sua especificidade dentro do âmbito dos princípios vinculativos da Administração”. Acontece que também não é líquido se o princípio da boa fé é aqui recortado como princípio autónomo em relação ao princípio da protecção da confiança”. Mas deve entender-se que “[q]uer através do princípio da boa fé, quer através do princípio da protecção da confiança pretende-se erguer uma medida de «fiabilidade» de «confiança», de «esperança», vinculativa da actuação administrativa”. Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição, Vol. II, cit., anotação artigo 266.º, pág. 804.

⁵⁸¹ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 70.

ção com o emprego privado, já mencionada *supra*, prende-se com a existência constitucional da reserva de lei relativa da Assembleia da República – cfr. alínea t), do n.º 1 do artigo 165.º da CRP –, sobre as *bases do regime e âmbito da função pública*, atualmente previstas no artigo 3.º da LTFP (as quais desenvolveremos *infra*) Pelo que, o núcleo essencial do regime de emprego público, que respeita ao estatuto geral da *função pública* continua por essa via a ser fixado unilateralmente pelo Estado, devendo este estatuto geral ser tido como de direito público⁵⁸². Este preceito legal demonstra que a Constituição reconhece a relevância do emprego público para a sociedade civil, distinguindo a categoria de emprego público das demais⁵⁸³.

iv) Outra particularidade do emprego público prende-se com o acesso à *função pública*, ou com a forma de recrutamento dos trabalhadores públicos. Acontecendo este, como decore da Constituição, por regra, por via do concurso (cfr.n.º 2, do artigo 47.º da CRP), ao contrário do que se passa no emprego privado, devendo este assegurar o acesso ao emprego na Administração em condições de igualdade e liberdade entre cidadãos e a escolha do mais capaz, “nenhuma dúvida fique que tal se destina a permitir uma maior eficácia dos serviços administrativos e uma melhor prossecução do interesse público”⁵⁸⁴. A constituição de uma relação jurídica de emprego público pressupõe o recrutamento e selecção de pessoal assente num procedimento concur-

⁵⁸² Maria Fernanda Maças, “A relação jurídica de emprego público”, cit., pág. 9, e Ana Fernanda Neves, *Relação Jurídica*, cit., pág. 48.

⁵⁸³ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 72.

⁵⁸⁴ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 74.

sal⁵⁸⁵⁻⁵⁸⁶. O recrutamento poderá ser feito por tempo indeterminado ou a termo, consoante a natureza permanente ou transitória do posto de trabalho a preencher nos termos previstos no mapa de pessoal. Os procedimentos concursais podem ser de *ingresso nas carreiras*, sempre que visem o preenchimento de lugares de categorias de base de determinada carreira, nos termos do n.º 1, do artigo 35.º, da LTFP, ou de *acesso às carreiras*, quando tenham em vista o preenchimento das categorias intermédias ou superiores da mesma carreira (carreiras pluricategoriais), isto é, a promoção na própria carreira (cfr. n.º 2, do artigo 35 da LTFP). Por sua vez, os procedimentos concursais (para ingresso ou acesso às carreiras) podem ser *internos* (quando estejam reservados a pessoas que tenham uma relação de emprego com a Administração) ou *externos* (quando também puderem candidatar-se pessoas que não

⁵⁸⁵ De acordo com a LOE para 2015, aprovada pela Lei n.º 82-B/2014, de 31 de Dezembro, tal como sucedeu nos anos precedentes, os serviços da administração direta e indireta do Estado, bem como os 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 dos outros órgãos abrangidos pelo âmbito de aplicação objectivo da LTFP, estão, em regra, impedidos de proceder à abertura de procedimentos concursais com vista à constituição de vínculos de emprego público por tempo indeterminado ou a termo, para carreira geral ou especial e carreiras que ainda não tenham sido objecto de extinção, de revisão ou de decisão de subsistência, destinados a candidatos que não possuam um vínculo de emprego público por tempo indeterminado previamente constituído (cfr. n.º 1, do artigo 47.º da LOE para 2015). Apenas em casos excepcionais, devidamente fundamentadas, os membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da Administração Pública podem autorizar a abertura de procedimentos concursais a que se refere o número anterior, fixando, caso a caso, o número máximo de trabalhadores a recrutar e desde que se verifiquem os requisitos impostos pelo n.º 2, do artigo 47.º entre os quais se destaca o parecer prévio favorável do membro do Governo de que depende o serviço ou o organismo que pretende efectuar o recrutamento. Os artigos 63.º e 64.º da LOE para 2015 impõem normas específicas relativamente às autarquias locais, nomeadamente para aquelas em situação de saneamento ou ruptura. Também, neste sentido, Cláudia Nunes, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas*, cit., pág. 38, nota n.º 30.

⁵⁸⁶ De acordo com o artigo 39.º da LTFP, quando os postos de trabalho de que o serviço carece pertencerem à carreira técnica superior e se destinarem à satisfação de necessidades permanentes desse mesmo serviço – o que significa que só nas situações em que esteja em causa uma nomeação definitiva ou um contrato por tempo indeterminado –, em alternativa à abertura do concurso pode-se preencher tais postos de trabalho directamente através de diplomados pelo Curso de Estudos Avançados em Gestão Pública. Este curso foi regulamentado através da Portaria n.º 213/2009, de 24 de Fevereiro, sendo ministrado pela Direcção-Geral da Qualificação dos Trabalhadores em Funções Públicas, abreviadamente designado por INA. Cfr., também para mais desenvolvimentos, *vide* Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 39.º, pág. 217.

têm relação de emprego com ela). O procedimento concursal⁵⁸⁷ de *acesso às carreiras*⁵⁸⁸ (categorias intermédias ou superiores de uma carreira) é, em regra, na falta de uma previsão esclarecedora da lei, *interno e geral* (artigo 30.º da LTFP) sendo também deste tipo o procedimento concursal para *ingresso* (categoria de base de uma carreira).⁵⁸⁹

⁵⁸⁷ *Vide*, para mais desenvolvimentos sobre o tema do procedimento concursal, Raquel Carvalho, “O procedimento concursal no acesso à função pública. Reflexões de natureza constitucional”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume III, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, pág. 515-530

⁵⁸⁸ Antes da entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, resultava do artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, (que estabeleceu regras sobre o estatuto remuneratório dos funcionários e agentes da Administração Pública e a estrutura das remunerações base das carreiras e categorias nele contempladas), que, por regra, só poderia aceder à categoria superior, quem se encontrasse na categoria imediatamente inferior da respectiva carreira, após o cumprimento de um tempo mínimo de serviço efectivo, desde que houvesse vaga, e abrisse concurso para o efeito. Sendo que excepcionalmente, como resultava do artigo 28.º do Decreto-Lei 184/89, de 2 de Junho, poderia existir um concurso externo de acesso. A regra, na falta de uma previsão esclarecedora da lei, parece continuar a ser o procedimento concursal de acesso às carreiras interno, mas o legislador não abandonou a possibilidade excepcional, que já anteriormente existia, de se realizarem concursos externos para lugares de acesso, cfr. AA.VV., *Recursos Humanos das Autarquias Locais*, cit., pág. 128-129, Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 353, e artigo 30.º da LTFP. Não sendo, porém, permitido, na legislação anterior à LVCR, que por princípio, pudessem aceder às categorias superiores das carreiras pluricategoriais, trabalhadores que não estivessem integrados na respectiva carreira, ao contrário do que acontece actualmente desde a entrada em vigor da LVCR, numa solução perpetuada pela actual LTFP. Numa abordagem crítica – que remonta à vigência da Lei n.º 12-A/2008, mas que consideramos transponível para os dados juspositivos vigentes, por a previsão legal anteriormente prevista na alínea c) do n.º 1, e n.º 2, do artigo 52.º, da LVCR, se encontrar reproduzida, no essencial, no n.º 2, do artigo 35.º LTFP – Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, enfatizam que dada a amplitude da área de recrutamento para os concursos de acesso às carreiras mostra que o legislador terá optado por um sistema de emprego, em que a noção de carreira se esbate para dar o lugar primordial aos postos de trabalho, configurando o legislador cada categoria das carreiras pluricategoriais como um posto de trabalho, independente do posto de trabalho em que consistem as demais categorias da respectiva carreira, essencialmente, quando o legislador permite, que por princípio (salvo se a lei dispuser em sentido contrário), trabalhadores que nem sequer estavam integrados na respectiva carreira, acedam às categorias superiores das carreiras pluricategoriais, pelo que é notório que para o legislador está apenas em causa um posto de trabalho, cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 52.º, pág. 155.

⁵⁸⁹ Para além do regime constante dos artigos 33.º e sgs. da Lei n.º 35/2014, o procedimento concursal (especificamente a sua tramitação, embora não apenas esta) encontra-se regulado na Portaria n.º 83-A/2009, do Ministério das Finanças e da Administração Pública, de 22 de janeiro, alterada pela Portaria n.º 145-A/2011, de 06 de abril – esta

v) Relacionada com o acesso à *função pública*, surge uma outra das especificidades do emprego público, tradicionalmente apurado no seio deste, que se prende com a existência de um *regime de carreiras e promoções*⁵⁹⁰. Quanto à noção de carreira, apesar da LTFP não apresentar nenhuma, tal como acontecia com a antecessora Lei n.º 12-A/2008, esta pode ser definida como “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”^{591_592}.

Pode colocar-se a questão de saber se o *direito à carreira* do trabalhador deriva da Constituição. Desde logo, pode entender-se que este direito decorre em geral do *direito de liberdade de escolha da profissão*, previsto no n.º 1, do artigo 47.º da CRP, nas modalidades de direito ao ingresso e exercício da profissão, no entanto, dizendo respeito especificamente ao emprego público, ensinam Gomes Canotilho e Vital Moreira que apesar de o n.º 2 do artigo 47.º da CRP se referir apenas expressamente ao direito de acesso à *função pública (jus ad officium)*, deve considerar-se que o direito de ser mantido nas funções (*jus in officio*) se encontra ainda abrangido pelo âmbito normativo-constitucio-

portaria foi mantida em vigor nos termos do n.º 2 do artigo 42.º da Lei n.º 35/2014, que aprova a LTFP, cfr. Miguel Lucas Pires, *Lei geral do Trabalho em Funções Públicas*, cit., pág. 89. Nos termos desta Portaria, o procedimento pode ser *comum* – para ocupação de postos de trabalho previstos e não ocupados, nos mapas de pessoal dos órgãos ou serviços (artigos 19º a 39º) – ou para a constituição de reservas de recrutamento – isto é, constituição de reservas de pessoal para satisfação de necessidades futuras da entidade empregadora pública ou de um conjunto de entidades empregadoras públicas (artigos 40º a 48º). Nos termos do n.º 1, do artigo 37.º, da Lei n.º 35/2014, tal acontecia na Lei n.º 12-A/2008, numa lógica de aceleração e simplificação inerente ao programa “simplex”, este procedimento “...é simplificado e urgente”.

⁵⁹⁰ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 269.º, pág. 838.

⁵⁹¹ Definição avançada por Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os Novos Regimes de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações da Administração Pública*, cit., p. 117.

⁵⁹² Os trabalhadores com vínculo de emprego público constituído por tempo indeterminado exercem as suas funções integrados em carreiras. Enquanto os outros trabalhadores, com vínculo de emprego público a termo resolutivo, exercem as suas funções por referência a uma categoria integrada numa carreira. Já os trabalhadores com vínculo de emprego público na modalidade de comissão de serviço exercem as suas funções nos termos legalmente definidos para o cargo (do artigo 79.º da LTFP).

nal daquele preceito legal⁵⁹³. Acrescentam os mesmos autores⁵⁹⁴, que o *direito de acesso à função pública* significa a possibilidade de vir a obter emprego público através do ingresso e carreira nos quadros dos serviços ou dos organismos da administração central, regional, local, dos institutos públicos, dos serviços personalizados ou dos fundos públicos. Pelo que, nestes termos, podemos ser levados a concluir que o direito do trabalhador público à carreira ainda encontra arrimo constitucional.

Diferente indagação, embora conexa, prende-se com saber se o *direito à promoção na carreira* deriva da Constituição. Respondem Gomes Canotilho e Vital Moreira, afirmando que embora o artigo n.º 2 do artigo 47.º da CRP somente se refira expressamente ao direito de acesso à *função pública*, o direito de promoção dentro das carreiras se poderá considerar ainda abrangido pelo âmbito normativo-constitucional daquele preceito⁵⁹⁵. Anteriormente à entrada em vigor em pleno da LVCR, de acordo com a lei ordinária em vigor à data, poderia afirmar-se que os funcionários públicos detinham o direito a prosperar dentro da carreira⁵⁹⁶, quer verticalmente (através de concursos internos para as categorias superiores), quer horizontalmente (por progressão temporal nos escalões de cada categoria) com repercussões no respectivo regime salarial⁵⁹⁷. Contudo, a Lei n.º 12-A/2008 procedeu à extinção desta clássica bipartição anteriormente existente entre carreiras verticais, e carreiras horizontais⁵⁹⁸, tendo, passando, a partir da sua entrada

⁵⁹³ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. I, cit., anotação artigo 47.º, pág. 660.

⁵⁹⁴ Aquando da distinção entre *direito de acesso à função pública* (artigo 47.º) do *direito de acesso aos cargos públicos* (artigo 50.º). Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. I, cit., anotação artigo 50.º, pág. 665.

⁵⁹⁵ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. I, cit., anotação artigo 47.º, pág. 660.

⁵⁹⁶ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. I, cit., anotação artigo 47.º, pág. 660.

⁵⁹⁷ Cfr. Decretos-Leis n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro, e n.º 353-A/89, de 16 de Outubro; e Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 347.

⁵⁹⁸ Cfr. artigos 16.º, 19.º e 20.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, e artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho.

Assim, precedentemente a dinâmica da relação jurídica de emprego público assentava num regime de carreiras e categorias composto por diferentes escalões, aos quais correspondiam diferentes índices salariais, reconhecendo-se aos funcionários o direito de progredir nas respectivas carreiras, verticalmente, através de concursos internos para as categorias superiores, e, horizontalmente, através de uma progressão temporal nos esca-

em vigor, a distinguir-se, partindo do critério do conteúdo funcional dos postos de trabalho, entre *carreiras gerais* e *carreiras especiais*. As *carreiras gerais*, são as que correspondem àquelas cujos conteúdos funcionais caracterizam os postos de trabalho de que a generalidade dos órgãos ou serviços carece para o desenvolvimento das respectivas actividades, as quais passam a ser a carreira de técnico superior, a carreira de assistente técnico e a carreira de assistente operacional; e as *carreiras especiais* reportam-se àquelas 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)⁵⁹⁹. Por sua vez, tendo por base o critério do número de categorias que integram cada carreira, estas podem contemplar uma ou mais categorias, correspondendo, respectivamente, a carreiras unicategoriais ou a carreiras pluricategoriais; prevendo-se para cada categoria um número pré-determinado de posições remuneratórias⁶⁰⁰. Pode, assim,

lões de cada categoria, conseguindo, por esta via, aumentar o índice salarial (cfr. Decreto-Lei n.º 404/98, de 18 de Dezembro, que estabeleceu as regras sobre o regime geral de estruturação de carreiras da Administração Pública, já revogado pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro). O estatuto remuneratório dos funcionários públicos baseava-se, pois, numa estrutura indiciária (referenciava-se por índices), de acordo com a qual o aumento salarial dependia do regime de progressão através da mudança de escalão por período de tempo previamente determinado, e do regime de promoção à categoria superior, dentro da mesma carreira, segundo procedimento concursal (cfr. Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, que estabeleceu regras sobre o estatuto remuneratório dos funcionários e agentes da Administração Pública e a estrutura das remunerações base das carreiras e categorias nele contempladas, também já revogado pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro), cfr. Suzana Távares da Silva, *Um Novo Direito Administrativo?*, cit., pág. 51.

⁵⁹⁹ Nos termos do n.º 4 do artigo 84.º da Lei n.º 35/2014, apenas podem ser criadas carreiras especiais quando, cumulativamente, os respetivos conteúdos funcionais não possam ser absorvidos pelos conteúdos funcionais das carreiras gerais; os respetivos trabalhadores se devam sujeitar a deveres funcionais mais exigentes que os previstos para os das carreiras gerais; e, quando os respetivos trabalhadores tenham que ter aprovação em curso de formação específico de duração não inferior a seis meses ou deter certo grau académico ou título profissional para integrar a carreira.

⁶⁰⁰ Já com base no critério do número de categorias que integram uma dada carreira, a LTFP, tal com a antecessora Lei n.º 12-A/2008, distingue entre as carreiras unicategoriais, carreiras a que corresponde uma única categoria (n.º 1, do artigo 85.º) – de acordo com o Anexo à Lei n.º 35/2014, para o qual remete o n.º 2, do artigo 88.º, é unicategorial a carreira geral de técnico superior. Assim, hoje, a designada carreira geral de técnico superior é apenas uma categoria – , e as carreiras pluricategoriais, as que se desdobram em mais do que uma categoria, embora apenas possam ser criadas quando a cada uma das categorias da carreira corresponde um conteúdo funcional distinto do das restantes. De referir que o conteúdo funcional das categorias superiores integra o das

concluir-se que actualmente, com alterações operadas pela LVCR e reiteradas pela LTFP, nomeadamente, com a extinção das carreiras horizontais e verticais, o sistema das carreiras, pelo menos, tal como era concebido chegou ao fim⁶⁰¹. O que torna pertinente a questão de saber

que lhe sejam inferiores (n.ºs 2, 3, do artigo 85.º).

Quanto à classificação das carreiras em função do seu grau de complexidade (artigo 86.º), em função da titularidade do nível habilitacional exigida para a integração em cada carreira, estas classificam-se em carreiras de grau 1 (quando se exija a titularidade da escolaridade obrigatória, ainda que acrescida de formação profissional adequada – é de grau 1 a carreira de assistente operacional, que se subdivide nas categorias de assistente operacional, encarregado operacional e de encarregado geral operacional); em carreira de grau 2 (quando se exija a titularidade do 12º ano de escolaridade ou de curso que lhe seja equiparado – é de grau 2 a carreira de assistente técnico, que se subdivide nas categorias de assistente técnico e de coordenador técnico); e em carreiras de grau 3 (quando se exija a titularidade de licenciatura ou de grau académico superior a esta Integra a carreira de grau 3 a carreira de técnico superior).

A cada carreira ou a cada categoria em que aquela se desdobre corresponde um conteúdo funcional legalmente descrito (cfr. artigo 80.º, e Anexo à Lei n.º 35/2014). No entanto, a descrição do conteúdo funcional não prejudica a atribuição ao trabalhador de funções, não expressamente mencionadas, que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas e para as quais o trabalhador detenha a qualificação profissional adequada e que não impliquem desvalorização profissional (*o ius variandi*), cfr. n.º 1 do artigo 81.º, da Lei n.º 35/2014.

A cada categoria correspondem posições remuneratórias, e a cada uma destas posições correspondem níveis remuneratórios, aos quais, por sua vez, corresponde um certo montante pecuniário – esta passa a ser a solução depois da Lei n.º 12-A/2008 ter procedido à eliminação dos tradicionais escalões. Nas carreiras unicategoriais, a respectiva categoria tem, no mínimo, 8 posições remuneratórias (nos termos do n.º 2, do artigo 87.º, da LTFP). O número de posições remuneratórias de cada categoria nas carreiras pluricategoriais encontra-se ordenado por ordem decrescente a contar das categorias inferiores, nos seguintes termos: (1) à categoria inferior corresponde o mínimo de oito posições remuneratórias; (2) a cada uma das categorias sucessivamente superiores corresponde um número proporcionalmente decrescente de posições remuneratórias por forma que: (i) estando a carreira desdobrada em duas categorias, seja de quatro o número mínimo das posições remuneratórias da categoria superior; (ii) estando a carreira desdobrada em três categorias, seja de cinco e de duas o número mínimo das posições remuneratórias das categorias sucessivamente superiores; (iii) estando a carreira desdobrada em quatro categorias, seja de seis, quatro e duas o número mínimo das posições remuneratórias das categorias sucessivamente superiores (n.º 3, do artigo 87.º, da LTFP).

No que concerne aos níveis remuneratórios correspondentes às posições remuneratórias (artigos 149.º, da LTFP), a sua identificação consta do Decreto Regulamentar n.º 14/2008, de 31 de julho. Este diploma foi mantido em vigor pela alínea a), do n.º 2, do 42.º da Lei n.º 35/2014, que aprovou a LTFP). Estabelecendo aquele diploma ainda uma tabela de posições remuneratórias complementares para as carreiras de assistente técnico e de assistente operacional.

⁶⁰¹ Referindo, a este propósito, Pedro Nunes “[f]ica desmantelado, julgamos que para sempre, e bem, o mito do *modelo de carreira*”, cfr. Pedro Nunes, “Reforma do emprego público...”, cit., pág. 65.

se hoje ainda existirá um verdadeiro direito ao desenvolvimento da carreira (de acordo com a nova terminologia jurídica).

Assim, o n.º 4, do artigo 82.º da LTFP, refere que *todos os trabalhadores têm direito ao pleno desenvolvimento da respectiva carreira profissional, que pode ser feito por alteração de posicionamento remuneratório ou por promoção.*

Nota Miguel Lucas Pires que este artigo especifica como se processa o desenvolvimento da carreira, que pode ser feita através da alteração do posicionamento remuneratório, que é válido para a generalidade das carreiras, e da promoção que será válida apenas para carreiras pluricategoriais⁶⁰². No entanto, registre-se que quanto à *alteração do posicionamento remuneratório* dos trabalhadores, desde a entrada em vigor da LVCR, que se procedeu à eliminação da clássica progressão automática nas categorias (artigo 20.º, do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro), inexistindo actualmente qualquer garantia legal de melhoria da posição remuneratória. Assim, a alteração do posicionamento dos trabalhadores para além de uma decisão de gestão do dirigente máximo do serviço, concretizada na afectação de verbas para o efeito, nos termos do n.º 1, do artigo 158.º, n.º 1 da LTFP, faz-se com base na avaliação de desempenho dos trabalhadores, a qual é apurada nos termos previstos na Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro, que estabeleceu o sistema integrado de gestão e avaliação de desempenho da Administração Pública⁶⁰³, juntamente com os artigos 89.º a 91.º da

⁶⁰² Miguel Lucas Pires, *Lei Geral*, cit., anotação artigo 82.º, pág. 123.

⁶⁰³ Aquele diploma não foi revogado com a entrada em vigor da LTFP (*a contrario*, n.º 1 do artigo 42.º da Lei n.º 35/2014, que aprova a LTFP), encontrando-se nesta lei o reenvio para legislação especial previsto na sua alínea a) do artigo 5.º da LTFP.

Antes desta lei de 2007, outra anterior, a Lei n.º 10/2004, de 22 de Março, cria o Sistema Integrado de Avaliação de Desempenho da Administração Pública (SIADAP), assente numa nova cultura de gestão por objectivos, e encarado como uma ferramenta essencial para a boa gestão dos recursos humanos da Administração Pública (cfr. Paulo Veiga e Moura, *Avaliação de desempenho da Administração Pública – Comentário à Lei n.º 66-B/2007, de 28 de dezembro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, anotação ao artigo 1.º, pág. 11), no entanto, devido a algumas fragilidades que este sistema apresentava, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 109/2005, de 30 de Junho, reafirmando a importância da gestão por objectivos, determina a necessidade da revisão do SIADAP. Sendo então que em 2007, entra em vigor a mencionada Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro, que estabelece um novo Sistema Integrado de Gestão e Avaliação de Desempenho na Administração – registando-se, como última alteração, até ao momento, a realizada pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro, que aprovou a Lei do Orçamento de Estado de 2013 (LOE 2013), alteração consagrada no seu artigo 49.º –, e revoga

aquele diploma legal que aprovara o anterior SIADAP.

A avaliação do desempenho apresenta-se como um instrumento jurídico que visa avaliar dos serviços públicos, dos dirigentes e dos trabalhadores. Como nos refere Paulo Veiga e Moura, a avaliação de desempenho dos serviços públicos, dos seus dirigentes e dos seus trabalhadores, surge como uma ferramenta indispensável à concretização de uma nova cultura de gestão pública, uma vez que só um exigente modelo integrado de avaliação permitirá detectar desequilíbrios e deficiências das organizações públicas, orientá-las para a concretização dos seus objectivos e simultaneamente envolver todos os que ali trabalham numa busca incessante pela excelência, tendo presente que sem responsabilização individual e colectiva nenhuma estrutura logrará ser eficaz e eficiente, cfr. Paulo Veiga e Moura, *Avaliação de desempenho da Administração Pública*, cit., pág. 8. Este sistema visa, pois, contribuir para a melhoria do desempenho e qualidade do serviço da Administração Pública, assim como também promover a motivação profissional e desenvolvimento de competências dos dirigentes e demais trabalhadores (n.º 2, do artigo 1.º da Lei n.º 66/B-2007).

O SIADAP integra três subsistemas (nos termos do artigo 9.º): 1.º Subsistema de Avaliação do Desempenho dos Serviços da Administração Pública (SIADAP 1); 2.º Subsistema de Avaliação do Desempenho dos Dirigentes (SIADAP 2); e por último, 3.º Subsistema de Avaliação do Desempenho dos Trabalhadores da Administração Pública (SIADAP 3). Estes três subsistemas de SIADAP não se apresentam como realidades autónomas e estanques, antes se caracterizando pela coerência dos diversos objectivos, os quais terão naturalmente que se diferenciar mas não poderão deixar de se harmonizar tendo em vista a concretização dos objectivos comuns que presidem ao sistema na sua globalidade (cfr. Paulo Veiga e Moura, *Avaliação de desempenho da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 1.º, pág. 14-15).

Centrando-nos agora SIADAP 3, que se aplica aos trabalhadores em geral, a avaliação de desempenho, com a alteração introduzida pela LOE de 2013, deixa de ser anual e passa a ser bienal (cfr. alínea c) do n.º 3, do artigo 9.º, e n.º 1 do artigo 41.º, da Lei n.º 66/B-2007), incidindo sobre dois parâmetros (cfr. artigo 45.º): o parâmetro “Resultados” obtidos na prossecução dos objectivos individuais de cada trabalhador e o parâmetro “Competências”, no qual se avaliam os conhecimentos, capacidades técnicas e comportamentais adequadas ao exercício da função. A lista de competências encontra-se fixada previamente pela Portaria n.º 1633/2007, de 31 de dezembro, que aprovou os modelos de fichas de avaliação do desempenho de dirigentes intermédios e demais trabalhadores da Administração Pública, bem como as listas de competências.

A avaliação final é resultado da média ponderada das pontuações obtidas nos dois parâmetros de avaliação referenciados *supra*. Sendo que ao parâmetro “Resultados” é atribuída uma ponderação mínima de 60 %, e ao parâmetro “Competências” uma ponderação máxima de 40 %. No entanto, excepcionalmente, mediante decisão do dirigente máximo do serviço, e desde que se preencham cumulativamente os requisitos previstos na lei, há um certo grupo de trabalhadores que pode ver a sua avaliação de desempenho incidir apenas sobre o parâmetro “Competências”, nos termos do artigo 80.º da Lei n.º 66-B/2007 – na redação que lhe foi conferida pelo artigo 34.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, que aprovou a Lei do Orçamento de Estado para 2011. Esta avaliação é expressa em menções qualitativas que podem ser, por ordem crescente, *desempenho inadequado*, *desempenho adequado*, *desempenho relevante* e *desempenho excelente* (n.º 4, do artigo 50.º; e n.º 1, do artigo 51.º; da Lei n.º 66/B-2007). No que concerne às menções mais elevadas: *desempenho relevante* e *desempenho excelente*, a lei fixa percentagens máximas para a sua atribuição (as

LTFP⁶⁰⁴.

Nos termos do n.º 2 do artigo 31.º da LTFP, os trabalhadores não têm, em geral, qualquer garantia de mudarem de posição remuneratória e, conseqüentemente, por esta via, obterem um impulso salarial superior, pois a alteração da posição remuneratória apresenta-se como uma decisão de gestão, concretizada na afectação de verbas, e na delimitação dos trabalhadores a abranger na alteração, de acordo com o n.º 1 e n.º 2, do artigo 158.º, da LTFP. Pelo que, por regra, mesmo que os trabalhadores obtenham menções máximas na avaliação do desempenho, podem não ver melhorada a sua posição remuneratória, dado a mesma depender de uma decisão de gestão⁶⁰⁵.

Não existe, assim, nenhuma garantia legal de que esse desenvolvimento da carreira ocorra fora do caso excepcional de alteração obri-

vulgarmente designadas *quotas* ou *percentagens*), para garantir a diferenciação de desempenhos. Há, assim, uma percentagem máxima de 25 % para as avaliações finais qualitativas de *desempenho relevante* e, de entre estas, 5 % para o reconhecimento de *desempenho excelente* (n.º 1, do artigo 75.º da lei citada). A avaliação de desempenho releva, designadamente, para a alteração do posicionamento dos trabalhadores, a qual, contudo, não depende apenas dela, mas também de condicionalismos financeiros (artigo 45.º a 48.º da Lei n.º 12-A/2008), cfr. Suzana Tavares da Silva, *Um Novo Direito Administrativo?*, cit., pág. 52-53, e Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 361-362, (para mais desenvolvimentos sobre esta matéria da avaliação de desempenho, vide Paulo Veiga e Moura, *Avaliação de desempenho da Administração Pública*, cit.).

⁶⁰⁴ Ensina, a propósito de a alteração do posicionamento actualmente assentar na avaliação de desempenho, Pedro Nunes que, anteriormente, vigorava um sistema de promoções e progressões (essencialmente as segundas) definido e assente preponderantemente na antiguidade, negligenciando-se o mérito, cfr. Pedro Nunes, “Reforma do emprego público...”, cit., pág. 65 — neste sentido, refere também Ana Fernanda Neves que existia uma “pouca meritória utilização do (bom) instrumento de mérito que é a classificação de serviço”, cfr. Ana Fernanda Neves, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, cit., pág. 176. Mas actualmente, depois da reforma legislativa operada pela LVCR e perpetuada pela LTFP, o desenvolvimento das carreiras passa a depender da avaliação de desempenho de cada trabalhador. Apesar de considerarmos que o actual sistema de avaliação de desempenho apresenta algumas fragilidades que devem ser superadas pelo legislador em breve (desde logo, assegurar a avaliação por um terceiro imparcial), esta opção legislativa merece o nosso aplauso, pois o desenvolvimento da carreira passa a assentar no mérito de cada trabalhador, em detrimento da valorização da antiguidade como era até então (cfr., anterior, artigo 47.º da LVCR, e artigos 91.º, e 156.º da LTFP).

⁶⁰⁵ Cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, cit., anotação ao artigo 156.º, pág. 469.

gatória do posicionamento remuneratório previsto no n.º 7 do artigo 156.º da LTFP⁶⁰⁶.

Por sua vez, também a promoção, válida apenas para carreiras pluricategoriais, também não decorre de forma automática, ficando esta dependente da existência de um concurso, e de uma opção de gestão que preveja verbas para o efeito (cfr. alínea b) do n.º 1, artigo 31.º, e n.º 2 do artigo 35.º da LTFP).

A ser assim, não se nega actualmente ao trabalhador público o *direito ao desenvolvimento da carreira*, mas ele assemelha-se, segundo cremos, a um *direito positivo* (típico no caso de “direitos social”) dos trabalhadores perante o Estado, que não é accionável por si mesmo, muito menos justiciável, dependendo da necessária intermediação legislativa e administrativa⁶⁰⁷, valendo para os poderes públicos, sempre dentro de *uma reserva do possível*, no sentido da criação das condições normativas e fácticas, que permitam que todos tenham efectivamente direito ao desenvolvimento da carreira⁶⁰⁸.

Tal configuração do direito ao desenvolvimento da carreira, encarado como próximo de um direito positivo, significa que este direito não confere um *direito subjectivo* ao trabalhador que possa exigir em concreto o desenvolvimento da sua carreira⁶⁰⁹, ao contrário daquele

⁶⁰⁶ Refere o n.º 7, do artigo 156.º, da LTFP, “[h]á lugar a alteração obrigatória para a posição remuneratória imediatamente seguinte àquela em que o trabalhador se encontra, quando a haja, independentemente dos universos definidos nos termos do artigo 158.º, quando aquele, na falta de lei especial em contrário, tenha acumulado 10 pontos nas avaliações do desempenho referido às funções exercidas durante o posicionamento remuneratório em que se encontra, contados nos seguintes termos: a) Seis pontos por cada menção máxima; b) Quatro pontos por cada menção imediatamente inferior à máxima; c) *Dois pontos por cada menção imediatamente inferior à referida na alínea anterior, desde que constancie desempenho positivo*; d) *Dois pontos negativos por cada menção correspondente ao mais baixo nível de avaliação*”.

⁶⁰⁷ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. I, cit., anotação artigo 58.º, pág. 763.

⁶⁰⁸ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *A Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anotação ao artigo 58.º, pág. 588.

⁶⁰⁹ Neste sentido também Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar referem, que do artigo 82.º parece resultar que “o direito ao desenvolvimento da carreira se restringe à alteração do posicionamento remuneratório (pois a promoção só existirá quando as carreiras forem pluricategoriais). No entanto, a verdade é que já se verificou que nem mesmo este direito de progressão é um *direito subjectivo dos trabalhadores*, na medida em que está dependente de disponibilidade financeira do serviço e de uma decisão de afectação das verbas disponíveis (...), pelo que, com excepção das alterações obrigatórias de posicionamento remuneratório, não há qualquer direito assegurado aos trabalhadores públicos em termos

que existia legalmente para as progressões na carreira⁶¹⁰, antes da entrada em vigor em pleno da LVCR – artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro.

Refira-se, por fim, que as carreiras e categorias se encontram integradas em *mapas de pessoal*, reiterando a opção da LVCR que substitui estes mapas pelos tradicionais quadros de pessoal, dotados de estabilidade.

Assim, a partir da Lei n.º 12-A/2008, as carreiras e categorias passam a estar integradas em *mapas de pessoal* aprovados anualmente, substituindo-se os tradicionais quadros de pessoal⁶¹¹.

Os mapas de pessoal correspondem aos documentos gestionários de carácter anual que contêm a indicação do número de postos de trabalho de que o órgão e serviço necessita para o desenvolvimento das respectivas actividades durante um determinado ano económico ou orçamental⁶¹².

de carreira, por mais meritórios que se venham a revelar”, (itálico nosso), cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 82.º, pág. 333.

⁶¹⁰ Quanto às promoções na carreira profissional já se considerou que os funcionários públicos não detinham um direito subjectivo à promoção, uma vez que não havia promoções automáticas. Pois, conseqüentemente, a promoção dependia da existência de lugares vagos na categoria superior, o cumprimento de um tempo mínimo de serviço efectivo, e da abertura de concurso (sendo esta abertura quase sempre objecto de uma decisão discricionária – artigo 16.º, do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro). Neste sentido, cfr. João Caupers, “Situação jurídica comparada dos trabalhadores da Administração Pública e dos trabalhadores abrangidos pela legislação reguladora do contrato individual de trabalho”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXXI, n.ºs 1/2, Janeiro-Junho, 1989, pág. 250.

⁶¹¹ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 356.

⁶¹² Neste sentido, Francisco Pimentel, *Direitos e Deveres dos Trabalhadores da Administração Pública*, cit., pág. 79-81.

A grande inovação introduzida pela LVCR, refere Francisco Pimentel, consistiu na substituição da relativa perenidade que caracterizava os quadros de pessoal por uma nova figura mais efémera dos mapas de pessoal, colocando-se, até certo ponto, em causa a tradicional estabilidade caracterizadora do emprego público. Antes os quadros de pessoal estavam sujeitos a um processo complexo e demorado de alteração e reportavam-se apenas a lugares permanentes da Administração Pública constituía uma garantia da segurança e estabilidade do emprego e do trabalhador público do quadro, característica que se encontra hoje afastada dos mapas de pessoal. Quando um trabalhador ingressava um lugar do quadro sabia que o fazia para um lugar permanente, do qual só podia ser afastado, contra a sua vontade, por via disciplinar. Hoje, os mapas de pessoal, enquanto reflexo das actividades, condições e recursos orçamentais previstos para o período conjuntural de um ano, são eles próprios factor de instabilidade e insegurança para os titulares do emprego público a partir do momento em que a prevê lei a obrigatoriedade da sua revisão anual, podendo justificar-se uma alteração do número de trabalhadores, de um ano para o outro,

Actualmente, a gestão do pessoal, incluindo alterações que anualmente se façam aos mapas de pessoal, aumentando-os ou reduzindo-os, passa a depender mais dos recursos financeiros que sejam disponibilizados e da política de emprego público superiormente definida do que de outros critérios⁶¹³, nos termos do artigo 29.º da LTFP. Verifica-se, deste modo, a debilitação das garantias de estabilidade e de segurança da relação de emprego público, predominando uma lógica orçamental que determina uma permanente precariedade deste tipo de relações⁶¹⁴.

vi) Por sua vez, ao contrário dos trabalhadores do sector privado, que em princípio podem acumular diversos empregos, os trabalhadores públicos, exercem a sua actividade profissional, por regra, em regime de exclusividade, não podendo acumular com outras funções públicas, pois, a Constituição estabelece o princípio da proibição do acumular de empregos, ou cargos públicos, salvo nos casos expressamente admitidos na lei, nos termos do n.º 4, do seu artigo 269.º⁶¹⁵ e artigo 20.º da LTFP – da proibição de acumulação de empregos ou cargos públicos decorre que cada trabalhador ou agente do Estado e demais entidades públicas só pode, em princípio ocupar um lugar, e exercer um cargo público.⁶¹⁶ A proibição de acumulação em nada contraria a liberdade de profissão, pois, para além de não atingir o conteúdo essencial do

caso se chegue à conclusão que o seu número é diminuto ou, o que é mais grave, excessivo para as actividades a desenvolver pelo serviço no ano imediato, cfr. Francisco Pimentel, *Direitos e Deveres dos Trabalhadores da Administração Pública*, cit., pág. 79-81. Na mesma linha de orientação, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar referem que com a substituição dos quadros de pessoal, dotados de estabilidade e de um difícil processo de alteração, por mapas anuais de pessoal, quer significar que toda a gestão de pessoal, incluindo as alterações que anualmente se façam (aumentando-os ou reduzindo-os), passa a depender mais dos recursos financeiros que sejam disponibilizados e da política de emprego público superiormente definida. Assim, a eliminação dos quadros de pessoal e a sua substituição por mapas revistos anualmente acaba com a tradicional estabilidade que sempre caracterizou o emprego público e que é, na opinião dos autores citados, condição *sine qua non* para se conseguir uma Administração Pública isenta, equidistante, imparcial e eficaz, cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 4.º, pág. 17.

⁶¹³ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os Novos Regimes de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações da Administração Pública*, cit., 17.

⁶¹⁴ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 340.

⁶¹⁵ Ana Fernanda Neves, *Relação Jurídica*, cit., pág. 49.

⁶¹⁶ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada*, Vol. II, cit., anotação ao artigo 269.º, pág. 841.

direito, é certamente uma das restrições impostas em nome do interesse colectivo expressamente admitidas na Constituição⁶¹⁷. Por outro lado, há um comando constitucional ao legislador de determinação das incompatibilidades entre o exercício de actividades privadas e o exercício de empregos ou cargos públicos (cfr. n.º 5, do artigo 269.º da CRP)⁶¹⁸.⁶¹⁹ Pretende-se, deste modo, evitar privilégios, salvaguardar, a imparcialidade e isenção dos trabalhadores⁶²⁰, mas também garantir o princípio da boa administração (princípio da eficiência)⁶²¹, nomea-

⁶¹⁷ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada*, Vol. II, cit., anotação ao artigo 269.º, pág. 841.

⁶¹⁸ Ana Fernanda Neves, *Relação Jurídica*, cit., pág. 49.

⁶¹⁹ Assim, as incompatibilidades respeitam à impossibilidade de exercício simultâneo de outro emprego ou actividade considerado a possível afectação dos interesses do empregador público e da imparcialidade da acção administrativa. A incompatibilidade é absoluta quando existe impossibilidade de exercício de outra função ou actividade. Sendo relativa quando pode ser afastada mediante autorização administrativa. Trata-se de garantir a não ocorrência de colisão de interesses e o cumprimento dos deveres e obrigações do trabalhador, cfr. Ana Fernanda Neves, “O Direito...”, cit., pág. 500-501. De acordo com o artigo 20.º da LTFP, por regra, as funções públicas são exercidas em regime de exclusividade. Deste modo, qualquer trabalhador vinculado à Administração, independentemente da modalidade de emprego público em causa, não pode ter qualquer outro emprego público ou privado, excepto se houver lei a prever tal possibilidade e se for autorizado a fazê-lo por parte da entidade pública empregadora para a qual presta o seu trabalho, cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 27.º, pág. 81. Como as incompatibilidades constituem um entrave à livre possibilidade de acumulação de empregos (a inexistência de incompatibilidades é um dos requisitos de deferimento do pedido de acumulação), estas devem ser fixadas pela lei (n.º 5, do artigo 269.º da CRP), nos termos do regime geral de restrição de direitos. Sem prejuízo de outros previstos noutros diplomas legais, a Lei n.º 35/2014 prevê um regime de incompatibilidades e impedimentos (artigo 19.º a 24.º da LTFP). Sendo que a *incompatibilidade* traduz uma inconciliabilidade entre os cargos ou as funções a exercer pela mesma pessoa; e o *impedimento* representa a impossibilidade do exercício de funções por aquela pessoa apenas em determinados casos concretos (v.g. artigo 24.º da LTFP), cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 25.º, pág. 80. Prevendo-se nos artigos mencionados da LTFP em que situações, e em que termos, são possíveis as acumulações com outras funções públicas e com funções privadas (artigos 21.º e 22.º da LTFP). A acumulação de funções, quando admissível, depende de prévia autorização da entidade competente (artigo 23.º).

⁶²⁰ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 72 e Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 74.

⁶²¹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada*, Vol. II, cit., anotação ao artigo 269.º, pág. 842.

damente, pela garantia de cumprimento da prestação de trabalho em quantidade e qualidade⁶²².

Como refere Ana Fernanda Neves⁶²³ relativamente ao emprego público “há um talhe constitucional de directrizes quanto ao sistema de acumulações e incompatibilidades” (seja a regra da proibição de acumulações de empregos ou de cargos públicos; seja a imposição ao legislador da definição de um sistema de incompatibilidades). Tais directrizes, acrescenta aquela autora, não existem em relação ao emprego privado, apenas se prevendo a possibilidade “de o legislador introduzir restrições (entre elas, o excepcional obstar do exercício paralelo de várias profissões ou plúrimo de uma mesma profissão) ao direito fundamental da liberdade de escolha da profissão (2.ª parte do n.º 1 do art. 47.º da CRP)”. Há pois, na verdade, um maior condicionamento no exercício de uma profissão na *função pública* do que no sector privado.

vii) Também o *específico regime da responsabilidade* dos agentes administrativos, se afasta do regime previsto para os trabalhadores do sector privado, uma vez que a Constituição consagra o princípio da responsabilidade pessoal dos *funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas* no n.º 1, do artigo 271.º, da CRP – num preceito que tem como epígrafe “responsabilidade dos funcionários e agentes”. Esta responsabilidade individual dos servidores públicos, constitucionalmente consagrada, apresenta como características gerais: por um lado, que pode tratar-se de *responsabilidade disciplinar, criminal e civil*; e por outro lado, que esta responsabilidade é uma responsabilidade funcional, uma vez que esta decorre das acções ou omissões praticadas no exercício das funções pelos trabalhadores públicos, e por causa desse exercício, e existe desde que daí resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos⁶²⁴.

Relacionada com o tema da responsabilidade, como veremos *infra*, surge uma outra particularidade do regime do emprego público, que se prende com o especial regime de dependência hierárquica dos trabalhadores públicos⁶²⁵, muito mais rígido do que o regime existente

⁶²² Ana Fernanda Neves, *Relação Jurídica*, cit., pág. 50.

⁶²³ Ana Fernanda Neves, *Relação Jurídica*, cit., pág. 50.

⁶²⁴ Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 427-429.

⁶²⁵ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 269.º, pág. 838.

na relação de emprego privado. A Administração Pública é caracterizada por possuir uma organização estruturada de forma hierárquica⁶²⁶.⁶²⁷ O poder típico da superioridade na ordem hierárquica consiste no poder de direcção, a que corresponde, para o subalterno, o dever de obediência⁶²⁸. Este dever consiste em acatar e cumprir as ordens dos legítimos superiores hierárquicos, dadas em objeto de serviço e com a forma legal (cfr. artigo 73.º da LTFP). Assim, a Administração Pública tem uma estrutura hierarquizada, no qual o escalão superior manda sobre o inferior, pelo que, os trabalhadores públicos encontram-se assim obrigados a aceitar e a cumprir as ordens dos legítimos superiores hierárquicos, desde que dadas em objecto de serviço e com forma legal. Da violação deste dever resulta a figura da desobediência.⁶²⁹ O dever de obediência assume-se como um dos elementos preponderantes para a eficácia e eficiência de uma estrutura fortemente hierarquizada como é a Administração Pública, já se tendo referido que os três vértices desta estrutura são a autoridade, a obediência e a disciplina. Assistindo aos trabalhadores que ocupam uma determinada posição na hierarquia do serviço o poder de emanarem ordens e instruções dirigidas aos trabalhadores na hierarquia ocupam uma posição inferior, e que lhe estão subordinados, os quais, respeitados os requisitos legalmente previstos (existência de uma ordem, dada pelo legítimo superior hierárquico⁶³⁰,

⁶²⁶ Francisco Pimentel, *Direitos e Deveres dos Trabalhadores da Administração Pública*, cit., pág.158.

⁶²⁷ Hierarquia aqui referida como modelo de organização situada no interior de cada pessoa colectiva pública. Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Ed., cit., pág. 881.

Para mais desenvolvimentos, em geral e por todos, sobre a organização hierárquica dos serviços públicos, vide Paulo Otero, *Conceitos e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.

⁶²⁸ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Ed., cit., pág. 806.

⁶²⁹ Francisco Pimentel, *Direitos e Deveres dos Trabalhadores da Administração Pública*, cit., pág.158.

⁶³⁰ Quanto ao legítimo superior hierárquico sempre se entendeu que era todo aquele que se encontrasse “regularmente investido num cargo superior da mesma hierarquia do serviço de que faz parte aquele que as recebe” [cfr. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 10.ª Edição (10.ª Reimpressão), revista e actualizada por Diogo Freitas do Amaral, Almedina, Coimbra, 2010., pág. 731]. No entanto, tal não significa que pelo simples facto de um trabalhador ocupar uma categoria ou posto superior possa dar ordens a todos os outros que no serviço tenham um posto ou categoria inferior. Desde modo, entende Paulo Veiga e Moura que por *superior hierárquico* se deve entender todos aquele que na hierarquia de uma dada estrutura hierárquica ocupe uma posição que confira

em objecto de serviço, e na forma legal, n.º 8, do artigo 73.º da LTFP) estão obrigados a obedecer, e a cumprir⁶³¹. A ilegalidade da ordem ou instrução emanada de legítimo superior hierárquico em matéria de serviço não obsta à manutenção do dever de obediência, impondo-se que o funcionário previamente reclame, exija a sua transmissão ou confirmação por escrito para que se opere a exclusão da responsabilidade (n.º 2, do artigo 271.º, da CRP, e artigo 177.º da LTFP)⁶³². Apenas fica justificado o desrespeito do dever de obediência quando o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime, nos termos do n.º 3 do artigo 271.º da CRP.

viii) Articulado com a responsabilidade dos funcionários e agentes previstos no artigo 271.º da CRP, e com o dever de obediência referido, está a existência de um *regime disciplinar próprio* para os trabalhadores em funções públicas⁶³³, distinto do regime disciplinar dos trabalhadores privados — o regime disciplinar destes encontra-se previsto actualmente na Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, que revogou a Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro, que aprovara o estatuto disciplinar dos trabalhadores que exercem funções públicas. Assim, os trabalhadores da Administração estão sujeitos por imposição legislativa a um conjunto de deveres gerais⁶³⁴ (constituindo, *v.g.*, o dever de obediên-

um poder de direcção (isto é, de dar ordens e instruções a subalternos), enquanto, por sua vez, o *legítimo superior hierárquico* a que se refere o dever de obediência, será apenas aquele que, nessa mesma estrutura organizatória, ocupe uma posição que lhes confira igual poder de direcção na unidade, serviço específico ou especialidade funcional na qual também se insere quem recebe a ordem, cfr. Paulo Veiga e Moura, *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública: anotado*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, anotação ao artigo 3.º, pág. 63.

⁶³¹ Paulo Veiga e Moura, *Estatuto Disciplinar*, cit., anotação ao artigo 3.º, pág. 62.

⁶³² Ana Fernanda Neves, *Relação Jurídica*, cit., pág. 52.

⁶³³ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 71.

⁶³⁴ O artigo 73.º da LTFP identifica aqueles que são os deveres gerais dos trabalhadores: o *dever de prossecução do interesse público* (consiste na sua defesa, no respeito pela Constituição, pelas leis e pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadão, e que deve presidir a todas as atuações do trabalhador); o *dever de isenção* (consiste em não retirar vantagens, directas ou indirectas, pecuniárias ou outras, para si ou para terceiro, das funções que exerce); 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); 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 divul-

cia um deles) e de deveres especiais⁶³⁵. A violação de um ou de vários destes deveres por parte dos trabalhadores constitui, por regra, uma infracção disciplinar (cfr. artigo 183.º da LFTP)⁶³⁶, que deve dar origem à abertura de um procedimento disciplinar específico (cfr. artigo 194.º e sgs., da LFTP), para efeitos de apuramento da respectiva responsabilidade disciplinar. A Constituição da República Portuguesa assegura a todos os trabalhadores da Administração Pública o direito de audiência e de defesa em processo disciplinar (n.º 10, do artigo 32.º; e n.º 3 do artigo 269.º da CRP), o que determina que ninguém pode ser sancionado disciplinarmente sem ser assegurada tal audiência e defesa.⁶³⁷ Referem Gomes Canotilho e Vital Moreira que o sentido útil desta referência constitucional do direito de audiência e de defesa é o de dever considerar-se a falta de audiência do arguido ou a omissão de formalidades essenciais à sua defesa como implicando a ofensa do conteúdo essencial do direito fundamental de defesa, daí resultando a

gada) 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); 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); o *dever de lealdade* (consiste em desempenhar as funções com subordinação aos objectivos do órgão ou serviço); o *dever de correção* (consiste em tratar com respeito os utentes dos órgãos ou serviços e os restantes trabalhadores e superiores hierárquicos); e os *deveres de assiduidade* e de *pontualidade* (consistem em comparecer ao serviço regular e continuamente e nas horas que estejam designadas).

⁶³⁵ Os *deveres especiais* são aqueles que resultam directa e exclusivamente da natureza e características concretas do serviço público a que o trabalhador se encontra afecto, encontram-se previstos e regulados numa série avulsa de diplomas de carácter orgânico dos respectivos serviços ou de enquadramento e estabelecimento do regime de algumas carreiras especiais. Como é, *v.g.*, o caso do artigo 7.º, do Decreto-Lei n.º 170/2009, de 3 de Agosto, que estabelece o regime da carreira especial de inspecção, no qual se sujeita estes profissionais a um especial dever de sigilo, cfr. Francisco Pimentel, *Direitos e Deveres dos Trabalhadores da Administração Pública*, cit., pág. 159.

⁶³⁶ O comportamento por intermédio do qual o trabalhador, por ação ou omissão, viole estes deveres gerais ou os deveres especiais inerentes à função que exerce, corresponde a uma *infracção disciplinar* (artigo 183.º da LFTP). Tal comportamento não tem de ser doloso bastando ser meramente negligente. Esta infracção é claramente distinta da infracção penal, na medida em que, não obstante alguns pontos de contacto, possuem fundamentos diferentes, objectivos distintos e regras nem sempre coincidentes, cfr. Paulo Veiga e Moura, *Estatuto Disciplinar*, cit., anotação ao artigo 1.º, pág. 38.

⁶³⁷ Paulo Veiga e Moura, *Estatuto Disciplinar*, cit., anotação ao artigo 28.º, pág. 190 e Ana Fernanda Neves, “O Direito...”, cit., pág. 525.

nulidade do procedimento disciplinar⁶³⁸. Caso se conclua, no decurso do procedimento disciplinar, que foi cometida uma infração disciplinar, aplica-se uma sanção disciplinar ao trabalhador em causa⁶³⁹.

ix) Quanto à responsabilidade criminal, o Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, na sua actual redacção, reserva para os trabalhadores públicos o Capítulo IV (artigo 372.º a 386.º), no qual prevê a tipificação de ilícitos penais específicos para estes trabalhadores, sobre crimes cometidos no exercício de funções públicas, no seguimento do artigo 271.º da CRP, dizendo esta responsabilidade respeito somente a actos ou omissões praticados no exercício das funções e por causa desse exercício⁶⁴⁰.

x) Já no que concerne à responsabilidade civil extracontratual dos agentes e funcionários dispõe o artigo 22.º da CRP, qual consagra em termos amplos um *princípio geral da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas*⁶⁴¹. Este preceito constitucional estipula que o Estado e demais pessoas colectivas públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares de órgãos, funcionários e agentes por acções ou omissões praticadas no exercício das suas

⁶³⁸ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada*, Vol. II, anotação ao artigo 269.º, pág. 841.

⁶³⁹ As sanções disciplinares aplicáveis aos trabalhadores em funções públicas pelas infrações que cometam são as seguintes: *repreensão escrita* (mero reparo da irregularidade, aplicável a infrações leves de serviço, nos termos do artigo 184º); *multa* (pagamento de uma quantia certa, aplicável a casos de negligência ou má compreensão dos deveres funcionais nos termos do artigo 185.º); *suspensão* (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 protecção social, aplicável em casos de grave negligência ou com grave desinteresse pelo cumprimento de deveres funcionais ou de atentados graves contra a dignidade e prestígio da função, conforme o disposto nos artigos 181.º, 182.º e 186.º); e *demissão ou despedimento* (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, excepto quanto à aposentação e reforma por velhice, embora impossibilitem o trabalhador de voltar a exercer funções públicas, desde que não requeiram similares condições de confiança e dignidade; é aplicável quando a infracção cometida inviabilize a manutenção da relação funcional, nos termos do artigo 187º, da LTFP).

⁶⁴⁰ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 72.

⁶⁴¹ Neste sentido, António Dias Garcia, “Da responsabilidade civil objectiva do Estado e demais entidades públicas”, in *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, Coordenação de Fausto de Quadros, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2004, pág.197

funções e por causa desse exercício⁶⁴². Em termos legislativos quanto a este tipo de responsabilidade dispõe a Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprovou o regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas. O Capítulo II desta lei refere-se à *responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa*. Na Secção I, daquele capítulo, prevê-se a *responsabilidade por facto ilícito*, sendo que o artigo 7.º consagra a *responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas colectivas de direito público*, enquanto o artigo 8.º prevê a *responsabilidade solidária em caso de dolo ou culpa grave*. Já na Secção II, do mesmo Capítulo II encontra-se prevista a *responsabilidade pelo risco*, no artigo 11.º, daquela lei. Assim, de acordo com o n.º 1, do artigo 7.º daquela lei existe uma responsabilidade exclusiva da entidade empregadora pública relativamente a danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, cometidas com *culpa leve*, pelos titulares dos seus funcionários ou agentes. A exclusão da responsabilidade pessoal no caso de culpa leve deve-se a razões de política legislativa e tem em vista evitar constrangimentos de actuação que poderiam ocorrer se o funcionário ou agente tivesse que responder civilmente sempre que, em cada situação concreta, tivesse agido com menor cuidado ou empenho⁶⁴³. Sendo no confronto com o artigo subsequente, artigo 8.º, que se chega à conclusão que a responsabilidade pessoal do funcionário ou agente apenas opera em relação a danos causados pelas suas actuações que tenha actuado *com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo* (cfr. n.º 1, do artigo 8.º), caso em que, funcionando embora a responsabilidade solidária da Administração, por efeito de imposição constitucional, a entidade demandada pode exercer o direito de regresso contra o agente responsável (cfr. n.ºs 2 e 3, do artigo 8.º). Quanto à responsabilidade civil extracontratual pelo risco encontra-se prevista no artigo 11.º a responsabilidade pelo risco, por regra, é apenas das pessoas colectivas administrativas e não dos seus funcionários ou agentes (responsabilidade exclusiva e objectiva das entidades públicas), uma vez que o risco é criado em benefício exclusivo do interesse público levado a cabo pelas

⁶⁴² Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual*, cit., pág. 111.

⁶⁴³ Neste sentido, Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual*, cit., anotação ao artigo 7.º, pág. 111 e 113.

primeiras e não dos interesses particulares dos segundos (teoria *do risco-proveito*)⁶⁴⁴⁻⁶⁴⁵.

xi) Outra das características, tradicionalmente apuradas, do regime do emprego público prende-se com um tradicional regime de estabilidade estatutária acrescido da relação de emprego público em comparação com o emprego privado⁶⁴⁶. A estabilidade, mesmo que mais de facto do que de *jure*, parece ter sido sempre um apanágio do emprego público⁶⁴⁷. Apesar do direito fundamental à segurança dos trabalhadores estar prevista na Constituição (artigo 53.º da CRP) e ser um direito de todos os trabalhadores, públicos ou privados, não se prevê no texto constitucional que exista um direito à estabilidade mais intenso para os servidores públicos do que para os trabalhadores privados⁶⁴⁸, não obstante *a tradição de estabilidade firmada ao longo de dé-*

⁶⁴⁴ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, Lisboa, 2008, pág.38.

⁶⁴⁵ Para mais desenvolvimentos sobre a responsabilidade civil extracontratual, *vide*, entre outros, Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual*, cit.; e Luís Cabral de Moncada, *Responsabilidade Civil Extra-Contratual do Estado: A Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro*, Edição Abreu & Marques, Vinhas e Associados – Sociedade de Advogados, RL, 2008; e, José Carlos Vieira de Andrade, “A Responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 137.º, 2008, pág. 360-371.

⁶⁴⁶ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 269.º, pág. 838.

⁶⁴⁷ Ana Fernanda Neves, *Relação Jurídica*, cit., pág. 54, nota n.º 151.

⁶⁴⁸ A doutrina e a jurisprudência que se têm vindo a debruçar sobre a questão em apreço em torno do artigo 53.º da Constituição, vêm afirmando que não existe qualquer disposição constitucional que assegure um direito à segurança no emprego em medida diversa da que protege os demais trabalhadores em especial a quaisquer trabalhadores da Administração Pública, neste sentido, nomeadamente, no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 4/03, de 7 de Janeiro, pode ler-se que “... a nossa Constituição não afirma qualquer garantia de vitaliciedade do vínculo laboral da Função Pública. Os trabalhadores da Função Pública não beneficiam de um direito à segurança do emprego em medida diferente daquela em que tal direito é reconhecido aos trabalhadores em geral”. No entanto, Maria Fernanda Palma, a qual votou vencida esse Acórdão, nota que considera que “... apesar de não existir na Constituição garantia de que o emprego na Função Pública seja vitalício (...), não pode deixar de se considerar, na situação em apreço, que há uma tradição de estabilidade firmada ao longo de décadas. (...) Esta ‘estabilidade’ é, aliás, manifestação de uma certa credibilidade do Estado empregador e expressão do bom funcionamento de uma Administração Pública baseada na experiência dos seus funcionários”. Para mais desenvolvimentos sobre o direito à estabilidade nas relações de emprego público, *vide* Alda Martins, “A laboralização da função pública”, cit., pág. 163-184.

*cadav*⁶⁴⁹, pois, durante muito tempo, o legislador consagrou através de várias e sucessivas leis um direito à estabilidade (quase vitaliciedade) no emprego daqueles servidores públicos⁶⁵⁰. Assegurar a estabilidade aos funcionários públicos revelou-se, desde sempre, importante para preservar os agentes administrativos das pressões dos seus superiores ou de terceiros, bem como para assegurar a continuidade do serviço público em épocas de flutuações políticas e governativas. Como refere Eduardo Sebastião Vaz Oliveira, a ideia de liberdade dos indivíduos associada à Revolução Francesa vem inspirar a necessidade de salvaguarda dos cidadãos contra o Estado, mesmo contra o Estado-Patrão. Deste modo, “[n]ão havia, somente, pois, que salvaguardar os cidadãos contra as prepotências estaduais, mas também que defender os próprios agentes do Estado contra as arbitrariedades do Poder”⁶⁵¹, a qual se traduziu a este nível dos agentes do Estado na ideia de estabilidade como factor de garantia de permanência e funcionamento, ao serviço exclusivo do interesse geral, quaisquer que fossem as flutuações políticas e governativas verificadas no “exterior”⁶⁵².⁶⁵³

Assim, a ideia de estabilidade surge como factor de garantia de permanência e funcionamento, ao serviço exclusivo do interesse geral, quaisquer que fossem as flutuações políticas e governativas verificadas no “exterior”.

⁶⁴⁹ Maria Fernanda Palma em voto vencido ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 4/03, de 7 de Fevereiro.

⁶⁵⁰ Alda Martins, “A laboralização da função pública”, cit., pág. 180-182.

⁶⁵¹ Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, *A função Pública Portuguesa*, cit., pág. 40.

⁶⁵² Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, *A função Pública Portuguesa*, cit., pág. 28-40.

⁶⁵³ Também, neste sentido, João Alfaia referindo que “o papel relevante que as pessoas colectivas de direito público desempenham postula (...) que o vínculo existente entre elas e os seus profissionais assegure a estes a maior estabilidade de emprego, não apenas em contrapartida aos ónus que a sua situação comporta em prol do bem colectivo, como ainda no sentido de conduzi-los à especialização e, sobretudo, lhes assegure a independência no exercício da função pública – designadamente a isenção partidária – que os coloque, quanto possível, ao abrigo das substituições determinadas pelos interesses marcadamente privados das clientelas partidárias”, cfr. João Alfaia, *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, cit., pág. 444-449. Também a este propósito da estabilidade, nota Paulo Veiga e Moura que “[e]mbora a realidade demonstre que a especificidade do lugar público implica, por vezes, menores direitos, ou, pelo menos, uma menor faculdade de gozo dos mesmos, apontando-se tradicionalmente, como exemplo das vantagens adicionais, a maior estabilidade de emprego de emprego reconhecida aos trabalhadores da função pública”, cfr. Paulo Veiga e Moura, *Função Pública...*, cit., pág. 20, nota n.º 25.

Também, neste sentido, Marcello Caetano refere pouco a pouco se foi “*radicando a ideia de que todos os funcionários deviam, como profissionais da Função Pública, ter a situação garantida por leis que obrigassem e limitassem os superiores. Essa estabilidade, esse estado, constaria assim de um estatuto legal*”⁶⁵⁴. De acordo com este ilustre professor, a estabilidade derivava do direito ao lugar que o funcionário adquiria quando era provido por nomeação definitiva ou vitalícia e do qual só poderia ser privado nos casos de processo criminal ou disciplinar⁶⁵⁵.

A estabilidade coloca, assim, o trabalhador em funções públicas numa melhor posição para assumir e prosseguir, somente, os fins institucionais da Administração⁶⁵⁶. Mais recentemente escreveu a este propósito Alda Martins: “*a ideia de estabilidade ao nível dos agentes do Estado surgiu como factor de garantia de permanência e funcionamento ao serviço exclusivo do interesse geral, e assim, necessariamente, de salvaguarda pessoal dos mesmos relativamente às flutuações políticas e governativas.*”⁶⁵⁷. Com a entrada em vigor da LVCR e do RCTFP coloca-se em causa essa estabilidade acrescida, reconhecida legislativamente durante décadas, dos trabalhadores públicos, pois aquelas leis passam a prever a possibilidade de cessação do contrato de trabalho em funções públicas por causas objectivas, ao mesmo tempo que esta modalidade de vinculação se torna a regra no emprego público, mantendo-se actualmente a tradicional estabilidade do emprego público apenas para os casos do vínculo da nomeação.

Mesmo assim, actualmente, a estabilidade no emprego público ainda continua a ser superior à existente no sector privado: verificando-se uma causa objectiva que pode levar à cessação do vínculo, o trabalhador público só verá o seu contrato de trabalho em funções públicas cessar após um ano em situação de requalificação⁶⁵⁸, e caso não

⁶⁵⁴ Marcello Caetano, *Manual*, Vol. II, cit., pág. 685.

⁶⁵⁵ Marcello Caetano, *Manual*, Vol. II, cit., pág. 758.

⁶⁵⁶ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 74.

⁶⁵⁷ Alda Martins, “A laboralização da função pública”, cit., pág. 181.

⁶⁵⁸ As causas de extinção dos diversos vínculos de emprego públicos encontravam-se, na legislação agora revogada, dispersas por inúmeros preceitos de distintos diplomas. Agora, na LTFP, surge o artigo 289.º preceito que procede à tendencial uniformização das razões subjacentes à extinção das distintas modalidades de vínculos, no seu n.º 1, surgindo as excepções nos n.ºs 2 e 3. Assim, são causas comuns de extinção do vínculo de emprego público as seguintes: caducidade; acordo; extinção por motivos disciplinares; extinção pelo trabalhador com aviso prévio; extinção pelo trabalhador com justa causa (n.º 1, do preceito citado). Constituindo causa específica de cessação do contrato de trabalho em funções

tenha reiniciado funções⁶⁵⁹, este processo de requalificação não existe no regime jurídico do emprego privado⁶⁶⁰.

xii) Outra especificidade prende-se com a jurisdição competente para resolver os litígios emergentes da relação de emprego público. Enquanto nos termos do artigo 12.º, da LFTP, os tribunais administrativos e fiscais são os competentes para a resolução de litígios emergentes do vínculo de emprego público, já os competentes para julgar os conflitos resultantes da relação de emprego privado são os tribunais judiciais, em especial dos tribunais do trabalho. Contudo, tal solução, no caso concreto da relação de emprego público, de submeter os litígios dela emergentes à jurisdição administrativa e fiscal, uma vez que todas as modalidades de emprego público actualmente existentes dão origem a uma *relação jurídico-administrativa*, sempre decorreria do disposto no n.º 3 do, artigo 212.º, da CRP⁶⁶¹, o qual estabelece que compete a estes tribunais dirimir os litígios emergentes das *relações jurídicas administrativas e fiscais*⁶⁶².

públicas a extinção do vínculo na sequência de processo de requalificação de trabalhadores em caso de reorganização de serviços ou racionalização de efetivos na Administração Pública (n.º 2, do mesmo). Por último, de referir que corresponde a causa específica de cessação da comissão de serviço a denúncia pelo trabalhador ou pelo empregador (cfr. n.º 3, do artigo 289.º). Para mais desenvolvimentos, Miguel Lucas Pires, *Lei Geral*, cit., anotação artigo 289, pág. 297, e Cláudia Sofia Henriques Nunes, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas face à Lei Geral do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág 377 e sgs.

⁶⁵⁹ Cfr. n.º 2, do artigo 259.º e artigo 311.º da LFTP.

⁶⁶⁰ Cfr. artigo 369.º e 371.º do Código do Trabalho.

⁶⁶¹ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, cit., anotação ao artigo 12.º, pág. 133.

⁶⁶² A constitucionalização formal dos tribunais administrativos e fiscais que aconteceu com a segunda revisão constitucional (de 1989), leva a que estes deixem de ser uma ordem judicial constitucionalmente facultativa, tornando-se num contencioso de plena jurisdição à semelhança do processo civil. Isto quer dizer que a competência dos tribunais administrativos e fiscais deixou de ser especial ou excepcional face aos tribunais judiciais – tradicionalmente considerados como tribunais ordinários ou comuns –; passando a ser a partir de então tribunais ordinários da justiça administrativa, (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 212.º, pág. 565). A redacção conferida ao n.º 3, do artigo 212.º, da CRP, que prevê que é da competência dos tribunais administrativos e fiscais “o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais”, vem colocar a relação jurídica administrativa “como o verdadeiro conceito central do sistema de justiça administrativa em Portugal” (cfr. Miguel Assis Raimundo, *As empresas públicas nos tribunais administrativos – contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 139, que lhe estrutura o âmbito e os dos meios processuais (cfr. Pedro Madeira de Brito,

Contudo, assinale-se que não deixa de ser sintomático da intenção do legislador de uniformizar os regimes disciplinadores do emprego público e privado, que o anteprojecto da LTFP tenha previsto, até à penúltima versão, a atribuição da competência para dirimir estes litígios decorrentes do vínculo de emprego público aos tribunais do trabalho⁶⁶³. Contudo, actualmente, pelo menos até novas alterações legislativas, os

Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes, cit., pág. 491). O desafio colocado por esta alteração constitucional foi o de proceder à operacionalização do conceito de relação jurídica administrativa (cfr. cfr. Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 491). A qualificação de que estão apenas em causa litígios emergentes de relações jurídico-administrativas transporta duas dimensões caracterizadoras: em primeiro, as acções e recursos incidem sobre relações jurídicas em que, pelo menos, um dos sujeitos é titular, funcionário ou agente de um órgão de poder público (especialmente da Administração Pública); e em segundo, as relações jurídicas controvertidas são reguladas, sob um ponto de vista material, pelo Direito Administrativo (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 212.º, pág. 567). Adiante-se assim, que, o conceito de relação jurídica pressupõe uma conexão com o direito administrativo como forma de atrair para a esfera do contencioso administrativo a resolução dos litígios que dela emergem (cfr. Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 491).

Não pretendendo aqui tomar parte na discussão em torno do conceito de relação jurídica administrativa, nem aprofundá-lo, diremos apenas reproduzindo uma feliz síntese definitiva de relação jurídica administrativa de Alexandra Leitão, que aquela consiste numa “*relação social entre dois ou mais sujeitos de Direito, públicos ou privados, visando a prossecução do interesse público, regulado essencialmente por normas de Direito Administrativo, e cujo conteúdo são as situações jurídicas activas e passivas dos sujeitos envolvidos*” (cfr. Alexandra Leitão, *A protecção judicial de terceiros nos contratos da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 63). Daqui retira, precisamente, Pedro Madeira de Brito, como tópico relevante na sua perspectiva, que a relação jurídica administrativa pressupõe um relação suficientemente forte com o Direito Administrativo e com o interesse público, que lhe está subjacente, para justificar que litígios que dela resultem se encontrem submetidos aos Tribunais Administrativos, concluindo, o autor citado, que “[a] *essencialidade da submissão a regras de Direito Administrativo significa apenas a suficiência para evocar a jurisprudência administrativa*” (cfr., também para mais desenvolvimentos sobre a noção da relação jurídica administrativa, cfr. Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 493).

⁶⁶³ Cláudia Nunes, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas*, cit., pág. 18, nota n.º 7.

litígios emergentes das relações de emprego público continuam a estar submetidos aos Tribunais Administrativos e Fiscais⁶⁶⁴⁻⁶⁶⁵.

A opção que o legislador ordinário acaba por consagrar no artigo 12.º da LTFP, de submeter os litígios do emprego público à jurisdição administrativa, deixa claro que a relação jurídica de emprego público como relação jurídica administrativa que é, continua a encontrar conexão com as regras de Direito Administrativo⁶⁶⁶. Lembre-se, a redacção do n.º 3, do artigo 212.º, da CRP, ao estabelecer que compete àqueles tribunais dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas vem colocar *a relação jurídica administrativa* “como verdadeiro conceito central do sistema de justiça administrativa em Portugal”⁶⁶⁷, resultando deste conceito que a relação jurídica controvertida apresenta forte conexão com o Direito Administrativo⁶⁶⁸. Assim, ao submeter-se os litígios emergentes da relação de emprego público, como relação jurídica administrativa que é, aos tribunais administrativos e fiscais deixa claro que a relação de emprego público continua a apresentar uma conexão relevante com o Direito Administrativo, ou, caso assim não fosse, caso aquela relação já não apresentasse uma forte conexão com este ramo do direito, os litígios emergentes daquela relação não seriam entregues à jurisdição administrativa (como acontece com os contratos individuais de trabalho ainda que no seio da Administração, mas entregues à disciplina do direito laboral privado, cfr. alínea b) do n.º 4 do artigo 4.º do ETAF). Evidentemente que a forte conexão com

⁶⁶⁴ Sobre a discussão doutrinal sobre se o n.º 3, do artigo 212.º, consagra uma verdadeira reserva material absoluta de jurisdição em favor dos Tribunais Administrativos e Fiscais, *vide* Jorge Miranda e Rui Medeiros, *A Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anotação ao artigo 212.º, pág. 148-149. Defendem estes autores que o artigo 212.º da CRP não consagra “uma reserva absoluta. O legislador dispõe, assim, de uma certa margem de conformação, no respeito pelo núcleo essencial caracterizador do âmbito material de cada uma das jurisdições, pelo que, pode proceder à atribuição pontual a uma das jurisdições do poder de dirimir litígios que, na ausência de tal determinação, corresponderiam à outra jurisdição”, (*ibidem*, pág. 149). Actualmente, o legislador continua a considerar excluídos os litígios emergentes de contratos individuais de trabalho celebrados com a Administração Pública da jurisdição administrativa (alínea d), n.º 3, do artigo 4.º, ETAF)

⁶⁶⁵ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 73.

⁶⁶⁶ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 491.

⁶⁶⁷ Cfr. Miguel Raimundo, *As empresas públicas nos tribunais administrativos*, cit., pág. 139.

⁶⁶⁸ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 493, e, ainda, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 212.º, pág. 567.

o direito administrativo, não afasta a possibilidade de aplicação à relação de emprego público de normas provenientes de outros ramos de Direito⁶⁶⁹ (*v.g.*, como acontece, perante os dados juspositivos em vigor, com o Código do Trabalho a título subsidiário, por remissão do artigo 4.º da LTFP), mas significa que existe uma preponderância do Direito Administrativo naquela relação de emprego público, ou seja, a maior parte do regime jurídico do emprego público continua a ser dado por este ramo do direito público.

xiii) Estas especificidades da relação jurídica de emprego público são as que costumam ser apontadas para justificar a existência de um regime especial para esta categoria de emprego⁶⁷⁰. Correspondem, como observámos, a particularidades que resultam, directa ou indirectamente, da Constituição.

A generalidade das especificidades expressamente previstas na Constituição corresponde a verdadeiros *princípios materiais informadores da função pública*, os quais não são de natureza puramente administrativa, mas de autêntico direito constitucional.

Assim, uma vez que a *função pública* integra a ordem constitucional democrática, os aspectos nucleares do seu regime são regulados pela Constituição, pelo Direito Constitucional⁶⁷¹.⁶⁷²

xiv) Já segundo o entendimento de Ana Fernanda Neves⁶⁷³, a especificidade do emprego público prende-se, pelo menos, em parte,

⁶⁶⁹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 495.

⁶⁷⁰ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 74.

⁶⁷¹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 269.º, pág. 837.

⁶⁷² Corresponderão, pelo menos os previstos no artigo 269.º, na abordagem de Ana Fernanda Neves, a aspectos do regime que integram o, por si apelidado, “mínimo denominador comum de regime de Direito Público”, que se aplica independentemente da natureza e do regime jurídicos (laboral privado ou laboral administrativo) da relação de emprego estabelecida com um empregador público, cfr. Ana Fernanda Neves, “O direito da ...”, cit., pág. 362 e 366. Pois, refere a autora citada, que “os aspectos de regime contemplados no art[igo] 269.º impõem-se relativamente a qualquer relação de trabalho na Administração Pública, porque surgem como que assépticos relativamente a um regime de trabalho jus-administrativo e jus-privatístico”, cfr. Ana Fernanda Neves, “Os «desassossegos» de regime da função pública”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLI, n.º 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 61.

⁶⁷³ Ana Fernanda Neves, *Relação Jurídica*, cit., pág. 57 e sgs.

com a fonte pública da remuneração. Pois, os trabalhadores públicos são remunerados com dinheiros públicos, provenientes dos impostos cobrados aos contribuintes. Enquanto no sector privado, apesar da imposição constitucional “*para trabalho igual salário igual*” (cfr. alínea a), do n.º 1, do artigo 59.º da CRP), nada impede que o empregador privado remunere diferentemente os seus trabalhadores (v.g., com base na qualidade e produtividade da prestação), no sector público a retribuição é legalmente fixada, para cada categoria e carreira (cfr. artigo 144.º e sgs., da LTFP). A remuneração é um elemento essencial da relação jurídica de emprego público. Esta constitui a contrapartida económica da prestação do trabalho por parte do trabalhador para com a entidade empregadora pública⁶⁷⁴. O direito à remuneração constitui um direito fundamental do trabalhador, não apenas do ponto de vista formal – por ordem da sua consagração constitucional, nos termos do artigo 59.º da CRP –, mas também do ponto de vista material “dada a natureza, importância e substantividade do bem que dele é objecto”⁶⁷⁵⁻⁶⁷⁶. A remuneração é devida com o início do exercício de funções, e esta apresenta, de acordo com os dados juspositivos vigentes, três componentes: a remuneração base⁶⁷⁷, que é a sua componente fixa; os suplementos remuneratórios⁶⁷⁸ e os prémios de desempenho⁶⁷⁹, que são os

⁶⁷⁴ Ana Fernanda Neves, “O direito da ...”, cit., pág. 502.

⁶⁷⁵ Jorge Leite, “As disposições da lei do Orçamento Geral do Estado para 2011 relativas aos trabalhadores do sector público”, in *Questões Laborais*, ano XVIII, n.º 38, 2011, pág. 265.

⁶⁷⁶ Cláudia Nunes, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas*, cit., pág. 309.

⁶⁷⁷ Nos termos do artigo 150.º da LTFP, “[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”.

⁶⁷⁸ Nos termos do artigo 159.º da LTFP: “[s]ão suplementos remuneratórios 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”.

⁶⁷⁹ De acordo com Francisco Pimentel pode definir-se prémio de desempenho como “o montante pecuniário destinado a reconhecer e a recompensar o desempenho excepcional do trabalhador objectivamente relevado e avaliado durante um determinado período de tempo da sua actividade profissional”, cfr. Francisco, *Direitos e Deveres dos Trabalhadores da Administração Pública – na relação jurídica de emprego público*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 122. Trata-se pois de um acréscimo remuneratório que se encontra intimamente relacionada e dependente da aplicação efectiva do SIADAP, cfr. Francisco Pimentel, *Direitos e Deveres dos Trabalhadores da Administração Pública*, cit., pág. 122. Assim, através dos prémios de produtividade ou de desempenho (artigo 166.º a 168.º da LTFP) pretende-se diferenciar e premiar a qualidade do trabalho do trabalhador, concretizando-se, deste modo, a obrigação de remuneração.

componentes eventuais e variáveis^{680_681}.

xv) Ora, da existência destas especificidades resultará certamente para o emprego público um regime específico, contudo coloca-se nesta sede uma complexa de saber se esse regime específico deve ser distinto do regime laboral comum, e continuar a ser de direito administrativo, ou esse regime pode ser considerado apenas como um mero regime especial dentro do Direito do Trabalho⁶⁸². Segundo cremos, a existência de especificidades na relação de emprego público continua a justificar a sujeição da disciplina do emprego público a um regime específico, não meramente especial face ao regime laboral comum, mas antes como um regime distinto deste, um regime de verdadeiro Direito Administrativo⁶⁸³.

nenar de forma diversa méritos diferenciados, conforme decorre do direito fundamental à retribuição consagrado na alínea a), do n.º 1, do artigo 59.º da CRP (cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 74.º, pág. 221-222).

⁶⁸⁰ Cfr. artigos 145.º e 146.º, da LTFP.

⁶⁸¹ Em períodos de grave crise económica como os que Portugal tem atravessado nos últimos anos, têm sido frequentes os constrangimentos orçamentais às valorizações e a outros acréscimos remuneratórias, como se pode observar, a título meramente exemplificativo, à semelhança do vinha acontecendo nas Lei do Orçamento de Estado anteriores, a Lei do Orçamento de Estado para 2015, aprovada pela Lei n.º 82-B/2014, de 31 de Dezembro, nos seus artigos 38.º e 39.º, prevê que se encontra vedada a prática de quaisquer actos que consubstanciem valorizações e outros acréscimos remuneratórios, designadamente os resultantes dos seguintes actos: “alterações de posicionamento remuneratório, progressões, promoções, nomeações ou graduações em categoria ou posto superiores aos detidos”; e atribuição de prémios de desempenho para além do limite máximo de 2 % dos trabalhadores do serviço, tendo como referência a última avaliação de desempenho efectuada (sendo que este limite máximo de 2 % pode ser aumentado até 5 %, associado a critérios de eficiência operacional e financeira das entidades empregadoras, nos termos e condições a definir por portaria governamental).

De notar, no entanto, que a proibição existente nesta Lei do Orçamento de Estado para 2015 quanto às valorizações remuneratórias, não prejudica a aplicação do Sistema Integrado de Gestão e Avaliação do Desempenho na Administração Pública. Contudo, e sempre que os resultados desta avaliação motivem alteração do posicionamento remuneratório, esta só se tornará efectiva após a cessação desta proibição, é, nomeadamente, o que acontece na hipótese de alteração do posicionamento obrigatório previsto no artigo 7.º, do artigo 156.º da LTFP, (cfr. n.º 4, do artigo 38.º da LOE para 2015).

⁶⁸² Num sentido próximo, Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 75.

⁶⁸³ Em sentido contrário parece ir Vera Antunes ao referir que a relação de emprego público devido às suas especificidades justifica um regime específico face ao regime laboral comum, mas que pode ser semelhante a este ainda que com as devidas adaptações à relação de emprego público, cfr., Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 75.

Apesar da aproximação entre regimes, as semelhanças entre emprego público e o emprego privado, não apagam as singularidades de cada um deles⁶⁸⁴. Pelo que, a relação de emprego público deve continuar a ser ditada por uma disciplina específica e distinta do emprego laboral privado. Como ensina Ana Fernanda Neves⁶⁸⁵ “[a] troca de contributos, a comunicação, entre as várias disciplinas jurídicas, o acentuar do carácter unitário da ordem jurídica nem por isso esvai a propriedade (...) dos diferentes ramos e conjuntos do Direito. Pelo que, acrescenta a autora, apesar “das tendências que emergem ou diferentes ritmos de desenvolvimento, os conteúdos concretos, não projectaram nem projectam a relação jurídica de emprego público para fora da sua «sintaxe» jurídica”.

6. Conclusões preliminares – Subsistência de dimensões estatutárias no regime de emprego público

A constitucionalização dos direitos fundamentais de todos os trabalhadores leva a um primeiro momento de crise do modelo estatutário clássico, o que vem originar a superação do modelo clássico, apesar de ter continuado a subsistir e vigorar um regime estatutário como regime disciplinador da *função pública*.

Posteriormente, com a entrada em vigor em pleno da Lei n.º 12-A/2008, surge um segundo, e novo, momento de crise do modelo estatutário do emprego público, o qual vem suscitar a dúvida de qual será natureza do regime que disciplina actualmente o emprego público: se direito (laboral) privado ou o direito (laboral) administrativo. Na sequência daquela lei generalizou-se um vínculo com origem no direito laboral comum, sob denominação de contrato de trabalho em funções públicas, que arrastou consigo institutos, instrumentos e normas próprios daquele direito privado.

A crise deste modelo mantém-se com a entrada em vigor da Lei n.º 35/2014, a qual além de perpetuar as soluções da LVCR, vem remeter em muitas matérias para o Código de Trabalho⁶⁸⁶.

⁶⁸⁴ Os elementos de “despublicização” do emprego público, na formulação de Franco Carinci, que analiticamente o transcorre, não o desidentificam, cfr. Franco Carinci, “Alle origini di una storica divisione: impiego pubblico-impiego privato”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano XXVIII (1974), pág. 1098 e sgs.

⁶⁸⁵ Ana Fernanda Neves, *Relação Jurídica*, cit., pág. 65.

⁶⁸⁶ Sobre a dimensão desta remissão da LTFP para o Código do Trabalho, vide Paulo

Por tudo isto, torna-se legítima a questão de saber se o regime laboral comum já se substituiu ao regime de direito administrativo enquanto regime disciplinador do emprego público. Ou, se pelo contrário, ainda restaram algumas dimensões estatutárias no regime actual do emprego público. Contudo, a subsistência de especificidades na relação de emprego público, designadamente o facto desta relação se desenrolar no seio de uma entidade empregadora pública e que se subordina ao interesse público, continua a justificar a sujeição a um regime específico e distinto do direito laboral comum.

Assim, entendemos, adiante-se, que perante o quadro constitucional e legal em vigor, é possível ainda descortinar duas dimensões claramente estatutárias, além de uma dimensão de direito laboral privado, correspondendo estas dimensões a três diferentes pilares no edifício do regime jurídico do emprego público.

Um *primeiro pilar* claramente de natureza estatutária, que compreende o conjunto de *princípios materiais informadores da função pública* que resultam de preceitos constitucionais (v.g., artigos 266.º e 269.º da CRP), pelo que, mais do que de natureza administrativa, são de autêntico direito constitucional, formal e material⁶⁸⁷ – destes princípios decorre também, segundo cremos, a consagração de uma *garantia institucional de função pública*.

Um *segundo pilar* que existe por imposição constitucional, que respeita “às bases do regime e âmbito da função pública”, as quais são obrigatoriamente fixadas pelo legislador (cfr. alínea t), do n.º 1, do artigo 165.º da CRP, e artigo 3.º da LTFP). Pelo que os traços essenciais da *função pública* continuam a provir de uma fonte unilateral, de direito público, *maxime de* direito administrativo.

Por fim, um *terceiro pilar* constituído pela aplicação subsidiária de normas laborais privadas ao regime do emprego público, apenas e só porque o legislador, demonstrando-se *irresistivelmente atraído* pelo direito laboral privado⁶⁸⁸, se recusa a fixar todo o regime do emprego público, e remete subsidiariamente, nalgumas matérias, para o Código do Trabalho.

Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, cit., anotação ao artigo 4.º, pág. 94 e sgs.

⁶⁸⁷ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 269.º, pág. 837.

⁶⁸⁸ Neste sentido, cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, cit., anotação ao artigo 3.º, pág. 92.

Entendemos, assim, face à existência das inegáveis dimensões estatutárias referidas (que correspondem ao *primeiro* e *segundo pilares*), que o regime continua a ser marcadamente estatutário, podendo concluir-se que o essencial do regime da *função pública* continua a ser fixado unilateralmente e deve ser ter-se como de *direito público* — sem prejuízo, como veremos, de a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, além das bases do regime, dispor sobre diversos outros aspectos do regime do emprego público, através de soluções legislativas, algumas das quais próximas de um regime mais publicizado (o regime aplicável aos trabalhadores nomeados), e outras de um regime mais privatizado (o regime que dispõe sobre os titulares do contrato de trabalho em funções públicas), pelo que se poderá concluir que o regime decorrente da lei ordinária em vigor apresenta uma dualidade, não sendo pois unitário, como, de resto, seria desejável.

Vendo a questão por outro prisma, a relação de emprego privado é disciplinada por normas de direito privado e de direito público. Como vimos, existem três áreas regulativas dentro do Direito do Trabalho⁶⁸⁹, sendo no caso do *direito do trabalho individual* e do *direito do trabalho colectivo* maioritariamente normas de direito privado, enquanto no caso do *direito das condições de trabalho* serão a maioria das normas de direito público⁶⁹⁰. Pelo que, estamos com aqueles⁶⁹¹ que consideram que se pode reconduzir globalmente o Direito do Trabalho por um critério de prevalência ao direito privado. Paralelamente, também a relação de emprego público actualmente, de acordo com o quadro constitucional e legal em vigor, é regulada quer por normas de direito público (algumas das quais de Direito Constitucional, outras de Direito Administrativo, correspondendo, respectivamente, ao *primeiro* e ao *segundo pilares* por nós enunciados), quer por normas de direito privado (artigo 4.º da LFTP que remete para o Código do Trabalho,

⁶⁸⁹ Neste sentido, Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 469.

⁶⁹⁰ Sobre a questão da natureza dos considerados três centros regulativos tradicionais do Direito do Trabalho, vide Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., pág. 64-65, Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 45-56 (também do mesmo autor num escrito anterior, Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho — Relatório*, cit., pág. 52-59), e António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, cit., 2012, pág. 52-54.

⁶⁹¹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 469.

Neste sentido, Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I*, cit., pág. 121-124.

corresponde ao *terceiro pilar* referido). Mas como a parte mais importante do seu regime jurídico é dado por normas de direito público, por um critério de prevalência, entendemos que a recondução do direito do emprego público deve neste tipo de relação continuar a fazer-se ao direito público.

Mais, se a relação de emprego privado não perde a sua identidade ao ver serem-lhe aplicadas normas de direito público, para além do direito privado, não se deve entender que a relação de emprego público perde a sua identidade só porque o legislador com as suas opções legislativas tem vindo a aproximar aquelas relações, designadamente, com a remissão de algumas matérias do emprego público para a disciplina do regime laboral comum.

O fenómeno que tem contribuído para a aproximação entre o universo do emprego público ao mundo do emprego privado tem vindo a ser designado de *privatização do emprego público*. Será sobre esse fenómeno que nos vamos centrar a seguir, para posteriormente tentarmos descortinar se devido a ele o direito laboral comum já terá substituído o direito administrativo enquanto regime disciplinador do emprego público.

PARTE II

COORDENADAS DA PRIVATIZAÇÃO DO EMPREGO PÚBLICO

CAPÍTULO III

Privatização do emprego público

CAPÍTULO IV

Evolução dos vínculos do emprego público

CAPÍTULO V

O Direito Administrativo como regime do emprego público?

CAPÍTULO III

A PRIVATIZAÇÃO DO EMPREGO PÚBLICO

1. Interpenetração entre direito laboral e direito do emprego público

Como já referimos, os regimes do emprego público e emprego privado têm vindo a aproximar-se. Ora, a temática da interpenetração entre o regime jurídico da *função pública* e o regime laboral comum apresenta-se como muito interessante e aliciante, não obstante, ser também especialmente difícil, uma vez que aos manifestos traços de aproximação entre as situações do emprego público e do emprego privado, se vêm a opor as lógicas diversas de construção jurídica que inerem à inserção de cada uma destas situações nas duas grandes áreas da divisão clássica da ordem jurídica – ou seja, a do direito privado e a do direito público⁶⁹².

⁶⁹² Neste ponto seguimos de perto, Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 439 e sgs.

A interpenetração entre os regimes da *função pública* e do laboral privado apresenta-se dotada de um carácter dinâmico e oscilante do ponto de vista histórico, sendo recíproca a influência entre regimes e institutos de cada uma das áreas em questão⁶⁹³. Assim, este fenómeno apresenta dois vectores, por um lado, a influência começou por ser do direito público para o direito laboral português, assistindo-se ao que pode designar-se como vector da *publicização do direito laboral português* – diversas normas e institutos resultam de influências do direito público –, por outro lado, assiste-se posteriormente, mais recentemente, embora de forma crescente, ao surgimento de um outro vector que pode designar-se de forma ampla de *privatização* ou *laboralização do regime do emprego público* – com importação de regimes, figuras, institutos e soluções tipicamente laborais⁶⁹⁴. Como ensina Rogério Soares “*se noutros tempos foi a máquina estadual quem forneceu o modelo para a organização das empresas, hoje verifica-se precisamente o contrário*”⁶⁹⁵.

Quanto a primeiro vector, apesar do recorte privado e contractual da relação laboral, o direito laboral português foi, desde cedo, influenciado pelo direito público (*publicização do direito laboral português*). No caso português esta influência foi particularmente favorecida pelo corporativismo, na medida em que a ideologia do Estado Novo viabilizou a expansão para o domínio privado da ordem jurídica, das ideias do interesse público e da superioridade dos interesses nacionais sobre os interesses privados e permitiu também a aplicação à relação de trabalho do princípio da colaboração interclassista, traduzida na ideia da mútua colaboração entre o trabalhador e o empregador. Foi também esta ideologia que justificou a erradicação dos fenómenos laborais colectivos de conflito, como a greve e o *lock-out* pela Constituição de 1933 (artigo 39.º), e pelo Estatuto do Trabalho Nacional

⁶⁹³ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 443.

⁶⁹⁴ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 444.

⁶⁹⁵ Rogério Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, 1969, pág. 171.

(artigo 9.º)⁶⁹⁶.⁶⁹⁷ São demonstrativos desta penetração publicista no direito laboral português, e da vitalidade que ainda hoje evidencia: as fontes laborais, a organização da empresa laboral e em diversos institutos típicos do direito do trabalho como o poder directivo e o poder disciplinar⁶⁹⁸.

Ao nível das fontes laborais é especialmente reveladora da influência do direito público no direito laboral a configuração actual da figura da convenção colectiva de trabalho⁶⁹⁹. Assim, actualmente, ape-

⁶⁹⁶ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 444.

A greve viria mesmo a ser novamente prevista no Código Penal, na redacção dada ao artigo 170.º pelo Decreto-Lei n.º 35.105, de 15 de Outubro de 1945, no capítulo respeitante aos “crimes contra a segurança interior do Estado”, vide Jorge Leite, *Direito do Trabalho*, Vol. I, cit., pág. 273.

⁶⁹⁷ Além do Estatuto do Trabalho Nacional aprovado pelo Decreto-Lei n.º 23.048, de 23 de Setembro de 1933, os diplomas mais importantes que desenvolveram aspectos de direito do trabalho, foram a Lei n.º 1.952, de 10 de Março de 1937, que foi o primeiro diploma que regulou de forma autónoma o contrato de trabalho e constitui antecedente legislativo da Lei do Contrato de trabalho. Este diploma legal consistiu na primeira regulamentação genérica do contrato do trabalho feito numa perspectiva actual, diversa daquela que presidiu à elaboração do regime dos contratos de trabalho no Código Civil de 1867, ou seja, em que o contrato de trabalho já não era visto como um dos negócios jurídicos obrigacionais. Este diploma foi substituído pelo Decreto-Lei n.º 47.031, de 27 de Maio de 1966, que por sua vez, veio a ser revogado pela Lei do Contrato de Trabalho (LCT) aprovada pelo Decreto-Lei n.º 49.408, de 24 de Novembro de 1969, que sofreu varias alterações durante a sua longa vigência e recentemente revogada pelo Código do Trabalho de 2003, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto. Tendo depois este sido revogado pelo Código do Trabalho de 2009, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro (cfr., também para mais desenvolvimentos sobre a evolução histórica do direito do trabalho em Portugal, Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 76 e ssg).

⁶⁹⁸ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 445.

⁶⁹⁹ A convenção colectiva de trabalho é definida por António Menezes Cordeiro como “um convénio celebrado entre associações de trabalhadores e empregadores, individuais ou, também, associados, para regular aspectos relativos a situações jurídicas laborais” (cfr. António Menezes Cordeiro, *Convenções colectivas de trabalho, e alterações de circunstâncias*, LEX, Lisboa, 1995, pág. 13). O Direito Inglês foi pioneiro no reconhecimento das convenções colectivas de trabalho, tendo-se desenvolvido sobretudo no decurso do século XIX. No pensamento juslaboral anglo-saxónico, a convenção colectiva assume o duplo papel de contrato (“tratado de paz”), entre os celebrantes e de regulação (“código”) para os trabalhadores e empresas que, por ela, venham a ser envolvidos (cfr. António Menezes Cordeiro, *Convenções colectivas de trabalho, e alterações de circunstâncias*, cit., pág. 13-14, e Otto Kahn-Freund, *Labour and the Law*, 3.ª ed., 1983, Stevens & Sons Ltd., Londres, pág. 154 e ssg). Na Alemanha, a ordem jurídica foi pioneira, a nível continental, no que toca às convenções colectivas de trabalho e ao direito colectivo do trabalho. Em 1873, foi celebrado, com os tipógrafos, a primeira convenção colectiva. Em Portugal, o aparecimento de con-

venções colectivas de trabalho datará, em princípio, apenas do século XX, embora faltem estudos que permitam proceder à sua datação exacta, cfr. António Menezes Cordeiro, *Convenções colectivas de trabalho, e alterações de circunstâncias*, cit., pág. 14 e 22. As primeiras referências que se encontram ao fenómeno são de origem doutrinária, desde modo, Cunha Gonçalves refere, em 1905, que quanto ao contrato colectivo, “*não entrou elle ainda nos habitos do nosso aperariado*” (cfr. Luiz da Cunha Gonçalves, *A evolução do movimento operário em Portugal*, A. de Mendonça, Lisboa, 1905, pág. 95). Enquanto Ruy Ulrich, em 1906, faz uma defesa teórica das vantagens do “contrato colectivo” que liga expressamente à evolução das associações operárias, apontando-o como uma fonte de progresso jurídico-laboral (cfr. Ruy Ennes Ulrich, *Legislação operária portuguesa*, Coimbra, 1906, pág. 440-446). O Decreto n.º 10.415, de 27 de Dezembro, de 1924 foi o primeiro diploma que expressamente se referiu aos contratos colectivos de trabalho, este referia no seu preâmbulo que os contratos colectivos eram apresentados como “*um dos melhores meios de os sindicatos e federações cumprirem a sua finalidade*”, apesar de so seu articulado se limitar a dispor no artigo 3.º “[a]s federações ou uniões, desde que estejam devidamente registadas, têm individualidade jurídica para todos os efeitos legais, designadamente para celebrar contratos colectivos de trabalho”. Pelo que, a celebração de convenções colectivas em Portugal até ao período corporativo terá sido diminuta (cfr. Luís Gonçalves da Silva, *Notas sobre a Eficácia Normativa das Convenções Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 28). Em síntese, pode afirmar-se, acompanhando as palavras de António Menezes Cordeiro, que “*antes do período corporativo, a temática das convenções colectivas de trabalho foi impulsionada pela doutrina universitária; não havendo regulação legal, elas poderiam ter-se desenvolvido livremente, tal como sucedeu noutros espaços jurídicos, dentro dos esquemas da autonomia privada, o que não terá sucedido por insuficiências económicas e culturais gerais; pelo que, no final do período chegou-se a uma pequena referência legislativa*”, cfr. António Menezes Cordeiro, *Convenções colectivas de trabalho, e alterações de circunstâncias*, cit., pág. 23). Já no período corporativo, possivelmente devido a influências das experiências estrangeiras, o Estado dá maior importância ao problema das convenções colectivas de trabalho. Assim, desde logo, tanto a Constituição Política de 1933, como o Estatuto do Trabalho Nacional, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 23 048, de 23 de Setembro de 1933, importante complemento da lei fundamental, contêm normas sobre a contratação colectiva, “*o que é bem demonstrativo da relevância dada pela nova ordem à fonte laboral*”, cfr. Luís Gonçalves da Silva, *Notas sobre a Eficácia Normativa das Convenções Colectivas*, cit., pág. 30-31. Poucos anos depois, a Lei n.º 1.952, de 10 de Março de 1937, que aprovou a primeira lei portuguesa do contrato de trabalho – que assim substituiu as normas do Código Civil de 1867 sobre trabalho assalariado (cfr. Jorge Leite, *Direito do Trabalho*, Vol. I, cit., pág. 51) – compreendia também normas sobre o contrato colectivo. O artigo 2.º referia que as cláusulas e condições do contrato de trabalho podem constar de contratos individuais e de contratos colectivos, enquanto o artigo 3.º dispunha “[o]s contratos ou acordos colectivos de trabalho, acompanhados do despacho da sua aprovação pelo Subsecretário de Estado das Corporações e Previdência Social, serão publicados no Boletim do Instituto Nacional do Trabalho e Previdência (...)”. Pelo que, se assiste assim a uma clara preocupação de interferência estadual, acompanhado de um modesto desenvolvimento da matéria, cfr. António Menezes Cordeiro, *Convenções colectivas de trabalho, e alterações de circunstâncias*, cit., pág. 24. Mas apenas em 1947, se aprovou, com o Decreto-Lei n.º 37.173, de 6 de Março, o primeiro regime geral das convenções colectivas de trabalho, tratando-se de um diploma de trinta e um artigos, sendo bastante sintéticos. O seu preâmbulo dá conta de que, com base apenas nos artigos 32.º a 34.º do Estatuto do Trabalho Nacional e nos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 1.952, de 10

sar da sua estrutura privada e negocial, a convenção colectiva de trabalho é reconhecida pela lei como fonte específica do direito laboral (cfr. artigo 1.º do Código do Trabalho)⁷⁰⁰, e apresenta diversas caracterís-

de Março, de 1937, eram celebradas “muitas convenções colectivas, graças às quais foi notavelmente melhorada a situação de classes numerosas de trabalhadores de indústria, do comércio e da lavoura”. Destacamos do regime estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 36.173, de 6 de Março, de 1947, os seguintes principais pontos: delimitação estrita do âmbito das convenções colectivas, quer pela positiva (artigo 5.º), quer pela negativa (artigo 7.º), reconhecimento do princípio do tratamento mais favorável, ainda que subordinada à lei (artigo 6.º), sujeição das convenções à homologação governamental, daí dependendo a sua eficácia (artigo 29.º), uniformização do conteúdo das convenções (artigo 24.º). Uma das limitações deste diploma prende-se com o facto de não resultar dele claro a existência subjacente de interesses contrapostos, pelo que, este sistema só funcionava se, e na medida, em que as partes chegassem a acordo – fora da situação que prevê que as comissões corporativas têm “funções de conciliação entre as partes, quando se pretenda fazer conhecer direitos emergentes das convenções e um dos interessados o requeira”, n.º 3, do artigo 12.º. Em 1969, foi publicado o Decreto-Lei n.º 49.212, de 28 de Agosto (alterado pelo Decreto-Lei n.º 492/70, de 22 de Outubro), que apresentava uma melhor técnica de redacção, tendo estabelecido um sistema de convenção colectiva de onde perpassava a existência de interesses contrapostos (deste modo, este diploma previa, no caso da negociação das convenções coletivas terminar sem acordo, a tentativa de conciliação, no caso de se gorar a conciliação, seguia-se um processo de arbitragem, artigos 13.º a 21.º), mas sem ter, no entanto, chegado a admitir as lutas laborais colectivas, as quais estavam, na época, proibidas – nomeadamente a greve – o que teria introduzido um importante passo para a liberalização do regime (cfr. António Menezes Cordeiro, *Convenções colectivas de trabalho, e alterações de circunstâncias*, cit., pág. 29-30, e Luís Gonçalves da Silva, *Notas sobre a Eficácia Normativa das Convenções Colectivas*, cit., pág. 36). No período pós-revolução, com o fim do corporativismo, destaca-se a Constituição de 1976 que se refere às convenções colectivas no n.º 3, do artigo 56.º, o qual se limita a declarar que “*competem às associações sindicais exercer o direito de contratação colectiva, o qual é garantido nos termos da lei*”. O regime jurídico das convenções colectivas, neste âmbito do direito laboral comum, era dado pelo Decreto-Lei n.º 519-C1/79, de 29 de Dezembro, que estabeleceu o regime jurídico das relações colectivas de trabalho, até à sua revogação pelo Código do Trabalho de 2003 (cfr. António Jorge da Motta Veiga, *Lições de Direito do trabalho*, cit., pág. 108). Encontrando-se, actualmente, o regime das convenções colectivas previsto no Código do Trabalho de 2009. Quanto à consagração do direito de celebrar convenções colectivas no âmbito do regime jurídico do emprego público surgir em momento posterior ao consagrado no âmbito daquele direito laboral privado, conhecendo aquela consagração uma evolução muito própria, da qual pretendemos dar conta em sede própria *infra*.

⁷⁰⁰ A convenção colectiva começou por ser entendida na qualidade de contrato de direito privado entre sindicatos e entidades empregadoras. Os deveres que dela pudessem advir para os celebrantes de contratos individuais de trabalho eram explicados recorrendo a conhecidos institutos civis, tais como a representação. Mais tarde, as tendências autoritárias do corporativismo levariam à *publicização* da figura, sindicatos e grémios de empregadores receberam poderes de autoridade e as convenções colectivas surgem como regulamentação delegada (muitas figuras técnicas poderiam explicar tal situação). Vindo

ticas que favorecem a sua caracterização como acto normativo: entre elas, a sujeição da convenção colectiva a um controlo administrativo prévio, embora actualmente apenas de índole meramente formal, que se efectiva com o depósito administrativo da convenção (cfr. artigo 494.º e seguintes, do Código do Trabalho); o processo de entrada em vigor semelhante ao das leis (cfr. artigo 519.º, do Código do Trabalho); e a notas de generalidade e de abstracção como características típicas das normas jurídicas, que se manifestam na aplicabilidade da convenção a todos os trabalhadores e empregadores membros das associações outorgantes, ou que venham a sê-lo durante a respectiva vigência (cfr. artigo 496.º, do Código do Trabalho)⁷⁰¹. Ao tempo que estas características foram introduzidas na figura da convenção colectiva, a ideologia dominante, a do corporativismo, facilitava a caracterização desta figura como a de um acto normativo puro: pela natureza jurídica pública que era ao tempo reconhecida aos sindicatos e grémios (eram considerados como entidades de direito público), e esta caracterização justificava, por si, o controlo administrativo – à data tratava-se de um verdadeiro controlo de mérito, que implicava a sujeição do conteúdo dos contratos colectivos de trabalho a homologação governamental –, o processo de entrada em vigor, e a eficácia geral que era então reconhecida a este instrumento⁷⁰².⁷⁰³ Contudo, o facto é que, com a reposição plena da

no entanto, com a evolução posterior, a partir da alteração da ordem jurídico-constitucional, a ocorrer uma inversão com a “reprivatização” das convenções colectivas (cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 449). Assim, após o 25 de Abril de 1974, a autonomia colectiva é defendida e propugnada e as convenções colectivas são de novo entendidas como contratos de direito privado, se bem que a sua eficácia normativa não suscita quaisquer dúvidas, encontrando-se reconhecida por diplomas legislativos superiores, cfr. António Menezes Cordeiro, *Convenções colectivas de trabalho, e alterações de circunstâncias*, cit., pág. 57.

⁷⁰¹ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 446.

⁷⁰² Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 446.

⁷⁰³ A doutrina nacional, no início, tentou manter o problema no âmbito do direito privado, considerando os contratos colectivos como contratos de direito privado em sentido próprio (cfr. neste sentido, Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. VII, Coimbra Editora, Coimbra, 1933, pág. 576 e 582; também Rául Rodrigues Ventura, *Teoria da relação jurídica de trabalho. Estudo de Direito Privado*, Vol. I, Imprensa Portuguesa, Porto, 1944, pág. 183). Mas cedo “se lhe contrapuseram tentativas publicísticas, que, no fundo, tendiam para a inclusão dos contratos colectivos, numa hierarquia rígida de fontes, em consonância com uma afirmada estrutura corporativa” (cfr. António Menezes Cordeiro, *Convenções colectivas de trabalho, e alterações de circuns-*

tâncias, cit., pág. 25). Neste contexto, António Motta Veiga propõe um esquema geral de evolução do sistema das convenções colectivas, na direcção do direito público, que, segundo este, assentam em três fases evolutivas. Começando pela fase da *convenção colectiva livre*, na qual o Estado se abstém de intervir, os seus efeitos eram restritos às entidades que, directamente ou por meio de representação voluntária, a houvesse firmado e dependiam da incorporação nos contratos individuais, que podiam derogá-las; a execução do contrato colectivo era confiado às organizações profissionais contratantes, “*era o regime inicial, ainda seguido por muitos países quando eclodiu a guerra de 1914*”. A segunda fase é marcada pelo reconhecimento legal dessas convenções, na qual o legislador “*limita-se a dar existência legal aos sindicatos profissionais e às convenções que eles celebram*”; os contratos colectivos assumiriam certos efeitos jurídicos, não podendo ser derogados pelos contratos individuais de trabalho; a sua execução é confiada aos tribunais. A terceira fase prende-se com a das *convenções dotadas de funções regulamentares* na qual o Estado confere a esses instrumentos força de lei em toda a profissão. O que significa que estes instrumentos obrigam todos os profissionais e empresários da respectiva actividade, independentemente de estarem representados voluntariamente pelas partes contratantes. (cfr. António da Motta Veiga, *A regulamentação do salário*, 1944, pág. 154-162 . António Motta Veiga aponta as principais características deste regime das convenções de direito público, 1.º a celebração de convenções é privilégio das organizações profissionais reconhecidas pela lei; em cada circunscrição territorial (que pode abranger todo o país), a lei apenas reconhece um organismo único, por actividade ou profissão, 2.º a eficácia das convenções colectivas depende da sua aprovação pelos poderes públicos competentes, 3.º uma vez aprovadas pelo órgão competente do Estado, as convenções colectivas obrigam igualmente, e por força de lei, os inscruções e não inscruções nos organismos celebrantes, desde que exerçam efectivamente a mesma profissão ou actividade, 4.º a lei determina previamente as matérias que as convenções colectivas devem obrigatoriamente conter, sob pena de nulidade, 5.º a fiscalização compete aos signatários e às autoridades competentes do Estado, os órgãos jurisdicionais asseguram a execução das convenções (cfr. António da Motta Veiga, *A regulamentação do salário*, 1944, pág. 159-160). A legislação portuguesa, neste período corporativo, em obediência a a nítidas preocupações centralizadoras (cfr. António Menezes Cordeiro, *Convenções colectivas de trabalho, e alterações de circunstâncias*, cit., pág. 26), consagrou expressamente estas características do regime das convenções de direito público. Verificando, muito brevemente, a consagração destas características no direito à data vigente, respectivamente, diga-se que quanto à celebração de convenções ser um privilégio das organizações profissionais reconhecidas pela lei, estabelecia o artigo 37.º da Constituição Política de 1933 que “[o]s organismos corporativos de natureza económica autorizados pelo Estado podem, nos termos da lei, celebrar contratos colectivos de trabalho, os quais serão *nulos sem a sua intervenção*”, enquanto, neste contexto, o artigo 32.º, do Estatuto do Trabalho Nacional dispunha que “[o]s sindicatos nacionais e os grémios ajustam entre si contratos colectivos de trabalho destinados a regular as relações entre as respectivas categorias de patrões e de trabalhadores. O contrato colectivo de trabalho consubstancia a solidariedade dos vários factores de cada ramo das actividades económicas, subordinando os interesses parciais às conveniências superiores da economia nacional”. Por sua vez, quanto à existência de sindicatos únicos por categoria profissional, considerados à data entidades de direito público, o artigo 3.º, do Estatuto do Trabalho Nacional, consagrava que “*o Estado só reconhece como entidade de direito público um único sindicato nacional por categoria profissional*”. Por sua vez, quanto à eficácia das convenções colectivas ficar depende de aprovação pelos órgãos competentes, e, uma vez aprovadas

por estes, aquelas adquirirem eficácia geral, dispunha o artigo 33.º, do mesmo Estatuto, que “[o]s *contratos colectivos de trabalho, uma vez sancionados pelos organismos corporativos superiores e aprovados pelo Governo, obrigam os patrões e trabalhadores da mesma indústria, comércio ou profissão, quer estejam ou não inscritos nos grémios e sindicatos respectivos*”. Já em relação ao conteúdo obrigatório das convenções colectivas estabelecia o artigo 34.º, do Estatuto do Trabalho Nacional, que “os contratos colectivos conterão obrigatoriamente normas relativas ao horário e disciplina do trabalho, salários ou ordenados, sanções por infracção dos regulamentos, faltas regulamentares, descanso semanal, férias, condições de suspensão ou perda de emprêgo, período de garantia dêste no caso de doença, licença para serviço militar, tempo de aprendizagem ou de estágio para o pessoal entrado de novo e quotas de comparticipação das entidades patronais e dos empregados ou assalariados nas organizações sindicais de previdência”. Relativamente à execução das convenções, compete à Inspecção do Trabalho, organismo do Estado, velar pelo cumprimento das normas contidas nas convenções colectivas de trabalho, conforme disposto n.º 1, do artigo 90.º, do Regulamento do Instituto Nacional do Trabalho e Previdência, aprovado pelo Decreto n.º 32 593, de 29, de Dezembro, de 1942. Já quanto aos litígios que emergam das convenções colectivas, estes competiam aos tribunais do trabalho, em obediência ao disposto no artigo 38.º da Constituição de 1933, julgar “os litígios que se refiram às relações colectivas do trabalho” (cfr., continuamos a acompanhar, António da Motta Veiga, *A regulamentação do salário*, 1944, pág. 160-162).

Vigou, assim, durante o corporativismo, a regra da *aplicação geral das convenções* colectivas de trabalho a associados e a não associados (cfr. artigo 33.º do Estatuto do Trabalho Nacional), mantendo-se tal princípio nos primeiros tempos a seguir ao 25 de Abril, ao contrário da actualmente onde vigora o princípio da dupla filiação, nos termos do artigo 496.º do Código do Trabalho (cfr., também para mais desenvolvimentos, Bernardo da Gama Lobo Xavier, “As fontes específicas de Direito do Trabalho e a superação do princípio da filiação”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XLVI (XIX da 2.ª série), 2005, pág. 135, nota n.º 46). O corporativismo, deformando a natureza e fins da acção sindical, tendo em vista a eliminação de conflitos de trabalho em nome do interesse nacional, levou até às últimas consequências a integração dos sindicatos no ordenamento estadual. O Estado eliminou a liberdade sindical na constituição e gestão dos sindicatos e estabeleceu o princípio de um único sindicato por categoria profissional com representação obrigatória da mesma. As convenções colectivas celebradas no quadro da organização sindical corporativa aplicavam-se vinculativamente a todos os membros da categoria, independentemente de filiação sindical (cfr. artigo 33.º, do Estatuto do Trabalho Nacional). A convenção colectiva corporativa era, deste modo, considerada expressão de *um poder normativo* dos sindicatos sobre os membros da categoria (cfr. José Barros Moura, *A convenção colectiva entre as fontes de direito do trabalho – contributo para a teoria da convenção colectiva de trabalho no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1984, pág. 105-106). Neste sentido, por um lado, *v.g. o n.º 1, do artigo 90.º, do Regulamento do Instituto Nacional do Trabalho e Previdência, aprovado pelo Decreto n.º 32.593, de 29, de Dezembro, de 1942*, referia-se expressamente a “normas respeitantes a (...) convenções colectivas de trabalho”; por outro lado, este *poder normativo* vai ao encontro da *tese regulamentar* ou *normativa* da convenção colectiva, que parece poder considerar-se defensável durante esta época do corporativismo (cfr. António da Motta Veiga, *Lições de Direito do Trabalho*, 4.ª edição, Lisboa, 1992, pág. 109, e artigo 33.º, do Estatuto do Trabalho Nacional). Esta concepção atribui relevo predominante à eficácia vinculativa que a convenção colectiva assume para todos os seus destinatários individualmente con-

autonomia colectiva e a reprivatização das associações representativas dos trabalhadores e dos empregadores após o 25 de Abril⁷⁰⁴, as convenções colectivas mantiveram no essencial aqueles traços regimentais que tinham facilitado a sua recondução à categoria de fontes laborais. Mantendo-se até hoje a marca do direito público na configuração destes instrumentos de regulamentação colectiva⁷⁰⁵.

Dentro ainda do domínio das fontes, outra figura reveladora da penetração publicista no direito laboral é a figura da portaria de extensão (artigo 514.º do Código do Trabalho)⁷⁰⁶. A doutrina considera a portaria de extensão ou como um regulamento administrativo ou como um acto administrativo⁷⁰⁷. Através a portaria de extensão, a qual é publicada em portaria do ministério responsável pela área de

siderados. Mais, as teorias que afirmam a natureza regulamentar da convenção colectiva consideram esta como emanção do poder normativo das organizações que participam na sua elaboração; e, quanto ao poder regulamentar dos sindicatos, uma das formas de encarar o problema consiste em admitir que o Estado delega nos sindicatos o poder de emitirem normas jurídicas aplicáveis às relações de trabalho subordinado por meio de actos (contratos) com natureza de verdadeiros regulamentos profissionais, o que pressupõe, inevitavelmente, a atribuição aos sindicatos de poderes de supremacia e autoridade sobre os trabalhadores e empregadores, em relação aos quais emitem comandos jurídicos (cfr. José Barros Moura, *A convenção colectiva entre as fontes de direito do trabalho*, cit., pág. 105-106), pelo que, será de concluir que as convenções colectiva detinham *natureza normativa* ou *regulamentar*. Nesta época não se pode afirmar que existia verdadeiramente liberdade de negociação, pois o Estado controlava a organização sindical e a actividade por ela desenvolvida, na qual se inseria a celebração dos contratos colectivos que, além disso, ainda estavam sujeitos a homologação governamental, cfr. José Barros Moura, *A convenção colectiva entre as fontes de direito do trabalho*, cit., 1984, pág.106-107, e artigo 33.º do Estatuto do Trabalho Nacional.

⁷⁰⁴ Sobre a natureza privada das associações patronais e sindicais no actual sistema jurídico-constitucional, *vide* Maria do Rosário Palma Ramalho, *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*, cit., pág. 821 e sgs.

⁷⁰⁵ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 446.

⁷⁰⁶ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pg. 446.

Sobre uma análise à evolução histórica da figura das convenções colectivas, *vide* Luís Gonçalves da Silva, “Pressupostos, requisitos e eficácia da portaria de extensão”, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. I, Pedro Romano Martinez (coord.), Almedina, 2001, pág. 674 e sgs.

⁷⁰⁷ Sobre o problema da natureza jurídica das portarias de extensão, *vide* cfr. António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 16.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pág. 91 e 681, Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 447, Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações laborais colectivas*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 380, e Luís Gonçalves da Silva, “Pressupostos, requisitos e eficácia da portaria de extensão”, cit., pág. 732.

trabalho, pode ser alargado o âmbito de aplicação de uma convenção colectiva ou de uma decisão arbitral⁷⁰⁸, a trabalhadores ou empregadores do mesmo, ou semelhante, sector profissional ou económico, que não estavam *ab initio* abrangidos pelo instrumento de regulamentação colectiva de trabalho por não serem membros das associações sindicais ou patronais outorgantes (cfr. artigo 514.º a 519.º, do Código do Trabalho). Originalmente, durante o período corporativista, este regime não levantava dúvidas porque à própria convenção colectiva objecto da extensão era reconhecida natureza pública – podendo considerar-se que o chamado “despacho de alargamento” surgiu com o Decreto-Lei n.º 32.749, de 15 de Abril de 1943, que atribuiu, no seu artigo 7.º, a faculdade genérica ao Subsecretário de Estado das Corporações e Previdência Social deste “determinar por despacho a aplicação de todas ou parte da cláusulas das convenções colectivas de trabalho em vigor a actividades ou profissões idênticas ou similares não abrangidas por aquelas convenções”, com este Decreto a regulamentação de trabalho ficou a caber não tanto às convenções colectivas de trabalho, como aos despachos governamentais, ainda que estes revistam-se carácter de absoluta excepção⁷⁰⁹. Actualmente, a figura da portaria de extensão não pode deixar de ser considerada como um instrumento jurídico muito *sui generis*, porque consistindo esta num acto regulativo público, o seu conteúdo normativo consiste no aproveitamento de um acto negocial privado celebrado em prossecução de interesses próprios de certa carreira profissional, o qual passa a ser dotado de força pública para vir a ser aplicado a outros sujeitos privados⁷¹⁰ – pelo, que a portaria de extensão além dos traços jurídico-laborais, apresenta claramente traços de direito público, sendo pois uma figura jurídica que pertence, no mínimo, a duas áreas do direito, ao Direito Administrativo e ao Direito

⁷⁰⁸ Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 1092, e artigo 514.º e sgs., do Código do Trabalho.

⁷⁰⁹ Neste sentido, e também para uma análise da evolução histórica da figura das portarias de extensão durante o período do Estado Novo, *vide* Luís Gonçalves da Silva, “Pressupostos, requisitos e eficácia da portaria de extensão”, cit., pág. 675.

⁷¹⁰ Sobre a originalidade substancial deste instrumento normativo, *vide* Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 447, e Maria do Rosário Palma Ramalho, *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*, cit., pág. 922.

do Trabalho^{711_712}.

Já no que respeita à organização da empresa laboral, as influências da organização hierárquica típica dos serviços públicos são nesta matéria especialmente evidentes⁷¹³. Pois, tal como é típico de um serviço público, a organização da empresa laboral é concebida em termos hierárquicos e os poderes de direcção e de disciplina têm uma estrutura hierárquica. Neste sentido, se compreendem as referências legais aos superiores hierárquicos do trabalhador, ao dever de obediência do trabalhador em relação aos superiores hierárquicos (cfr. n.º 2,

⁷¹¹ Neste sentido, Luís Gonçalves da Silva, “Pressupostos, requisitos e eficácia da portaria de extensão”, cit., pág. 671. Refere, a propósito, este autor que a portaria de extensão pertence ao Direito Administrativo por estar em causa a actuação da Administração munida de *ius imperii*, e no caso do Direito do Trabalho não só porque se estende um instrumento laboral (convenção colectiva ou decisão arbitral), como por se aplicar a entes laborais. Esta actividade levada a cabo pela Administração se subsume na função administrativa, o que tem como consequência a aplicação à portaria de extensão também das normas e princípios enformadores do Direito Administrativo (*ibidem*, pág. 671).

⁷¹² Com a entrada em vigor da Lei n.º 35/2014, deixa de existir no âmbito do emprego público a figura da portaria de extensão, *vide* artigo 10.º da Lei n.º 35/2014 que aprovou a LTFP, e artigo 370.º da LTFP. Na verdade, enquanto até aqui os acordos colectivos eram apenas aplicáveis aos trabalhadores filiados nas estruturas sindicais outorgantes, com a entrada em vigor da LTFP os trabalhadores não filiados nas referidas estruturas passam a ter o dever de se oporem aos acordos colectivos que abranjam a carreira na qual se encontram inseridos ou aos acordos colectivos celebrados pelo seu empregador público, sob pena de, não o fazendo no prazo de quinze dias a contar da data entrada em vigor do acordo colectivo, passarem a ser abrangidos pelas disposições de tais acordos (n.º 3 a n.º 5, do artigo 370.º da LTFP, e Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 10.º do Lei n.º 35/2014 da LTFP, pág. 23). A LTFP fixou assim um regime de extensão automática dos efeitos dos acordos colectivos a trabalhadores não filiados, para assim, no entender de Pedro Madeira de Brito, superar os problemas colocados pelo princípio da filiação (cfr. Pedro Madeira de Brito, “O reconhecimento legal do direito à contratação colectiva dos trabalhadores da Administração pública: da negação à consolidação”, in *Questões Laborais*, Ano XXI, n.º 45, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 347). Esta extensão do âmbito de aplicação produz como consequência, desde logo, a eliminação da figura dos regulamentos ou portarias de extensão. No entanto este alargamento do alcance não é automático tendo o trabalhador quinze dias a contar da entrada em vigor do acordo colectivo para exercer o direito de oposição (cfr. Miguel Lucas Pires, *Lei geral do Trabalho em Funções Públicas*, cit., anotação ao artigo 370.º, pág. 371).

Também, sobre a questão da eliminação da figura da portaria de extensão do âmbito do emprego público, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar alertam para que a opção referida suscita dúvidas em termos de compatibilidade com o direito à liberdade sindical (cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 10.º do Lei n.º 35/2014 e artigo 13.º da LTFP, pág. 23 e 136).

⁷¹³ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 448.

do artigo 128.º do Código do Trabalho), ao direito de reclamação do trabalhador para o “escalão hierarquicamente superior” (cfr. n.º 7, do artigo 329.º do Código do Trabalho). Também as referências à *carreira* e ao regime legal de tutela da *categoria do* trabalhador (v.g., alínea b), do n.º 3, do artigo 106.º; e, alínea e), n.º 1, do artigo 129.º, do Código do Trabalho), apontam para um modelo empresarial vertical, semelhante ao dos serviços públicos. Finalmente, a forma de conceber e regulamentar o poder disciplinar laboral – e até a sua admissibilidade, uma vez que consiste num poder privado de punir –, tem claramente como modelo o poder disciplinar administrativo, dele transportando, designadamente, o enunciado das sanções disciplinares, a exigência de um processo disciplinar, e o direito de reclamação e de impugnação judicial da sanção aplicada (cfr. artigo 328-329.º do Código do Trabalho). Mais uma vez, poderá afirmar-se que a construção vertical da empresa laboral e a estruturação hierárquica dos poderes laborais foram facilitadas pelo ambiente corporativista envolvente. A organização da empresa à imagem dos serviços públicos quadrava bem à sua visão, corporativista, como célula social produtiva por excelência a ao princípio da colaboração interclassista, e a estruturação hierárquica dos poderes laborais coadunava-se facilmente com os princípios de chefia que acompanhavam aquela ideologia⁷¹⁴. Os regimes descritos sobreviveram até hoje, ainda que complementados por outras regras, que procuram adequar a organização do trabalho a modelos de maior flexibilidade e horizontalidade. Pelo que, pode dizer-se que a *reprivatização* da relação laboral, na sequência da alteração da ordem jurídico-constitucional, não alterou esta concepção essencialmente vertical da empresa e dos poderes laborais⁷¹⁵.

Decorre do exposto, que uma boa parte das influências do direito público no direito do trabalho resultou de um determinado contexto ideológico existente à data, o do corporativismo, elas sobreviveram ao declínio desta ideologia, mantendo-se até hoje. Nuns casos a alteração constitucional não teve efeitos nos institutos, e nos regimes laborais, desenvolvidos por influência do regime anterior – foi o que aconteceu com *poder directivo* e com o *poder disciplinar* (v.g., artigos 98.º

⁷¹⁴ Neste sentido, Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 448-449.

⁷¹⁵ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 448-449.

a 328.º do Código do Trabalho). Noutros casos, as alterações foram profundas, mas os traços de influência publicista foram adaptadas ao novo contexto jurídico-constitucional – constituindo o exemplo mais paradigmático, deste segundo caso, o caso das *convenções colectivas*, cuja reprivatização não obsteu à continuação da sua qualificação como *fonte laboral* (cfr. artigo 1.º, do Código do trabalho), as quais têm eficácia geral, mas agora apenas, quando tal é assegurado por *portarias de extensão* (cfr. artigo 514.º e sgs. do Código do Trabalho)⁷¹⁶.

Por outro lado, a influência do direito público no direito laboral não só não desapareceu com a entrada num nova ordem jurídico-constitucional, como se mantém esta influência com o renovado recurso a instrumentos e regimes administrativos para prosseguir novas necessidades no domínio laboral. Como o caso da figura da comissão de serviço (aprovada pelo Decreto-lei n.º 404/91, de 16 de Outubro, que estabeleceu o novo regime jurídico do trabalho em comissão de serviço de acordo com os compromissos assumidos no acordo económico e social celebrado a 19 de outubro de 1990; actualmente a figura da comissão de serviço encontra-se prevista nos artigos 161.º e sgs., do Código do trabalho) que tomou por modelo a figura administrativa da comissão de serviço, com objectivo, ainda que tímido, de flexibilizar o regime da contratação laboral e da mobilidade funcional dos trabalhadores subordinados ao tempo extremamente rígido.

Quanto ao segundo vector, da *privatização do direito da função pública*, embora seja um fenómeno relativamente recente, a denominada tendência para a privatização do emprego público parece ser um fenómeno em expansão, e por isso mesmo, tem começado aos poucos a despertar algum interesse da doutrina, embora a nível nacional, até agora, mais por parte dos juslaboratistas e menos dos jus-administrativistas, como veremos *infra*⁷¹⁷. Sob o mesmo termo de *privatização do emprego público* escondem-se diferentes tendências e fenómenos, de miscigenação do regime do funcionalismo público com elementos

⁷¹⁶ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 448-449, e Maria do Rosário Palma Ramalho, *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*, cit., pág. 275-276.

⁷¹⁷ Entre nós, entre outros, Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., Maria João Estorninho, *A fuga para o direito privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Colecção Teses, Almedina, Coimbra, (reimpressão), 1999.

conformadores típicos dos contratos de trabalho e com institutos laborais típicos, tanto da área regulativa individual como da área regulativa colectiva do direito do trabalho⁷¹⁸.

A tendência genérica para a *privatização do emprego público* deu-se sobretudo a partir da entrada em vigor da CRP de 1976, desde logo, com a expansão de direitos fundamentais tradicionalmente reconhecidos aos trabalhadores privados para o sector público, que é particularmente significativa no que se refere aos denominados direitos laborais colectivos – *maxime*, a liberdade sindical, o direito de negociação colectiva e o direito de greve. Embora neste caso, ensina Maria do Rosário Palma Ramalho, que só se possa falar, com rigor, em privatização em *sentido impróprio*, uma vez que estes direitos colectivos são reconhecidos originalmente aos agentes e funcionários públicos, tal como o são aos restantes trabalhadores, pela Lei Fundamental. Assim, a referência que neste contexto é feita ao fenómeno da *privatização* pretende apenas evidenciar uma ampla penetração do direito laboral no âmbito do emprego público, no sentido em que efectivamente os direitos colectivos começaram por ser privativos dos trabalhadores do sector privado, uma vez que aqueles assentam numa base conflitual, que foi durante décadas negadas nos vínculos do emprego público⁷¹⁹. Além, da extensão de direitos fundamentais dos trabalhadores aos funcionários públicos, sobretudo dos direitos colectivos, e da, consequente, introdução de institutos do direito laboral colectivo no âmbito do emprego público, constitui também manifestação deste fenómeno da privatização a progressiva introdução do contrato individual de trabalho, bem como do seu regime, no seio da Administração Pública⁷²⁰.

Este fenómeno tem um significado muito amplo, e apresenta, pelo menos em alguns aspectos, um cunho de irreversibilidade, o que tem levado alguma doutrina a dedicar-lhe cada vez mais atenção. Nomeadamente, de uma forma directa Paulo Veiga e Moura com “a privatização da *função Pública*”⁷²¹, enquanto Ana Fernanda Neves vê neste fenómeno o que chama de “«desassossegos» do regime da função pú-

⁷¹⁸ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 451.

⁷¹⁹ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 452.

⁷²⁰ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 452.

⁷²¹ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit.

blica”⁷²². Outros concluindo, como Maria do Rosário Palma Ramalho, pela “intersecção entre o regime da *função públicae* o regime laboral”⁷²³, e outros, como Liberal Fernandes, pela existência de um processo de «osmose» entre os regimes da relação de trabalho e da relação de emprego público conducente a uma “ruptura do modelo clássico do emprego público”⁷²⁴.

Quanto a este, Liberal Fernandes refere que o mencionado processo de “osmose entre os dois regimes” se traduz, por parte do emprego público na progressão da tutela do agente no sentido do reconhecimento dos direitos colectivos dos trabalhadores provenientes do sector privado (*v.g.*, liberdade sindical, greve, direito de participação na fixação das condições de trabalho); enquanto no emprego privado se verificou um movimento inverso de afirmação ou de reforço de garantias individuais (*v.g.*, segurança no trabalho, direito a férias, forma de contrato, regime de requalificação profissional e progressão na carreira)⁷²⁵.

2. O fenómeno da privatização do emprego público

O fenómeno da privatização da Administração Pública, ao contrário do que se possa imaginar, é um fenómeno muito anterior ao século XX, ou mesmo ao liberalismo, podendo considerar-se que já existiam tendências de privatizar o exercício de funções públicas na Idade Média, mais concretamente ao século XV. Mas a privatização da Administração Pública que ocorreu em finais do século XX e inícios do século XXI, não obstante não ser um fenómeno inédito, a verdade é que se trata de uma realidade dotada de especificidades que lhe conferem originalidade histórica⁷²⁶.

Assim, o fenómeno da “privatização” na Administração Pública passou a estar na moda, quando em finais dos anos setenta, no Reino

⁷²² Ana Fernanda Neves, “Os «desassossegos» de regime da função pública”, cit., pág. 49-69.

⁷²³ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 439-465.

⁷²⁴ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 12 e 19.

⁷²⁵ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 12, e nota n.º 5.

⁷²⁶ Paulo Otero, “Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública”, in *Os caminhos da Privatização da Administração Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 32 e 36.

Unido no governo da Sra. Thatcher nas reformas administrativas aqui levadas a cabo⁷²⁷. A privatização da Administração Pública acabaria por se transformar num fenómeno que se alastraria por toda a Europa, passando a alicerçar-se, essencialmente, em motivos de natureza económica e financeira⁷²⁸. Com efeito, nas últimas três décadas do Século XX a Administração Pública em vários Estados – sobretudo em países anglo-saxónicos, e países europeus – começa a ser alvo de uma crítica generalizada ao seu funcionamento e desempenho, argumentando-se que é uma estrutura gigantesca, ineficiente, ineficaz, burocrática, lenta, rígida, que apresenta custos elevados, prestadora de maus serviços públicos⁷²⁹. Questiona-se assim o rumo que a Administração estava a seguir, argumentando-se que precisava de ser reinventada e renovada⁷³⁰. No fundo a administração burocrática tem vindo a ser apresentada a “como um «monstro» a combater”⁷³¹. Contra este estado de coisas levantaram-se várias as vozes a exigir uma Administração menos cara, mais eficiente e responsável, que responda às necessidades de uma sociedade dinâmica e em constante mudança. Começaram assim a surgir pressões, no interior de vários Estados, dos mais diversificados quadrantes sociais para que o governo reforme a Administração Pública⁷³².

Em bom rigor poderá dizer-se que o termo “privatizar” significa tornar privado algo que anteriormente era público⁷³³. Em termos ge-

⁷²⁷ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 327; e Paulo Otero, “Coordenadas Jurídicas da Privatização”, cit., pág. 47.

⁷²⁸ Paulo Otero, “Coordenadas Jurídicas da Privatização”, cit., pág. 47.

⁷²⁹ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 121; e Joaquim Filipe Esteves de Araújo, “A reforma da gestão pública: do mito à realidade”, *Comunicação apresentada no Seminário Internacional Luso-Galaico: A reforma da Administração Pública apostas e casos de sucesso*, Braga, 18 a 19 Maio, Universidade do Minho, 2004, pág. 1. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/3312>. Consultado a 15/07/2013.

⁷³⁰ Michael Barzelay e Babak J. Armajani, *Breaking Through Bureaucracy: A new vision for managing in government*, University of California Press, Berkeley, 1992, pág. 8-9.

⁷³¹ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 121.

⁷³² Joaquim de Araújo, “A reforma da gestão pública”, cit., pág. 1.

⁷³³ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 327, Paulo Otero, “Coordenadas Jurídicas da Privatização”, cit., pág. 36.

rais, privatizar associa-se a uma fuga ao Direito Administrativo⁷³⁴⁻⁷³⁵. Referindo Paulo Otero, que num sentido muito amplo, “a privatização da Administração Pública traduz o conteúdo de uma política ou orientação decisória que, visando reduzir a organização e a actuação do poder administrativo ou a esfera da influência ou a esfera de influência directa do Direito Administrativo, reforça o papel das entidades integrantes do sector privado ou do seu direito na respectiva actuação sobre certas áreas, matérias ou bens até então objecto de intervenção pública directa ou imediata”⁷³⁶.

O termo privatização tornou-se um conceito verdadeiramente polissémico, encontrando-se envolto numa “neblina conceptual”⁷³⁷, pois existem diversas realidades heterogéneas do mundo do Direito que são passíveis de serem reconduzidas àquele fenómeno⁷³⁸. Na opinião de Paulo Otero existem seis principais conceitos jurídicos de privatização na Administração Pública: *privatização da regulação administrativa da sociedade* – há uma redução da intervenção reguladora de uma entidade pública, transferindo para a sociedade civil o poder de criação de normas jurídicas reguladoras das respectivas actividades – ; *privatização do direito regulador da Administração* – a natureza do direito que aplicável pelas entidades públicas, traduzindo a subordinação da sua actividade ou das respectivas relações laborais internas ao Direito Privado, havendo mesmo quem fale numa verdadeira “fuga para o Direito privado”⁷³⁹ – ; *privatização das formas organizativas da Administração*

⁷³⁴ Silvia Del Saz, “La Huida del Derecho Administrativo: Ultimas Manifestaciones. Aplausos y Criticas”. in *Revista de Administración Pública*, n.º 133, 1994, pág. 57, e Silvia Del Saz, “La privatización de las relaciones laborales en las administraciones públicas”, in *Os caminhos da Privatização da Administração Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 147.

⁷³⁵ Neste sentido foi utilizado o termo na Recomendação n.º R (93), 7, adoptada pelo Comité dos Ministros do Conselho da Europa em 18 de Outubro de 1993, relativo à privatização de empresas e actividades públicas – cfr. Conselho da Europa, *La privatisation d’entreprises et d’activités publiques*, Edições do Conselho da Europa, 1994, págs. 5 e 6; e Sebastián Martín-Retortillo Baquer, “Reflexiones sobre las Privatizaciones”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 144, 1997, pág. 7-8.

⁷³⁶ Paulo Otero, “Coordenadas Jurídicas da Privatização”, cit., pág. 36.

⁷³⁷ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 327.

⁷³⁸ Paulo Otero, “Coordenadas Jurídicas da Privatização”, cit., pág. 36.

⁷³⁹ Seguindo uma sistematização apresentada por Paulo Otero (em “Coordenadas Jurídicas da Privatização”, cit., pág. 38-39, nota n.º 27), sobre a “fuga para o Direito Privado” da Administração Pública, fora de Portugal: Fritz Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 8.ª ed., Ed. Mohr, Tübingen, 1928, pág. 326; Silvia Del Saz, “Desarrollo y Crisis del Derecho Administrativo. Su Reserva Constitucional”, in Chinchilla, Lozano e Del Saz,

— transformação de uma entidade de direito público com personalidade jurídica em pessoa colectiva de direito privado — ; *privatização da gestão ou exploração de tarefas administrativas* — atribuir a pessoas de índole privada a gestão ou exploração de determinadas tarefas administrativas desenvolvidas por serviços públicos — ; *privatização do acesso a uma actividade económica* — abertura à iniciativa económica privada de um ou mais sectores básicos que antes eram apenas explorados pelo sector público em regime de monopólio — ; *privatização do capital social de entidades empresariais públicas* — abertura a entidades privadas do capital social de sociedades cuja titularidade pertencia na totalidade ou em parte a entidades públicas⁷⁴⁰.

Já Pedro Gonçalves destrinça, respeitantes à generalidade e multiformidade da privatização da Administração Pública, entre *privatização material*, *privatização funcional* ou *privatização orgânica*⁷⁴¹. A primeira, a *privatização material* de actividades que se dá quando é atribuída ao sector privado uma tarefa que antes pertencia principalmente ao sector público, ou seja, quando as actividades são efectivamente remetidas para o direito privado ou, melhor, para a sociedade, *v.g.* como é

Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios, Editorial Civitas, Madrid, 1992, pág. 139 e sgs.; Von Ernst Heuer, “Privatwirtschaftliche Wege und Modelle zu einem modernen (anderen?) Staat”, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1995, n.º 3, pág. 85 e sgs., e, Santiago González-Varas Ibáñez, *El Derecho Administrativo Privado*, Editorial Moncorvo, S. A., Madrid, 1996, pág. 121.

Já em Portugal este tema, da fuga da Administração Pública para o Direito Privado foi em primeiro mencionado por Rogério Soares, Direito Administrativo, Lições proferidas ao Curso de Direito da Universidade Católica do Porto, sem data, posteriormente objecto de publicação em livro, sobre a denominação, Rogério Soares, *Direito Administrativo*, pela Associação Académica da Universidade Lusíada, Porto, 1992, pág. 57-58. O tema foi também objecto de referência por Sérvulo Correia, “Os contratos económicos perante a Constituição”, in *Nos Dez Anos da Constituição*, org. Jorge Miranda, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1987, pág. 103-104. Tendo constituído também, entre nós, o título da dissertação de Maria João Estorninho, *A fuga para o direito privado — Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Colecção Teses, Almedina, Coimbra, (reimpressão), 1999. Cfr. Paulo Otero, “Coordenadas Jurídicas da Privatização”, cit., pág. 38-39, nota n.º 27.

⁷⁴⁰ Paulo Otero, “Coordenadas Jurídicas da Privatização”, cit., pág. 37-42.

⁷⁴¹ Pedro Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, cit., pág. 346 e sgs. Também apresentado esta tripla distinção de privatização da Administração Pública, embora com nuances no conteúdo da mesma, cfr. Vieira de Andrade, *Lições...*, cit., pág. 66-69; e Suzana Tavares da Silva, *Um Novo Direito Administrativo?*, cit., pág. 47).

o caso das telecomunicações⁷⁴². Quanto às outras duas, pode genericamente distinguir-se entre *privatização funcional* e *privatização orgânica* referindo-se que enquanto na *privatização orgânica* a entidade privada fica investida da execução de um serviço público, já na *privatização funcional* a entidade privada apenas contribui para a boa execução do serviço público⁷⁴³. Assim, na *privatização funcional* a Administração recorre à colaboração de entidades privadas para a auxiliarem na prossecução das suas incumbências sem contudo as investir de uma função pública⁷⁴⁴. A entidade privada ao disponibilizar tais serviços à Administração, ela não exerce uma função pública, limitando-se a desenvolver uma actividade privada que produz resultados que contribuem para a execução de uma função pública pela própria Administração, actuando, em princípio, segundo o direito privado no exercício de uma actividade privada⁷⁴⁵. Dentro da *privatização funcional* pode distinguir-se entre *privatização funcional na preparação de tarefas públicas* – que consiste na contratação de particulares com funções de mera contribuição para a preparação de uma tarefa pública pressupõe que a Administração conserva na sua esfera a responsabilidade de execução, e, portanto, a direcção da tarefa⁷⁴⁶, ou seja, nesta forma de privatização funcional está em causa a contratação de particulares para auxiliar na preparação de decisões públicas –, e a *privatização funcional na implementação de tarefas públicas*⁷⁴⁷ – que consiste na contratação de entidades privadas com funções de auxílio técnico-executivo, na implementação de tarefas públicas (em regra, relacionadas com a realização de opera-

⁷⁴² Vieira de Andrade, *Lições...*, cit., pág. 66-69, e Suzana Tavares da Silva, *Um Novo Direito Administrativo?*, cit., pág. 47., e Pedro Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, cit., pág. 154-155, e 375, nota n.º 839.

⁷⁴³ Cfr., também para mais desenvolvimentos sobre esta distinção entre privatização funcional e privatização orgânica, Pedro Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, cit., pág. 348 e sgs.

⁷⁴⁴ Pedro Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, cit., pág. 347.

⁷⁴⁵ Pedro Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, cit., pág. 349-350.

⁷⁴⁶ Pedro Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, cit., pág. 359.

⁷⁴⁷ Pedro Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, cit., pág. 357 e sgs.

ções materiais), nesta forma de privatização funcional estão incluídas situações que resultam da contratação de particulares para auxiliar a Administração na “execução de decisões públicas”, mas também outras que, possuindo manifesto carácter executivo, não apresentam qualquer conexão directa e imediata com uma decisão pública⁷⁴⁸. Já quanto à *privatização orgânica*, esta ocorre quando a Administração investe uma entidade privada de uma competência de ela não dispõe por si mesma, sendo que por força da medida da privatização esta entidade responsabiliza-se por executar uma tarefa pública, estando-se perante o exercício privado de um poder público administrativo, ou melhor, perante o exercício privado de funções públicas, o factor decisivo da *privatização orgânica* reside o facto de estar perante um sujeito de direito privado que assume a responsabilidade de execução de uma tarefa pública⁷⁴⁹. As medidas de *privatização orgânica* podem revestir duas modalidades: a primeira consiste na delegação de funções públicas em entidades particulares; e a segunda respeita à criação, por iniciativa pública, ou em parceria público-privada, de entidades formalmente privadas⁷⁵⁰. Assim, dentro da *privatização orgânica* pode, respectivamente, distinguir-se entre *privatização orgânica material* e *privatização orgânica formal*. A *privatização orgânica material* representa a outorga da responsabilidade pela execução de funções públicas a entidades particulares, o acto de entrega assume a natureza de concessão ou de delegação, uma vez que a entidade particular com funções públicas integra a Administração Pública (em sentido funcional), podendo fazer-se referência à “*Administração Pública concessionada ou delegada*”. Já a *privatização orgânica formal* consiste na criação de entidades apenas formalmente privadas, podendo tratar-se de entidades criadas por acto de exclusiva iniciativa pública (fundação ou sociedade de capitais exclusivamente públicos), ou entidades criadas por parceria público-privada (sociedade de capitais mistos, públicos e particulares, associação com associados públicos e particulares). De qualquer modo, só pode falar-se de “Administração Pública em sentido formal” nos casos em que uma entidade privada se encontra sob a influência dominante de entidades públicas, tratan-

⁷⁴⁸ Pedro Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, cit., pág. 367.

⁷⁴⁹ Pedro Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, cit., pág. 349-350.

⁷⁵⁰ Pedro Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, cit., pág. 391.

do-se, portanto, de uma *entidade administrativa privada* — a influência dominante (interna) provém, por rera, da “maioria dos votos”, não estando, contudo, excluídos outros factores que, nos termos da lei, possam revelá-la⁷⁵¹.

Quanto associado à *função pública* costumam ser apontados três sentidos ao termo *privatização*⁷⁵². Num *primeiro sentido*, o termo espelha a influência que o direito do trabalho exerceu, e anda exerce⁷⁵³, sobre o regime de emprego público, designadamente por efeito da transposição para este de institutos e instrumentos típicos do Direito Laboral Privado; num *segundo sentido*, traduz a possibilidade da Administração Pública recorrer à contratação de trabalhadores em regime de direito privado para satisfazer necessidades transitórias ou permanentes, a título excepcional, em situações devidamente justificadas; ou num *terceiro sentido*, que é o de questionar se será possível substituir-se o regime de direito administrativo pelo direito laboral comum, enquanto fonte disciplinadora da relação jurídica de emprego público, isto é, enquanto regime jurídico disciplinador da relação de emprego público⁷⁵⁴.

Como objectivo da nossa investigação, tal como fez Paulo Veiga e Moura⁷⁵⁵, não pretendemos verificar se ocorreu *privatização* do emprego público naquele primeiro sentido apontado, pois é indesmentível a influência que o Direito Laboral vem exercendo sobre o regime estatutário dos trabalhadores da Administração Pública, a qual claramente admitimos e é comprovado, como veremos, com a recente evolução legislativa. Também não pretendemos comprovar aquele segundo sentido apontado à *privatização* como sinónimo da Administração Pública poder socorrer-se de trabalhadores em regime de direito laboral co-

⁷⁵¹ Cfr. Pedro Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, cit., pág. 397.

As *entidades administrativas privadas* podem resultar de um processo de conversão que transforma anteriores entidades de direito público em entidades de direito privado (assim se passou, *v.g.*, com a transformação de hospitais em sociedades anónimas), mas também podem ser criadas *ex novo*, com um originário estatuto de direito privado (ibidem, pág. 397).

⁷⁵² Sistematização apresentada por Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 328-329.

⁷⁵³ Vera Antunes, *O contrato*, cit., pág. 60.

⁷⁵⁴ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 329.

⁷⁵⁵ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 329.

num, o que desde sempre ocorreu — desde que há na Administração Pública Portuguesa trabalhadores vinculados pelo regime estatutário à *função pública*, há também trabalhadores no seio daquela em regime de direito laboral privado, tal é, desde logo, permitido no seio do actual quadro jurídico-constitucional, quando a Lei Fundamental se refere à existência de trabalhadores na Administração Pública, *v.g.*, artigo 269.º da CRP; e que é por nós admitido, como veremos, quando se trata de satisfazer necessidades transitórias, ou excepcionalmente, em situações devidamente justificadas, para satisfazer necessidades permanentes. Sendo que para efeitos de investigação, tal como o fez aquele autor citado, iremos adoptar o terceiro e último sentido apresentado do termo *privatização* do emprego público: ou seja, pretendemos *infra* analisar e tentar descortinar, se, com as recentes e importantes alterações legislativas que ocorreram no emprego público, o Direito Laboral Comum não terá já, porventura, substituído o Direito Administrativo, enquanto fonte disciplinadora da relação jurídica de emprego público, e se, pelo contrário, este último não deveria subsistir como o regime jurídico do emprego público.

3. Motivos justificativos da privatização do emprego público

Nos últimos séculos vários países da Europa Ocidental — entre eles, nomeadamente, Portugal, Espanha, e apesar das variantes nacionais, Itália e Alemanha —, têm vindo a perfilhar um modelo de administração executiva ou francês, marcado pela estreita ligação entre Administração Pública, o Direito Administrativo e jurisdição administrativa. Nascido o direito administrativo para disciplinar uma actuação própria da Administração, e sendo esta garantidora de direitos e liberdades individuais, seria de esperar que com o advento do Estado Providência e com o consequente dispersar da actividade administrativa para novos domínios se assistisse ao reforçar da estreita relação entre Administração o direito que a regulava e a jurisdição especializada. Mas o engrandecimento do Estado veio aligeirar uma relação que perdurava desde os primórdios, contribuindo gradualmente para que a Administração abandonasse as

técnicas próprias do Direito Administrativo para se apoiar no Direito Privado e os nos seus mecanismos disciplinadores⁷⁵⁶.

O avento do Estado Social traduziu-se na crescente intervenção do Estado na vida económica e social, e concomitantemente, no aumento da respectiva população trabalhadora. O aparelho do Estado engradeceu, tornou-se pesado, caro, de funcionalismo moroso e incapaz de acompanhar o ritmo frenético da evolução social. A burocracia instalou-se na Administração Pública, favorecendo o espírito rotineiro e formalista, a tendência para a centralização dos poderes de decisão, o distanciamento em relação ao público, o deficiente e obsoleto equipamento, a falta de pessoal qualificado, permitindo que os administrados nela revissem um mundo de papéis, de lentidão nas decisões, cuja função parece ser a de nada fazer e tudo complicar e, conseqüentemente, empatar⁷⁵⁷. Por isso na década de oitenta se constata o esgotamento da capacidade financeira do Estado de Providência, se eleva a eficiência a um valor primordial, e a gestão pública começa a orientar-se mais para resultados do que para procedimentos, a Administração Pública agarra-se à tabua de salvação que lhe parecer ser o direito privado e os fenómenos privatizadores⁷⁵⁸. Assim, leva a que a Administração Pública sentisse necessidade de socorrer-se do modelo empresarial de organização e gestão de recursos humanos, substituindo-se gradualmente o direito público pelo direito privado⁷⁵⁹. A crise económica levou ao surgimento do fenómeno que alguns apelidam de *Estado Pós-Social*, traduzível no advogar de “menos Estado, melhor Estado”⁷⁶⁰. Exige-se a redução do défice público e da burocracia e a promoção da eficiência da Administração Pública⁷⁶¹. Começam a surgir reformas da Administração Pública em vários países, sobretudo, da Europa Ocidental, sendo que na maioria destas reformas se adoptam processos, modelos e técnicos de gestão privada. Daqui vindo a resultar a teorização de um novo modelo que assenta na ideia fundamental de que tudo o que é público é ineficiente e, portanto, há que introduzir na Administração ferramentas utilizadas no sector privado. Trata-se da concepção gestio-

⁷⁵⁶ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 329.

⁷⁵⁷ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 331.

⁷⁵⁸ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 331.

⁷⁵⁹ Vera Antunes, *O contrato*, cit., pág. 62.

⁷⁶⁰ Ana Fernanda Neves, *Relação Jurídica*, cit., pág. 29.

⁷⁶¹ Vera Antunes, *O contrato*, cit., pág. 62.

nária, identificada com o *new public management*, que vai surgir como uma alternativa ao modelo de administração burocrático⁷⁶².⁷⁶³ Em sín-

⁷⁶² J. A. Oliveira Rocha, “Quadro Geral...”, cit., pág. 5-8, e J. A. Oliveira Rocha, *Gestão de Recursos Humanos na Administração Pública*, 3.ª Edição, Escolar Editora, Lisboa, 2010, pág. 23-28.

⁷⁶³ Podem distinguir-se essencialmente três tipos de modelos de administração pública: a *administração burocrática*, a *administração managerial* e a *governança*. Vamos fazer, em seguida, uma breve referência a cada um destes modelos (vamos acompanhar de perto a sistematização de J. A. Oliveira Rocha, “Modelos de Gestão Pública”, in *Revista de Administração e Políticas Públicas*, Vol. I, n.º 1, 2000, pág. 6).

Em primeiro lugar, o *Modelo da administração burocrática (clássico)*. Em termos genéricos, este modelo da Administração Pública pode caracterizar-se, e em primeiro lugar, por assumir a existência de uma dicotomia entre a política e a Administração, e, como consequência, a neutralidade desta. Os funcionários públicos actuam segundo as regras de boa administração, determinadas, por regra, por leis ou regulamentos. O recrutamento é feito com base no mérito. A estrutura hierárquica e o sistema de carreiras constituem um requisito de salvaguarda da neutralidade dos funcionários públicos (cfr. J. A. Oliveira Rocha, *Gestão dos Recursos Humanos...*, pág. 23).

Em segundo lugar, o *Modelo da administração managerial*. Este modelo surge como uma crítica, e alternativa, ao modelo anterior. A abordagem do *new public management* foi fortemente influenciada pelas teorias económicas e pela introdução de mecanismos do sector privado (do mercado) na Administração Pública. Esta abordagem assume-se como uma alternativa ao modelo burocrático orientando-se para os resultados. As actividades são organizadas de forma a introduzir flexibilidade e autonomia na administração pública. Assim, o pressuposto fundamental deste novo modelo é o de que, na verdade, tudo o que é público é ineficiente e fica mais oneroso aos cidadãos que a produção feita pelo sector privado, passando pois a reforma da Administração Pública pela adopção de modelos e práticas próprios da gestão empresarial. (cfr. J. A. Oliveira Rocha, “Modelos de Gestão Pública”, cit., pág. 13-14, e J. A. Oliveira Rocha, “Gestão Pública, Liderança e a Avaliação do Desempenho”, in *Revista de Administração e Políticas Públicas*, Vol. IV, n.º 1 e 2, 2003, pág. 95).

Em terceiro lugar, o *Modelo da Governança ou Governança*. Por último, a Governança que surge como um nosso processo de coordenar as actividades e de dirigir as organizações, sendo já considerado como uma alternativa aos dois modelos anteriores. Esta tem como característica dominante o facto de as “redes” (ou *networks*) passarem a dominar as políticas públicas (cfr. Joaquim de Araújo, “Os dirigentes na relação entre a administração e os cidadãos”, *Revista de Administração e Políticas Públicas*, Vol. III, (1 e 2), 2002, pág. 31-32). Este modelo centra a sua atenção no funcionamento externo da Administração Pública concentrando-se no tipo de natureza das relações desenvolvidas entre os diferentes actores da rede. Ele assume que o conhecimento para a resolução dos problemas não é exclusivo de uma entidade, mas que há vantagem em reunir competências que estão dispersas e cuja convergência pode resultar em soluções mais adequadas para os problemas. Nesta perspectiva a Administração Pública surge não como um centro que controla, mas como uma parceira que procura encontrar em parceria com outros actores respostas aos problemas. Estas relações caracterizam-se pela negociação, reciprocidade e interdependência (cfr. Joaquim de Araújo, “Os dirigentes...”, cit. pág. 31-32). A Governança deve ser, pois, encarada como uma forma de administração em que a Administração perde protagonismo, passando a ser uma organização, entre outros centros que partilham o poder e o exercem de forma

tese, nas palavras de Maria João Estorninho “o movimento de «privatização» da Administração Pública agrava-se devido à própria crise do Estado Providência e a Administração Pública, qual náufrago que procura agarrar-se à tábua de salvação, tenta hoje desesperadamente reencontrar a eficiência, nomeadamente através de fenómenos de privatização e de revalorização da sociedade civil”⁷⁶⁴.

O *new public management* tem sido apresentado – de modo genérico e sem pretensão que apresentar aqui qualquer definição do mesmo –, como uma corrente científica desenvolvida pelas ciências da administração, economia e ciência política, teorizado a partir de reformas administrativas que surgiram em vários Estados no final do século passado, que pretende apresentar-se como um modelo alternativo ao paradigma burocrático⁷⁶⁵. O exemplo paradigmático deste processo costuma ser apresentado como sendo a Inglaterra, que sob o governo de Margaret Thatcher, iniciou o movimento no final dos anos 70, que foi depois implementado noutros países, continuando, de alguma forma, os seus princípios orientadores que estão na base das

muito mais dúctil e partilhada (cfr. Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 33).

No entanto, as organizações actuam em momentos diferentes na busca de diferentes modelos, mas durante o período em que um modelo é dominante, os outros modelos nunca são totalmente negligenciadas, ou seja, não deixam totalmente de existir (cfr. Herbert Kaufman, “Emerging conflicts in the doctrines of public administration”, in *American Political Science Review*, Vol. 50, (4), 1956, pág. 1067). Também Chiavenato (cfr. do autor, *Administração geral e pública*, 2.^a edição, Elsevier Editora, Rio de Janeiro, 2008, pág. 106) refere que os diversos modelos de administração pública se sucedem no tempo, sem que, no entanto, qualquer um deles seja inteiramente abandonado. Em síntese, “elementos de cada um destes [três] modelos frequentemente coexistem ou sobrepõem-se” (cfr. S. P. Osborne, “The new public governance?”, cit., pág. 378).

⁷⁶⁴ Maria João Estorninho, Maria João, *A fuga para o direito privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Colecção Teses, Almedina, Coimbra, (reimpressão), 1999, pág. 354.

⁷⁶⁵ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 71 e 79.

reformas que têm vindo a ter lugar nos vários países europeus, entre eles Portugal⁷⁶⁶.

Servindo, pois, o modelo do *new public management*⁷⁶⁷ – ou Nova Gestão Pública – de rótulo às diversas reformas que ocorreram a partir de finais da década de setenta, do século XX, em países com diferentes sistemas políticos, económicos, e até administrativos⁷⁶⁸, como, para além da Inglaterra, EUA, França, Brasil, Austrália, Suécia, Nova Zelândia ou Canadá.⁷⁶⁹ Assistiu-se a uma revolução global do sector

⁷⁶⁶ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 79; e Suzana Tavares da Silva, “O princípio (fundamental) da eficiência”, in *III.º Encontro de Professores de Direito Público*, 30 de Janeiro de 2009, Porto, esp.^{te} pág. 5, nota n.º 11, disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Suzana10.pdf (consultado a 18/06/2014); e Andreas Voßkuhle, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, in *Grundlagen des Verwaltungsrecht, I Band: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, 2.ª edição, Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann, Voßkuhle (editores literários), Beck, München, 2012, pág. 42-43.

⁷⁶⁷ De acordo com alguns autores, como Joaquim de Araújo, (cfr. do autor, “A reforma da gestão pública”, cit., pág. 2), a designação *new public management* foi pela primeira vez utilizada por Christopher Hood, num dos artigos mais citados sobre esta problemática: “A public management for all seasons? Este autor, da análise dos pressupostos teóricos e da sua prática, conclui que o *new public management* se caracteriza por sete elementos fundamentais: 1.º a introdução de dirigentes profissionais no sector público (com recurso a profissionais especializados em administração visando a profissionalização da administração das organizações públicas); 2.º a definição de medidas e padrões de desempenho com objectivos mensuráveis e claramente definidos; 3.º a preocupação com o controlo dos resultados enfatizando a necessidade de insistir nos resultados e não nos processos; 4.º a desagregação de unidades do sector público dividindo grandes estruturas em unidades mais pequenas recorrendo a formas inovadoras de organização das actividades; 5.º a introdução de factores que promovam a competição no sector público, nomeadamente com a contratação, defendendo-se que a concorrência é a chave para diminuir os custos e melhorar o desempenho; 6.º a insistência em estilos e práticas de gestão do sector privado, enfatizando a necessidade de introduzir instrumentos de gestão empresarial no sector público; 7.º a preocupação com a disciplina e parcimónia na utilização de recursos, cortando nos custos e procurando fazer mais com menos recursos, cfr. Christopher Hood, “A public management for all seasons?”, cit., pág. 4-5 (seguimos, neste ponto, a sistematização e, a tradução, de Joaquim de Araújo, “A avaliação da gestão pública”, cit., pág.4-5).

⁷⁶⁸ Por um lado, existem, desde os primórdios do século XIX, essencialmente dois sistemas administrativos. O sistema administrativo continental (ou francês), fortemente marcado pela experiência francesa, país onde nasceu, influenciou praticamente todos os estados continentais da Europa Ocidental, incluindo Portugal. Por outro lado, o sistema administrativo de tipo britânico, oriundo da Inglaterra, vigora hoje na generalidade dos países anglo-saxónicos, nomeadamente nos Estados Unidos da América (embora com algumas particularidades). Como já referimos, foi o primeiro modelo que mais influenciou (e influencia) o nosso país. Cfr. Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Edição, cit., pág. 99-130.

⁷⁶⁹ Vide a este propósito, designadamente, Colin Talbot, “Public value: the next “big

público, alimentada pelo interesse – em larga escala – de uma reforma governamental⁷⁷⁰, que decorreu assente na privatização, descentralização e mercantilização desse sector.⁷⁷¹ A dimensão global desta reforma deve-se ao inerente apelo das suas ideias por parte das Administrações Públicas de vários Estados, mas também, em grande medida, pelo apoios e orientações demonstrados por instituições e organizações internacionais como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), o Banco Mundial, o FMI ou a União Europeia (sobretudo através da Comissão Europeia), para além de outras instituições mundiais e regionais⁷⁷², o que deixa claro o papel que estas instituições e organizações tiveram neste movimento global de reforma⁷⁷³. Pelo que, desde o começo dos anos oitenta que a reforma administrativa tem ocupado um lugar importante na agenda política da maioria dos estados da Europa Ocidental. Assim, os relatórios da OCDE sobre “desenvolvimento da gestão pública” dos anos noventa

thing” in public management?”, in *International Journal of Public Administration*, Vol. 32 (3 e 4), 2009, pág. 167-168; Christopher Pollitt e Geert Bouckaert, *Public management reform: a comparative analysis*, cit., pág. 1, 19, 31; Donald F. Kettl, “The global revolution in public management: driving themes, missing links”, in *Journal of Policy Analysis and Management*, Vol. 16, (3), 1997, pág. 446-447; Christopher Hood, “A public management for all seasons?”, cit., pág. 3-4; e Joaquim de Araújo, “A reforma da gestão pública”, cit., pág. 2; e Miguel Lira e Ana Roso, “A reforma da administração dos recursos humanos públicos portugueses após o fim do estado novo: uma evolução histórica”, in *Revista Ciências Administrativas*, vol. 19, n.º 2, 2013, págs. 544, disponível em http://www.unifor.br/index.php?option=com_Contente&view=article&id=182&Itemid=214. Consultado a 17/02/2015.

⁷⁷⁰ Donald F. Kettl, “The global revolution in public management”, cit., pág. 446.

⁷⁷¹ Steven W. Hays e Gregory K. Plagens, “Human resource management best practices and globalization: the universality of common sense”, *Public Organization Review*, Vol. 2, (4), 2002, pág. 328, e J. Lane, “Incorporation as public sector reform”, in *idem* (org), *Public sector reform: rationale, trends and problems*. London: Sage Publications, 1997, pág. 283.

⁷⁷² Christopher Pollitt e Geert Bouckaert, *Public management reform: a comparative analysis*, cit., pág. 20 e 137; Miguel Lira e Ana Roso, “A reforma da administração dos recursos humanos públicos portugueses após o fim do estado novo: uma evolução histórica”, cit., pág. 544; Christopher Pollitt, “Convergence: the useful myth?”, in *Public Administration*, Vol. 79, (4), 2001, pág. 937; e Christopher Hood, *The art of the State: culture, rhetoric, and public management*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pág. 4.

⁷⁷³ Kathleen McNutt, Leslie A. Pal, “Modernizing government: mapping global public policy networks”, in *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Vol. 24, (3), 2011, pág. 439-467.

revelaram uma preocupação quase frenética com os programas de reforma⁷⁷⁴ .⁷⁷⁵

Este modelo tem como objectivo “importar” para a Administração Pública os métodos de gestão das empresas privadas, podendo dizer-se que visa a *empresarialização* da Administração Pública⁷⁷⁶ – subjacente a esta nova ideia está, pois, a crença de que as práticas, métodos e princípios utilizados na gestão do sector privado são superiores às usadas na administração do sector público⁷⁷⁷. Procura-se que a Administração seja eficiente e eficaz⁷⁷⁸ (os dois grandes *mitos actuais* da administração pública⁷⁷⁹), e que dê respostas à procura dos seus “clientes”.⁷⁸⁰ O *new public management* representa o triunfo, a nível global, de

⁷⁷⁴ J. A. Oliveira Rocha, *Gestão Pública*, cit., pág. 41.

⁷⁷⁵ Quanto a saber em que consiste a reforma administrativa, refere Oliveira Rocha que não existe um conceito que de forma exacta possa definir esse fenómeno, mas recorrendo a Caiden indica dois objectivos desta reforma, o primeiro consiste em melhorar as práticas existentes em ordem a melhorar os processos existentes; o segundo implica a substituição do modelo de administração pública, cfr. J. A. Oliveira Rocha, *Gestão Pública*, cit., pág. 73.

⁷⁷⁶ Pedro Gonçalves, *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, cit., pág. 334.

⁷⁷⁷ Vide, sobre este ponto, designadamente, Joaquim de Araújo, “A reforma da gestão pública”, cit., pág. 1; Ellen Rubin e Edward Kellough, “Does civil service...”, cit., pág. 123; Janet Denhardt e Robert Denhardt, “*The new public service: serving rather than steering*”, cit., pág. 549-55; Janet Denhardt e Robert B. Denhardt, *The new public service*, cit., pág. 6-7, 12-14, 23, 112-113; S. P. Osborne, “The new public governance?”, cit., pág. 378-379; Christopher Pollitt e Geert Bouckaert, *Public management reform*, cit., pág. 8, 15-17, 20; e Christopher Hood, “Contemporary public management: a new global paradigm”, in *Public Policy and Administration*, Vol. 10, (2), 1995, pág. 105-106, 112.

⁷⁷⁸ A primeira questão incide logo na distinção entre eficiência e eficácia. Assim, eficiência significaria a relação existente entre os recursos empregues e os resultados obtidos, enquanto a eficácia traduzir-se-ia como a relação entre os resultados obtidos e os objectivos pré-estabelecidos. Distinção entre eficácia e eficiência Vide Massimo Severo Giannini, “Rapporto sui principali problemi dell’Amministrazione dello Stato”, inserido na obra de Paolo Stella Richter, *Scienza dell’Amministrazione*, Edizione Kappi, Roma, 1991, pág. 117.

⁷⁷⁹ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 10.

⁷⁸⁰ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 10.

uma concepção gestonária da administração pública, que se pretende sobrepor ao modelo burocrático tido como prevalecente⁷⁸¹.

O ponto de partida para o processo reformatório, bem como o próprio processo, dependem das singularidades de cada país⁷⁸², sendo as reformas condicionadas pelo contexto histórico, pela complexidade do social e pela orientação do poder político das sociedades⁷⁸³. Assim, cada reforma é modelada pela história administrativa de cada país, sendo-o também para Portugal. Entre nós, só a seguir ao colapso do “Estado Novo”, houve uma reacção contra a velha burocracia, mas as mudanças foram meramente superficiais, já que o modelo de estado burocrático perdurou, pelo menos, por mais dez anos. Esta continuidade do modelo burocrático foi possível devido à instabilidade governamental, debilidade do parlamento e fraqueza dos partidos políticos, e, principalmente, à expansão das políticas sociais do Estado que se seguiu ao fim do Estado Novo — de lembrar que o Estado de Welfare, em Portugal, só se começou a delinear nos últimos anos do Estado Novo, tendo-se, contudo, somente efectivado a seguir à Revolução de 25 de Abril de 1974, cerca de três décadas mais tarde do que no resto da Europa⁷⁸⁴.

Em reacção àquele modelo burocrático, tudo o que é público passa a ser associado à incompetência, à ineficácia e ao despesismo, enquanto o que é privado é associado com a rapidez, eficácia, produtividade e qualidade a competência⁷⁸⁵. Pelo que, a privatização e o recurso ao direito privado são vistos como arquétipo da boa gestão, e como a solução para todos os males da Administração Pública, de tal forma que esta só conseguirá alcançar a eficácia que os administrados reclamam se conseguir libertar-se dos espartilhos que representam os procedimentos administrativos⁷⁸⁶. Estava construído o mito da eficácia que justificou a fuga ao Direito Administrativo e conduziu a Adminis-

⁷⁸¹ Elisabete Reis de Carvalho, “Os Novos Regimes de Emprego Público no Contexto da Reforma Administrativa”, in *academia.edu*, pág. 1, disponível em www.academia.edu/3604121/Novos_Regimes_de_Emprego_Público. Consultado a 18/02/2015.

⁷⁸² Stephen Bach e Lorenzo Bordogna, “Varieties of new public management or alternative models? The reform of public service employment relations in industrialized democracies”, in *The International Journal of Human Resource Management*, Vol. 22, (11), 2011, pág. 2283.

⁷⁸³ Pedro Nunes, “Reforma do emprego público...”, cit., pág. 52.

⁷⁸⁴ J. A. Oliveira Rocha, *Gestão Pública*, cit., pág. 31.

⁷⁸⁵ Vera Antunes, *O contrato*, cit., pág. 62.

⁷⁸⁶ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 332.

tração Pública para o progressivo recurso a formas jurídico-privadas de organização e actuação, possivelmente mais do alcançar a eficácia, visava libertar-se das incómodas vinculações que eram dadas pelo regime público⁷⁸⁷.

A propensão da Administração Pública para a utilização de mecanismos e figuras tipicamente privadas teve naturais reflexos ao nível das relações de emprego público estabelecidas no seio daquela, assistindo-se a uma progressiva e cada vez mais ampla substituição do regime estatutário pelo direito laboral. Embora esta progressiva substituição acompanhe a fuga genérica da Administração ao Direito Público, parece-nos, na esteira de Paulo Veiga e Moura⁷⁸⁸, que ela é fundamentalmente o resultado de uma *crise de identidade, de legitimação e de motivação* em que vêm mergulhando os funcionários desde há mais de meio século a esta parte. Relembre-se que o funcionário emergente da revolução francesa era alguém que possuía uma identidade própria no contexto da sociedade, participando no exercício da *potestas* estadual e estando sujeito a um regime que o distanciava dos demais trabalhadores, de tal forma que era visto como um cidadão especial e privilegiado pelos restantes cidadãos. Contudo, ao longo das décadas seguintes à Segunda Guerra Mundial assistiu-se a uma aproximação entre a situação dos funcionários e dos demais trabalhadores, adquirindo estes vantagens até aí só pertencentes àqueles e vindo a ser reconhecidos no âmbito da *função pública* direitos colectivos inicialmente previstos no mundo laboral privado⁷⁸⁹. Por outro lado, a massificação dos funcionários indispensáveis ao funcionamento do “monstro” em que se transforma o Estado leva a que a sua maioria não participe de qualquer prerrogativa de poder, deixando, nessa medida, de subsistir qualquer razão para que a sociedade os idolatre ou veja como cidadãos especiais. Este fenómeno de aproximação entre funcionários e demais assalariados bem como a expansão de funcionários que não exercem funções de autoridade leva ao surgimento de uma *crise de identidade* dos funcionários públicos sobre a razão da sua existência e sobre o seu papel no cenário social⁷⁹⁰. A acrescentar a circunstância de o Estado que

⁷⁸⁷ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 332.

⁷⁸⁸ Neste ponto acompanhamos de perto, Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 333-334.

⁷⁸⁹ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 333.

⁷⁹⁰ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 333.

apesar “*de passar a jogar o mesmo jogo que os privados*” não consegue alcançar a mesma eficácia, eficiência, e rentabilidade daqueles, pelo que não causa estranheza que aqueles que outrora os idolatravam passam a dificilmente tolerá-los, vendo-os como alguém cujo trabalho não justifica o esforço que a sociedade suporta com a sua manutenção, conduzindo dessa forma a *função pública* para uma crise de *legitimação*⁷⁹¹. A sujeição a um regime estatutário, pouco maleável e nada estimulante, em que se premeia mais a antiguidade e menos a produtividade, lança os funcionários para uma *crise de motivação*, conduzindo a *função pública* para níveis muito baixos de produtividade e rendimento e para uma generalizada frustração dos seus membros, que arrastam um grave sentimento de desmoralização profissional⁷⁹². Na verdade, enquanto ao longo do século XVIII se contou com uma Administração patrimonialista, em que a *função pública* funcionava como uma extensão do poder soberano, já nos inícios do século XIX a Administração passou a assentar numa burocracia profissionalizada (onde os valores predominantes eram a carreira, o formalismo, a autoridade e a hierarquia), reclamando-se nos finais do século XX, e inícios do século XXI, um novo tipo de Administração Pública, menos burocratizada e formalista, onde a eficácia, a eficiência, e a qualidade dos serviços prestados passam a ser os seus vértices estruturantes⁷⁹³.

Em suma: com a eficácia e a eficiência a serem elevadas a valor primordial da Administração, invoca-se a falência do regime estatutário dos funcionários, e passa a ver-se no direito laboral o remédio para todos os males da *função pública*⁷⁹⁴.

⁷⁹¹ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 334.

⁷⁹² Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 334.

⁷⁹³ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 330.

⁷⁹⁴ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 334.

4. A privatização do emprego público em diferentes países europeus

4.1. *O regime publicista Francês de emprego público*

A *função pública francesa* é largamente tributária dos ideais emergentes da Revolução de 1789⁷⁹⁵.

Ora, a subordinação dos agentes ao interesse geral, bem como a sua integração e diluição na organização administrativa, transformando-os em instrumentos da acção estadual, justifica a subordinação a um regime específico distinto do direito privado, mas integrado naquele ramo do direito que o Conseil d'État começou a forjar, depois daquela Revolução, para regular a Administração Pública: o Direito Administrativo⁷⁹⁶. Estavam, assim, lançadas as bases que fomentariam a cisão entre o mundo da função pública e o mundo do trabalho, surgindo com a inestimável contribuição do Conseil d'État, uma disciplina específica da *função pública* e diversa da Direito Laboral⁷⁹⁷. No entanto, a configuração da *função pública* em França nos moldes em que actualmente é conhecida remonta apenas a 1946, quando foi aprovado o estatuto geral para a Função pública Francesa⁷⁹⁸. A *função pública francesa* des-

⁷⁹⁵ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 364.

⁷⁹⁶ Relembre-se que foi entre a Revolução de 1789 e o fim do Segundo Império Francês que o Direito Administrativo vai surgir, esboçando-se os traços dominantes daquilo que Hauriou viria a chamar de “regime administrativo” privado (cfr. Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, cit., pág. 1-3), com a existência de uma jurisdição especializada (administrativa), e a sujeição da Administração Pública a normas diferentes das do direito (cfr. Prosper Weil, *O Direito Administrativo*, cit., pág. 11). Relembremos que foi o Conseil d'État quem forjou as regras aplicáveis à Administração e que se afirmou a existência de um direito autónomo. Pelo que, se pode afirmar que o Conseil d'État segregou o Direito Administrativo “como uma glândula segrega a sua hormona: a jurisdição precedeu o direito e sem aquela este não teria visto a luz do dia” (cfr. Prosper Weil, *O Direito Administrativo*, (edição portuguesa), Almedina, Coimbra, 1977, pág. 15). Os princípios fundamentais disciplinadores da *função pública* também foram um produto da função pretoriana do Conseil d'État, uma vez que só a Lei Francesa de 19 de Outubro de 1946 viria a aprovar o estatuto geral para a *função pública francesa* (cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 365, nota n.º 810).

⁷⁹⁷ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 365.

⁷⁹⁸ Jacques Lafon, “Le contrat de Fonction Publique: Note sur la naissance de l'Etat patron”, in *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 1974, pág. 685.

dobra-se em três grandes grupos: a *função pública do Estado*, a dos *entes territoriais*, e a *hospitalar*.

A situação dos funcionários não é criada, definida e modificada por acordos contratuais mas, pelo contrário, é uma situação legal e regulamentar⁷⁹⁹, que, como tal, pode ser objecto de uma modificação unilateral. A natureza do vínculo jurídico que une o funcionário à Administração foi objecto de acesa controvérsia, nem sempre tendo sido entendido como dando origem a uma situação legal e estatutária⁸⁰⁰. Com efeito através do Acórdão Winkell de 7 de Agosto de 1909, o Conseil d'État afirmou que entre o funcionário e a Administração existe um contrato de direito público qualificado como contrato de função pública, distinto dos contratos de direito privado com os seguintes fundamentos: as partes não estão no mesmo plano uma vez que o Estado quem fixa, no interesse do serviço público, as cláusulas do contrato, os direitos e obrigações do funcionário; o Estado reserva a possibilidade de alterar unilateralmente a relação; e pode suprimir o emprego⁸⁰¹. Esta posição vem a ser alvo de crítica por parte da doutrina, como Hauriou e Duguit, e mesmo o Conseil d'État só raramente retomou o conceito de contrato de função pública⁸⁰².

Actualmente o *estatuto geral da função pública francesa* compreende quatro títulos resultando cada um deles de uma lei distinta⁸⁰³. A Lei n.º 83/634, de 13 de Julho de 1983, que estabeleceu os direitos e obrigações dos funcionários, prevendo as regras comuns a todos os funcionários, que corresponde ao título I do estatuto geral (artigo 1.º). As outras três leis que compõem o estatuto geral consagram as disposições estatutárias relativas: à *função pública do Estado* — Lei n.º 84/16, de 11 de Janeiro de 1984, que constitui o título II do estatuto geral (cfr. artigo 1.º) — ; à *função pública territorial* — Lei n.º 84/53, de 12 de Janeiro de 1984, corresponde ao título III do estatuto geral (artigo

⁷⁹⁹ Entre outros, Gustave Peiser, *Droit de la Fonction Publique*, 21.º ed., Dalloz, Paris, 2012, pág. 25; e Yves Gaudemet, *Droit Administratif*, 20.ª ed., L.G.D.J., Paris, 2012, pág. 465 e sgs.

⁸⁰⁰ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 366.

⁸⁰¹ Jacques Lafon, “Le contrat de Fonction Publique”, cit., pág. 659.

⁸⁰² Neste sentido, Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 78, e Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 366-367.

⁸⁰³ Tabrizi Ben Salah, *Droit de la Fonction Publique*, Masson, Paris, 1992, pág. 52, e Gustave Peiser, *Droit de la Fonction Publique*, cit., pág. 26.

1.º) –; e à *função pública hospitalar* – Lei n.º 86/33 de 9 de Janeiro de 1986, corresponde ao título IV do estatuto geral.

A Lei n.º 83/634, de 13 de Julho de 1983, além de determinar que os funcionários se encontram numa situação legal e regulamentar (cfr. artigo 4.º), vem impor o princípio geral da reserva de empregos permanentes para os funcionários, o que significa que todos os empregos permanentes na Administração Pública devem, por norma, ser ocupados por quem reúna aquela condição de funcionário (cfr. artigo 3.º desta Lei). Com tal preceito procura-se limitar ou menos impedir o recurso por parte da Administração aos contratados.

No entanto, em 1987, o legislador francês, com a Lei n.º 87/588, de 30 de Julho⁸⁰⁴, veio tornar mais flexível a possibilidade de recurso aos contratados, a qual passou a permitir o recurso à contratação, quando a natureza das funções ou a necessidade do serviço o justificassem (cfr. artigo 76.º da Lei n.º 87/588, de 30 de Julho, na sua redacção inicial), especialmente quando em causa, estivessem funções temporárias, funções específicas ou funções imprevistas⁸⁰⁵.

A admissibilidade de contratados no seio da Administração veio colocar de imediato a questão da qualificação do contrato como contrato administrativo, regido pelo direito público e submetido à jurisdição administrativa, ou, antes, como contrato privado, sujeito às disposições do código laboral e à jurisdição do trabalho⁸⁰⁶.

Através do Acórdão Berkani, de 25 de Março de 1996⁸⁰⁷, o Tribunal de Conflitos vem pronunciar-se pela natureza pública do contrato de um ajudante de cozinha de um restaurante universitário da CROUS de Lyon – Saint-Étienne, o Tribunal entendeu que todo o pessoal não estatutário que trabalhasse por conta de um serviço público de carácter administrativo assumia a qualidade de agente contratual de

⁸⁰⁴ Para um comentário a esta lei, cfr. Serge Salon e Jean-Charles Savignac, “Chronique générale de législation: fonction publique de l’État, fonction publique hospitalière”, in *L’Actualité Juridique de Droit Administratif*, n.º 11, 1987, pág. 648-656.

⁸⁰⁵ R. Muzellec, “Privatización y contractualización en la función pública”, in *Documentación Administrativa*, n.º 239, 1994, pág. 125-141, 128-129, (Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 370).

⁸⁰⁶ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 371.

⁸⁰⁷ Pode encontrar-se o texto desta decisão em *L’Actualité Juridique de Droit Administratif*, 1996, pág. 399, sendo precedida de um comentário de Jackes-Henri Stahl e Didier Chauvaux, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, pág. 355-358.

direito público qualquer que seja a qualidade do seu emprego⁸⁰⁸. Deste modo, a jurisprudência do Acórdão de Berkani coloca definitivamente a *função pública francesa* na rota do Direito Público, representando, paralelamente, um retrocesso do direito privado no âmbito das relações de emprego no seio da Administração Pública⁸⁰⁹. Com efeito, e para além dos funcionários, que ocupam os postos ditos permanentes e estão sujeitos a um regime estatutário, também todo e qualquer contratado que trabalhe para um serviço administrativo vê o seu regime ser disciplinado pelo Direito Público, pelo que é diminuto o papel que no âmbito da função pública francesa desempenha o direito labora⁸¹⁰.

Actualmente continuam a ser nomeados quase todos os empregados das *três funções públicas francesas*, permanecendo, pois, com um regime maioritário semelhante ao sistema português anterior às recentes reformas de 2008/2009. Sendo que quando existe contratação individual em funções públicas é, essencialmente, regulada pelo direito administrativo, não obstante, o pessoal das empresas públicas ser regido pelo contrato individual do direito do trabalho⁸¹¹.

No que respeita à negociação colectiva a legislação francesa projecta este tema a partir da ideia de diálogo social, embora se admita que a Constituição reconhece o direito à negociação colectiva ao nível das *três funções públicas francesas* com vista à definição das condições de trabalho. Deste modo, podem ser celebrados acordos ao nível ministerial ou interministerial com os sindicatos, mas os mesmos não têm eficácia jurídica normativa. Estes acordos só têm eficácia quando o seu conteúdo é vertido para as formas jurídicas adequadas, em particular leis ou regulamentos⁸¹².

Como vimos, a sujeição dos funcionários a um estatuto geral e impessoal, constitui inquestionavelmente o marco caracterizante da *função pública francesa*⁸¹³. O sistema da *função pública francesa* integra-se no sistema de administração executiva, ou de tipo francês. Este sistema ou modelo inspirou os modelos da Administração Pública da maioria

⁸⁰⁸ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 373.

⁸⁰⁹ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 373.

⁸¹⁰ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 373.

⁸¹¹ Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa, “A Reforma do Emprego Público em Portugal”, cit., pág. 228-230.

⁸¹² Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 79.

⁸¹³ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 374.

dos restantes países da Europa Ocidental, designadamente, o espanhol, o português, o italiano e o alemão (embora nestes dois últimos Estados apresente algumas variantes nacionais)⁸¹⁴.

4.2. *A Laboralização Espanhola do emprego público*

Tal como nos restantes estados Europeus, o surgimento da função pública em Espanha dá-se no século XIX, por influência francesa^{815_816}.

Em Espanha optou-se pelo regime dual desde os primeiros estatutos aplicáveis aos funcionários públicos⁸¹⁷. A Constituição Espanhola de 1978 refere-se ao *direito da função pública*, essencialmente, em dois preceitos, no n.º 3 do artigo 103.º, e no n.º 18.º do artigo 149.º, da Constituição Espanhola. O primeiro refere que “[a] lei regulará o estatuto dos funcionários públicos, o acesso à função pública de acordo com os princípios do mérito e da capacidade, as particularidades do exercício do seu direito à sindicalização, o sistema de incompatibilidades e as garantias de imparcialidade no exercício das suas funções”, enquanto o segundo preceito estabelece que o Estado tem competência exclusiva sobre as “bases do regime jurídico das administrações públicas e do regime estatutário dos seus funcionários que, em todos os casos, garantam aos funcionários administrativos um tratamento comum perante elas.”⁸¹⁸

Um anos mais tarde foi aprovada a Lei n.º 30/84, de 2 de Agosto, que aprovou as medidas da *função pública*, aplicáveis à Administração do Estado e seus organismos autónomos, prevê a existência de um regime dual, tanto o estatutário como o contratual, tendo, no entanto, esta lei tentado deslocar o centro de gravidade do tradicional modelo

⁸¹⁴ Vide, neste sentido, Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.ª Ed., cit., pág. 113.

⁸¹⁵ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 75.

⁸¹⁶ Sobre a história da *função pública* em Espanha vide, por todos, Ramón Parada, *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, 20.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 387 e sgs.

⁸¹⁷ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 75.

⁸¹⁸ Tradução efectuada por Jorge Bacelar Gouveia, *As Constituições dos Estados da União Europeia*, Lisboa, 2000, pág. 262 e 275.

de carreira para um sistema de emprego. A intenção de com esta lei era proceder à *laboralización do emprego público español*. Por este fenómeno de laboralização do emprego público pretende-se, por um lado, significar a incorporação no seio da Administração Pública de pessoal vinculado pelo Direito Laboral e, por outro, lado, salientar a penetração no *direito da função pública* de princípios e instituições próprias do Direito do Trabalho⁸¹⁹.

Esta intenção de laboralização terá justificado que se tenha deixado ao critério da Administração a determinação dos postos que, pela sua natureza e conteúdo, deviam ser ocupados por funcionários ou por contratados em regime laboral (cfr. n.º 1 do artigo 15.º da Lei n.º 30/84, na sua redacção inicial), e que se tenham configurado como excepcionais as situações em que os postos de trabalho poderiam ser reservados a funcionários (n.º 2., do artigo 15.º da Lei n.º 30/84, na sua versão original)⁸²⁰.

Fazendo a Constituição Espanhola referência ao *estatuto* e ao *regime estatutário da função pública* — lembre-se nos seus preceitos 103.º/3.º e artigo 149.º,1,18.º — vem lançar-se a questão da admissibilidade e conformidade constitucional da dualidade de regimes de emprego no seio da Administração Pública, dando origem a uma profunda fractura na doutrina espanhola⁸²¹.

Por um lado, estão aqueles autores que defendem a inconstitucionalidade de qualquer relação de serviço no âmbito da Administração que não seja a estatutária. Entre eles encontra-se Ramón Parada, para quem a circunstância de o texto constitucional apenas mencionar a existência de um regime estatutário, omitindo qualquer referência à possibilidade de sujeição dos empregados da Administração ao direito laboral, não parecendo lícito que o legislador ordinário possa estabe-

⁸¹⁹ M.^a José Rodríguez Ramos, “Funcionarización y Laboralización del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas: Dos Procesos Convergentes”, in *Situación actual y tendencias de la Función Pública Española*, Coordenação de F. Castillo Blanco, Granada, 1998, pág. 158 e 159.

Também neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 354.

⁸²⁰ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 345.

⁸²¹ Quanto à sistematização das diversas posições da doutrina espanhola sobre esta questão seguimos Silvia Del Saz, “La laboralización de la Función pública: del contrato laboral para trabajos manuales al contrato de Alta Dirección”, in *Documentación Administrativa*, n.º 243, 1995, pág. 146-149; e Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 360-361.

lecer uma dualidade de regimes jurídicos para o pessoal que serve de modo permanente a Administração Pública⁸²².

De outro lado, existem autores que sustentam a constitucionalidade da contratação laboral no seio da Administração Pública sem nenhum tipo de limites. Segundo Sala Franco, a Constituição apenas postula uma reserva de lei em matéria bases de estatuto dos funcionários e que o acesso à *função pública* se faça de acordo com os princípios do mérito e da capacidade, mas em nenhum momento estabelece a exclusividade do regime estatutário, e nem sequer o carácter preferencial do mesmo. Assim, no que respeita ao regime jurídico do emprego público, a Constituição optou por uma certa neutralidade, cabendo ao legislador superar a neutralidade do texto constitucional, concretizar o que entende por função pública e definir o regime jurídico a que se deve sujeitar a relação de emprego estabelecida com a Administração, a qual no entanto, terá que respeitar os princípios do mérito e da capacidade⁸²³.

Noutro grupo de autores encontram-se aqueles que são a favor de uma tese mais moderada, admitindo estes o recurso a contratos laborais mas não de forma indiscriminada. Para eles, a vontade constitucional é a de que a Administração seja servida com carácter geral por funcionários públicos sujeitos ao regime estatutário, sendo que o recurso aos contratos laborais no seio da Administração Pública só pode ser a excepção à

⁸²² Cfr. Ramón Parada Vázquez, *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, 18.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 463. No mesmo sentido, reafirma o mesmo autor, numa edição mais recente, *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, 20.ª ed., cit., pág. 399, 407, 431-432.

Também num sentido idêntico Diego Cámara Del Portillo, “La Función Pública ante el Tribunal Constitucional: Una Oportunidad Perdida”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 57, 1988, pág. 103 e 111.

Também Silvia Del Saz que reforça esta tese com a defesa da existência de uma reserva de Direito Administrativo na Constituição que impediria a aplicação indiscriminada do Direito Privado ao pessoal das Administrações Públicas, cfr. Silvia Del Saz, “La laborización de la Función pública”, cit., pág. 147, e “La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, in *Revista da Administración Pública*, n.º 133, pág. 57 e sgs.

⁸²³ Cfr. Tomás Sala Franco, *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, MAP, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989, pág. 16-17. Também neste sentido se pronunciou J. Prats I Catalá (*Primeros informes sobre criterios de reordenación de la Función Pública*, Comunidad de Madrid, 1985-1986), apud Fernando Bermejo Cabrero, “Las relaciones de puestos de trabajo y la laborización de la función pública”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 62, 1989, pág. 231.

regra⁸²⁴. Sendo mais tarde esta tese confirmada pelo Tribunal Constitucional Espanhol, na Sentença n.º 99/87, de 11 de Junho.

Sobre esta discussão também se pronunciou o Tribunal Constitucional Espanhol, nesta mencionada Sentença n.º 99/87, de 11 de Junho, tendo-se pronunciado pela inconstitucionalidade do n.º 1, do artigo 15.º da Lei n.º 30/84, no segmento em que conferia ao Ministério da Presidência poder de determinar os postos de trabalho que se reservam aos funcionários⁸²⁵. Com efeito entendeu aquela Sentença que este preceito violava a reserva de lei consagrada na Constituição, considerando, na alínea c) do seu terceiro fundamento jurídico, que *“el primer inciso de su art. 103.3 la Constitución ha reservado a la Ley la regulación de la situación personal de los funcionarios públicos y de su relación de servicio o «régimen estatutario», por emplear la expresión que figura en el art. 149.1.18 de la misma Norma fundamental. Es éste, desde luego, un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública”*.

O Tribunal Constitucional afirma inequivocamente que a Constituição Espanhola optou por um regime estatutário em matéria de organização e disciplina das relações de emprego estabelecidas com a

⁸²⁴ Neste sentido, Fernando Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pág. 1613 e 1621; Rafael Entrena Cuesta, “El Régimen Estatutario de los Funcionarios Públicos como Postulado Constitucional”, in *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo III*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 2607; Vicente-María González-Haba Guisado, “Los problemas del personal no funcionario”, in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 225, 1985, pág. 123-156 e sgs.

⁸²⁵ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 361.

Administração Pública, pelo que a aplicação do direito laboral neste domínio há-de considerar-se sempre excepcional⁸²⁶.

Inverte-se, assim, o princípio consagrado na redacção do n.º 1, do artigo 15.º da Lei n.º 30/84, pelo que o que era nesta lei um regime excepcional – o regime estatutário – passa, agora, a ser o regime normal, e o que ali era qualificado como regime normal – o regime laboral – passa a ser configurado como excepcional⁸²⁷, recolocando o emprego público em Espanha de novo na órbita do direito público⁸²⁸.

Não obstante, a decisão do Tribunal Constitucional não proibiu a existência de pessoal vinculado à Administração pelo regime laboral e que até reconheceu, ao remeter para o legislador a determinação dos casos excepcionais em que o exercício de funções públicas pode ser disciplinado pelo regime laboral, a existência de uma dualidade de regimes no emprego público espanhol. Vindo a Lei n.º 23/88, de 28 de Julho, a dar nova redacção ao preceito da Lei n.º 30/84 declarado inconstitucional, introduzindo no n.º 2 do artigo 15.º daquela lei, os casos excepcionais em que a Administração do Estado, e seus Organismos Autónomos, pode recorrer ao pessoal laboral. Assim aquela lei, depois de afirmar que com carácter geral, os postos de trabalho naquela Administração serão desempenhados por funcionários públicos, enuncia taxativamente as excepções a essa regra⁸²⁹. Quanto às Comunidades Autónomas ainda que a Sentença 99/1987 não se refira expressamente a elas, e a Lei n.º 30/84 tenha um âmbito de aplicação limitado à Administração do Estado e seus Organismos Autónomos, como grande parte daquelas Comunidades tinham optado por uma regulação similar àquela lei, quando a Lei n.º 23/88 revê o artigo 15.º daquela lei, na sequência da declaração de inconstitucionalidade deste preceito, a maior parte das Comunidades Autónomas modifica as suas normas, sobre a questão, adaptando-as à Lei n.º 23/1988. Pelo que, também as Comunidades Autónomas consideram como regra geral dos postos de trabalho da Administração Pública devem ser desempenhados por funcionários públicos, podendo ser adstritos postos de traba-

⁸²⁶ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 362.

⁸²⁷ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 362.

⁸²⁸ José Manuel López Gómez, *La relacion laboral especial de empleo público – estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Civitas, Pamplona, 2009, pág. 43.

⁸²⁹ *Vide*, excepções previstas na alínea c) do n.º 1 do artigo 15.º da Lei n.º 30/84, na redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 23/88.

lho a pessoal laboral em casos excepcionais, que geralmente coincidem com os previstos no n.º 2 do artigo 15.º da Lei n.º 30/84⁸³⁰.

Actualmente, rege o trabalho subordinado na Administração Pública Espanhola a Lei n.º 7/2007, de 12 de Abril, que aprovou o Estatuto Básico do Empregado Público (doravante EBEP). Esta lei é aplicável a todos os trabalhadores da Administração do Estado, e Administrações das Comunidades Autónomas (cfr. artigo 2.º). O Estatuto Básico manteve a dualidade de regimes jurídicos do pessoal ao serviço das Administrações Pública – pessoal laboral e pessoal funcionário –, e estabeleceu o regime básico comum ao pessoal funcionário e ao pessoal laboral, constituindo como que a “casa comum normativa”⁸³¹ deste regime.

Segundo o Estatuto Básico os diferentes tipos de trabalhadores em Espanha distribuem-se em *funcionários de carreira*, *funcionários interinos*, *pessoal laboral (fixo, indefinido ou temporal)*, e *pessoal eventual* (cfr. artigo 8.º). São *funcionários de carreira* aqueles que em virtude de uma nomeação legal, estão vinculados à Administração Pública por uma relação estatutária regulada pelo Direito Administrativo para o desempenho de serviços profissionais retribuídos de carácter permanente (artigo 9.º). Os funcionários públicos de carreira constituem o núcleo principal dos empregados públicos. A definição de funcionário de carreira tem como nota característica a *permanência* da relação jurídica de serviço, ou, o que é igual, a condição de funcionário. A inamovibilidade diferencia os funcionários dos outros empregados públicos⁸³². Quanto aos *funcionários interinos*, estes são os que, por razões expressamente justificados de necessidade e de urgência, são nomeados como tal, para o desempenho de funções próprias de funcionários de carreira, quando se dê alguma das seguintes circunstâncias: a) a existência de lugares vagos quando não seja possível o seu preenchimento por funcionários de carreira; b) a substituição temporária dos titulares; c) a execução de programas temporários, que não poderão ter uma duração superior a

⁸³⁰ José Manuel López Gómez, *La relación laboral especial de empleo público*, cit., pág. 61.

⁸³¹ José Manuel López Gómez, *La relacion laboral especial de empleo público*, cit., pág. 46-48.

⁸³² Esta categoria de pessoal laboral constitui uma criação de origem jurisprudencial, tendo encontrado reconhecimento – se não de forma expressa, pelo menos implícita, n.º 1 do artigo 8.º do EBEP – no Estatuto Básico, cfr., também sobre os problemas que esta subcategoria de pessoal laboral coloca, Josefa Cantero Martínez, Jesús Ángel Fuentetaja Pastor, Luis F. Maeso Seco e Belén Marina Jalvo, *Régimen Jurídico de la Función Pública*, 1.ª ed., Miguel Sánchez Morón (coord.), Thomson Reuters y Lex Nova, Valladolid, 2013, pág. 180-183.

três anos, prorrogável até mais doze meses pelas leis de *função pública* a serem emitidas em desenvolvimento deste Estatuto; d) o excesso ou a acumulação de tarefas pelo prazo máximo de seis meses dentro de um período de doze meses (cfr. n.º 1, do artigo 10.º). Por outro lado, é *peçoal laboral* o que em virtude de contrato de trabalho formalizado por escrito, em qualquer das modalidades de contratação de pessoal prevista na legislação laboral presta serviços remunerados nas Administração Públicas (cfr. n.º 1, do artigo 11.º). Em função da duração do contrato apresenta uma tripla distinção pode ser: pessoal laboral fixo, pessoal laboral temporário, e pessoal laboral indefinido (e não fixo) — esta subcategoria é de origem jurisprudencial e é a que tem colocado maiores problemas⁸³³. Por fim, é *peçoal eventual* o que, em virtude da nomeação e com carácter não permanente, só realiza funções expressamente qualificadas como de confiança e assessoria especial, sendo pagos a partir das dotações orçamentais inscritas para este fim (cfr. n.º 1, do artigo 12.º).

Se é certo que o Estatuto Básico parte do princípio constitucional de que o regime geral do emprego público em Espanha é o estatutário (cfr. 2.º Parágrafo da Exposição dos Motivos), inegavelmente, este Estatuto vem permitir uma nova e maior abertura a favor do regime e pessoal laboral para determinadas áreas da Administração Pública. Pois, por um lado, reconhece expressamente o crescente papel que este pessoal desempenha naquela (cfr. 2.º Parágrafo da Exposição dos Motivos)⁸³⁴, e por outro lado, reserva apenas um mínimo de postos de trabalho para o pessoal funcionário que exerçam funções de autoridade ou de soberania. Deixando para as Leis das Funções Públicas das Administrações Públicas a escolha dos postos de trabalho que podem ser desempenhados por pessoal laboral, fora daquela reserva prevista no n.º 2 do artigo 9.º do EBEP⁸³⁵.

No entanto, ainda que a EBEP mantenha a opção por um regime dual, e consagre uma maior flexibilidade do que as leis anteriores, na busca

⁸³³ Josefa Cantero Martínez, et al., *Régimen Jurídico de la Función Pública*, cit., pág. 142 e 180.

⁸³⁴ Josefa Cantero Martínez, et. al, *Régimen Jurídico de la Función Pública*, cit., pág. 142.

⁸³⁵ José Manuel López Gómez, *La relacion laboral especial de empleo público*, cit., pág. 47

da melhor ordenação para as relações de emprego público, não opta nem por uma “funcionarización” plena nem por uma laboralização plena⁸³⁶.

Assim por um lado o EBEP descarta a hipótese da *unificación dos regimes em torno do regime estatutário*, pois a experiência histórica, não só em Espanha como noutros países em redor daquele, até naqueles que ainda têm uma mais acentuada tradição de função públicaestatutária do que aquele, têm vindo a recorrer para determinadas funções ou tarefas à contratação de pessoal segundo a legislação laboral, buscando uma maior flexibilidade (sobretudo para aquelas que se encontram mais próximas ou se regem por critérios de gestão de empresa privada)⁸³⁷.

Tão pouco o EBEP opta por uma *laboralización geral da relação de emprego* público, pois tal opção resulta difícil de propor no caso do direito espanhol, onde tropeça em limites constitucionais e, além deles, numa tradição arraigada de função públicaestatutária. Além de que, representa um limite intransponível a *reserva de postos de trabalho* que o Estatuto Básico fixa uma para os *funcionários de carreira* relacionados com o exercício das funções que impliquem a participação directa ou indirecta no exercício de poderes públicos ou na salvaguarda de interesses gerais do Estado e das Administrações Públicas, numa fórmula que se transpõe do Direito Europeu a propósito da admissão de trabalhadores estrangeiros comunitários na *função pública* nacional de cada Estado⁸³⁸ (cfr. artigo 9.º da Lei n.º 7/2007). Assim, aquela reserva consagrada no EBEP corresponde a uma definição indicativa do núcleo essencial de *função pública de carreira* no âmbito europeu, que toma como referência a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, emitida para efeitos de fixar os limites ao princípio da livre circulação dos trabalhadores no âmbito público⁸³⁹. Quanto às restantes funções ou postos de trabalho poderão ser desempenhados tanto por pessoal laboral ou como por pessoal funcionário conforme os critérios

⁸³⁶ Josefa Cantero Martínez, et. al, *Régimen Jurídico de la Función Pública*, cit., pág. 142 e 147.

⁸³⁷ José Manuel López Gómez, *La relacion laboral especial de empleo público*, cit., pág. 47

⁸³⁸ Neste sentido, Ramón Parada, *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, 20.ª ed., cit., pág. 433.

⁸³⁹ Que reserva aos cidadãos de cada estado membro pela sua legislação nacional, os postos de trabalho que impliquem “uma participação directa ou indirecta no exercício de poderes públicos e na salvaguarda dos interesses gerais dos Estados e das demais Entidades Públicas” (cfr. em José Manuel López Gómez, *La relación laboral especial de empleo público*, cit., pág. 51, nota 107).

que determinem a Leis de Função público Estado ou das Comunidades Autónomas, que sejam emanadas em desenvolvimento deste Estatuto (cfr. n.º 2 artigo 11.º)⁸⁴⁰.

Como o EBEP não revoga de forma expressa a Lei n.º 30/84, na redacção que lhe foi atribuída pela Lei n.º 23/88, esta mantém-se em vigor, e como ainda continua a ser mobilizado como referente a já clássica Sentença n.º 99/87⁸⁴¹, do Tribunal Constitucional Espanhol, *mantendo-se ainda a opção genérica constitucional por um regime estatutário dos empregados públicos, e o regime laboral como excepção*. Pelo que, pelo menos, enquanto se aguarda a publicação de todas as Leis da Função pública para as Administrações Públicas do Estado e das Comunidades Autónomas e enquanto se espera para saber quais serão os postos de trabalho ou tarefas, que fora daquela reserva, virão a ser adstritos ao pessoal laboral em regime laboral, mantém-se aquela regra do regime estatutário tanto para a Administração do Estado, como também para as Administrações das Comunidades Autónomas, que adoptaram, no geral, como já vimos, as mesmas soluções legislativas daquela Administração.

Não obstante, apesar da tradição de *função pública estatutária* muito arraigada, e dos limites constitucionais evidenciados naquela clássica Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol, o direito espanhol com a aprovação do Estatuto Básico — que permite que o modelo laboral venha a ser um modelo paralelo em todos os níveis ao modelo estatutário de carreira, com excepção das funções ou tarefas incluídas naquela reserva de postos de trabalho a funcionários públicos, previstos no n.º 2, do artigo 9.º, do EBEP —, abre as portas à *laboralização* do emprego público⁸⁴². Pelo que, tudo indica que se caminha para que num futuro, mais ou menos próximo, em Espanha (à semelhança do que acontece em outros Estados Europeus) apenas permaneçam ao abrigo do tradicional regime estatutário as funções de autoridade ou soberania. Apesar do exposto, actualmente o regime estatutário continua a ser a regra

⁸⁴⁰ José Manuel López Gómez, *La relación laboral especial de empleo público*, cit., pág. 52.

⁸⁴¹ Josefa Cantero Martínez, et al., *Régimen Jurídico de la Función Pública*, cit., pág. 144.

⁸⁴² Neste sentido parece ir Ramón Parada, *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, 20.ª ed., cit., pág. 407.

no emprego público em Espanha, e o pessoal vinculado pelo direito laboral a ser a excepção⁸⁴³.

Quanto à negociação colectiva dispõe o Capítulo IV do Estatuto Básico, do qual se extrai que enquanto os trabalhadores que se encontram sujeitos a um regime do direito do trabalho vêm a negociação terminar com uma convenção colectiva, já os que se encontram no âmbito da *função pública* não podem celebrar convenções colectivas, mas “pactos y acuerdos” sem vinculatividade imediata⁸⁴⁴.

4.3. A privatização Italiana do emprego público

A evolução de um sistema tradicional de *função pública* em direcção à aplicação das regras comuns é simultaneamente complexo mas enriquecedor da compreensão genérica dos problemas que se colocam ao emprego na Administração Pública⁸⁴⁵.

A configuração jurídica da relação de trabalho subordinado das Administrações Públicas em Itália como relação de emprego público tem as suas raízes no período de criação do estado unitário italiano no século XIX e manteve-se com a mesma configuração até à reforma de 1990⁸⁴⁶.

A concepção de fundo assentava no funcionário público que manifestava a vontade da Administração Pública e agia em seu nome, estabelecendo-se uma relação orgânica entre ambos. O funcionário público era considerado o elemento pessoal da estrutura burocrática-organizativa e portanto a sua actividade laboral, expressa numa relação de serviço, enquanto enxertada no tronco orgânico, deve partilhar com a estrutura administrativa da inspiração publicista que caracteriza a acção⁸⁴⁷.

Nos anos noventa do século passado, o Estado Italiano iniciou um importante processo de privatização através de diferentes formas de alienação da responsabilidade pela prestação de determinadas acti-

⁸⁴³ Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa, “A Reforma do Emprego Público em Portugal”, cit., pág. 230.

⁸⁴⁴ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 77.

⁸⁴⁵ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 79.

⁸⁴⁶ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 81.

⁸⁴⁷ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 81.

vidades e que envolveu o emprego público⁸⁴⁸. Assim, não obstante o Conselho de Estado se ter oposto à privatização do emprego público, considerando que não se pode privatizar o que por essência assume natureza pública⁸⁴⁹, o certo é que o Decreto legislativo n.º 29/1993, de 3 de Fevereiro, procedeu à racionalização da Administração Pública e à revisão da disciplina de emprego público⁸⁵⁰.

Os objectivos da reforma – conforme afirmado no (artigo 1.º do) Decreto Legislativo n.º 165/2001, de 30 de Março, que aprovou a norma geral do ordenamento do emprego dependente na Administração Pública, ainda em vigor –, consistiram em aumentar a eficiência da Administração Pública, racionalizar os custos da função pública e realizar uma melhor gestão dos recursos humanos. Para o efeito, o legislador determinou a aplicação do regime laboral comum aos trabalhadores da Administração Pública⁸⁵¹. Os n.ºs 2 e 3.º do artigo 2.º do Decreto n.º 29/1993 determinaram que a relação de emprego dos dependentes da Administração Pública passava a ser disciplinada pelo Código Civil e a ser regulada pela contratação colectiva. De fora desta regulamentação e, portanto, continuando sujeito a um regime legal e estatutário, apenas permaneceu o pessoal mencionado que contendem com a soberania do Estado⁸⁵². Assim, o regime aplicável aos funcionários da Administração Pública é o regime laboral, por força da solução adoptada de privatização do emprego público. A par deste regime geral, mantém-se o regime de direito público para algumas categorias de funcionários como os juízes, os procuradores do Estado, o pessoal militar, os membros da polícia do Estado, o pessoal da carreira diplomá-

⁸⁴⁸ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 83.

Para uma análise ao processo de reforma do emprego público italiano, vide Franco Carinci, “La c. d. privatizzazione del pubblico impiego”, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Ano XII, n.º 1, Parte Prima, 1993, pág. 8-44.

⁸⁴⁹ Este Parecer do Conselho de estado, em 31 de Agosto de 1992, encontra-se integra-se integralmente transcrito no *Il Foro Italiano*, 1993, Parte Terza-1, págs. 3-17.

⁸⁵⁰ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 341.

⁸⁵¹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 83.

⁸⁵² Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 341.

tica, e os professores universitários – artigo 3.º do Decreto Legislativo n.º 165/2001, de 30 de Março⁸⁵³.

A maioria dos empregadores públicos passa a ter no contrato (e já não num acto unilateral e autoritário) o instrumento constitutivo da relação de emprego e na negociação colectiva (e já não na lei e nos regulamentos) a fonte reguladora daquela relação. A substituição das fontes unilaterais pela contratação colectiva foi acompanhada pela substituição do juiz administrativo pelo juiz ordinário enquanto instância competente para dirimir os litígios emergentes da relação de trabalho dos empregadores públicos⁸⁵⁴. Se bem que o considerado *núcleo duro* do emprego público, que historicamente justificou a sua sujeição a um regime específico continua a ser objecto de conhecimento e controlo por parte da jurisdição administrativa, a qual pode continuar a reivindicar orgulhosamente o primado que adquiriu na consciência jurídica antes mesmo da própria lei⁸⁵⁵. Com a reforma de 93, a Itália passou de um regime unilateral de direito público para um regime contratual de direito privado, pelo que a determinação das condições em que os empregadores públicos prestam a sua actividade e os direitos e deveres que lhes assistem deixaram de ser determinados unilateralmente pela Administração, antes participando os próprios empregados, de uma forma activa, na sua determinação⁸⁵⁶.

A reforma suscitou dúvidas sobre a sua conformidade entre o carácter público da função pública e a submissão às regras de regime privado do direito do trabalho. Apesar disso, o Tribunal Constitucional veio considerar que do n.º 1, artigo 97.º da Constituição Italiana não derivava um princípio de necessidade de regime público das relações de trabalho, sendo, pelo contrário, completamente admissível a aplicação do regime civilístico para todas as situações em que não existe conexão com o momento exclusivamente público da acção administrativa⁸⁵⁷.

Adverte Ramón Parada que a experiência italiana de fuga do modelo tradicional da função pública parece ter resultado num retumban-

⁸⁵³ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 84.

⁸⁵⁴ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 343.

⁸⁵⁵ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 344.

⁸⁵⁶ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 345.

⁸⁵⁷ Decisão da Corte Costituzionale Italiana n.º 309/1997, de 16 de Outubro.

te fracasso⁸⁵⁸. Esta reforma do emprego público italiano foi, logo em 1993, também muito criticada por Sabino Cassese⁸⁵⁹. Entre as críticas apresentadas por este autor salientamos: a de que se observa que é impossível privatizar o emprego público, pois o emprego com o Estado é por natureza público, e a sua natureza intrínseca não pode ser modificada; a de que esta reforma representa “*un autentico pasticcio*”⁸⁶⁰; e a de que o emprego público ficou em condições piores do que as que tinha antes desta reforma⁸⁶¹. Nicolas Font⁸⁶², em 2009, refere que a submissão a um regime de direito privado veicula a ideia de que através desta submissão as organizações se tornam mais flexíveis e, portanto, mais eficazes. Mas, na verdade, na *função pública italiana* estes resultados não estão presentes. O que pode explicar-se, segundo este autor, por um conjunto de factores. Desde logo, alguns factores são de *ordem política*. Com a transição dos agentes para o sector privado, fica aberta a possibilidade da Administração proceder a despedimentos económicos. Colocando o autor a questão de saber que governo poderá tomar a decisão de avançar com um despedimento colectivo, responde o mesmo que, segundo o seu ponto de vista, há como que uma “impossibilidade política”⁸⁶³ não somente de Itália, mas de todos os países com configurações do mercado de trabalho que não são as de pleno emprego, de avançarem com esta decisão⁸⁶⁴. Em consequência, o empregador público italiano parece não poder dispor dos mesmos meios

⁸⁵⁸ Ramón Parada, *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, 20.ª ed., cit., pág. 381.

⁸⁵⁹ Sabino Cassese, “Il Sofisma della Privatizzazione del Pubblico Impiego”, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Ano XII, n.º 3, 1993, pág. 302.

⁸⁶⁰ Sabino Cassese, “Il Sofisma della Privatizzazione del Pubblico Impiego”, cit., pág. 302.

⁸⁶¹ Sabino Cassese, “Il Sofisma della Privatizzazione del Pubblico Impiego”, cit., pág. 299 e 317.

⁸⁶² Cfr. Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, cit., pág. 553-554.

⁸⁶³ Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, cit., pág. 553.

⁸⁶⁴ Pois, acrescenta Nicolas Font, os Estados onde o mercado é de pleno emprego, o despedimento não tem que estar sujeito a qualquer procedimento e é muito mais fácil encontrar rapidamente um novo emprego. A este título, perante a dissolução de um corpo, o direito francês permite ao legislador proceder a demissões em massa desde que adopte, neste sentido, uma lei de “*dégagement des cadres*”. Mas estas leis têm regularmente manifestado a vontade política de reclassificar os agentes envolvidos em vez de os demitir (cfr. Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, cit., pág. 553, nota n.º 2315).

do que o empregador privado. Outros factores são de *ordem sociológica*. Se o funcionário italiano passa agora a poder negociar o seu salário, como as restrições orçamentais são numerosas esta livre negociação é na verdade relativa, de modo que o baixo nível de rendimento leva a uma deserção da *função pública*, especialmente nos quadros dirigentes. Com efeito, estes últimos têm de ter sucesso no concurso de admissão à Administração, mas além disso, a introdução de contratos de duração determinada tem o efeito de privá-los da garantia de estabilidade nas suas funções (os cargos dirigentes gerais passam a estar sujeitos ao regime privado desde a reforma de 97/98⁸⁶⁵, cfr. artigo 19.º do Decreto Legislativo n.º 165/2001 de 30 de Março). Como consequência, torna-se menos atraente trabalhar para a Administração, e a *função pública italiana* luta para atrair os melhores agentes possíveis⁸⁶⁶. Notando este Nicolas Font que muitos anos depois do início desta reforma, continua a falar-se de uma *função pública italiana* ineficaz, admitindo as próprias autoridades italianas que esta reforma ainda está a “meio caminho”⁸⁶⁷. Pelo que, se houver no futuro, em França (conclui o autor citado), ou em qualquer Estado (generalizamos nós), uma verdadeira vontade política para privatizar a *função pública*, a experiência italiana ensina que não se deve ter pressa neste processo, que é importante prosseguir por etapas, sendo também relevante que estejam reunidas todas as condições necessárias para executar tal projecto⁸⁶⁸.

Apesar das críticas à reforma italiana do emprego público, esta teve, porém, o inegável mérito de ser pioneira a quebrar com o modelo tradicional do emprego público e de assumir uma nova postura em busca da eficiência que a Administração Pública tem necessariamente de alcançar com a sua actuação, podendo, nessa medida, falar-se de

⁸⁶⁵ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, pág. 341.

Para uma análise crítica, ainda que breve, à privatização da situação jurídica dos dirigentes no emprego público em Itália, vide Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 88-91.

⁸⁶⁶ Cfr. Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, cit., pág. 553.

⁸⁶⁷ Declaração do ministro das reformas e inovações italiano depois de uma polémica lançada por Pietro Ichino no “*Corriere della sera*”, de 24 de Agosto de 2006, acusando o governo italiano de tolerar uma *função pública* ineficaz (declaração citada por A. Chemla-Lafay, “*Accord syndicats/administration en Italie*”, in *Gestion publique réactive*, janvier 2007, pág. 1-2).

Declaração também referida em Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, cit., pág. 553 e nota n.º 2317.

⁸⁶⁸ Em Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, cit., pág. 554.

uma revolução cultural⁸⁶⁹, ou de uma reforma histórica⁸⁷⁰.⁸⁷¹ Este regime italiano parece ter influenciado as recentes alterações legislativas portuguesas em matéria de emprego público, pois o sistema do emprego público italiano apresenta soluções legislativas muito próximas da lei actual portuguesa⁸⁷².

4.4. *O regime dual Alemão do emprego público*

A Constituição Alemã de 1949 determina no seu n.º 4 do artigo 33.º que o exercício de prerrogativas de poder público com carácter permanente deve ser confiado a funcionários públicos no âmbito de relações de serviço e de fidelidade assentes no Direito Público⁸⁷³. Anteriormente a Constituição de Weimar estabeleceu nos seus artigos 129.º e 130.º princípios fundamentais para a relação jurídica do funcionário. Todavia no período do nacional-socialismo os funcionários do Reich e os do Estado deixam de depender da Constituição e passam a depender do “Führer”⁸⁷⁴.

A Constituição de Bonn consagrou uma nítida opção pelo modelo tradicional de Função pública ao determinar que o estatuto dos serviços públicos se regia pelos princípios tradicionais do funcionalismo público de carreira (cfr. n.º 5 do artigo 33.º). Não obstante, ao mesmo tempo, determinou que o exercício permanente de funções que envolvessem prerrogativas de poder público seria reservada aos funcionários públicos (cfr. n.º 4.º do artigo 33.º), o que denota que as funções públicas que revistam uma especial transcendência para a colectividade devem ser reservadas a um especial tipo de servidor público, em quem a Consti-

⁸⁶⁹ Neste sentido, Belén Marina Jalvo, “Sobre las Ultimas Reformas Italianas del Empleo Publico”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 137, 1995, pág. 508.

⁸⁷⁰ Neste sentido, Gaetano D’Auria, “Lavoro Pubblico e Pubblici Controlli”, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, n.º 68, 1995, 4, pág. 503.

⁸⁷¹ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 345.

⁸⁷² Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa, “A Reforma do Emprego Público em Portugal”, cit., pág. 230.

⁸⁷³ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 347.

⁸⁷⁴ Cfr. Ramón Parada, *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, 20.ª ed., cit., pág. 376, Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 76-77, Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 347.

tuição deposita uma maior e especial dose de confiança⁸⁷⁵. Todas as demais funções que não envolvam prerrogativas de poder público ou em tais prerrogativas ou em que tais prerrogativas não possuam um carácter permanente, podem ser executadas embora não haja qualquer imposição constitucional num ou noutro sentido, por pessoal vinculado por uma relação disciplinada pelo direito privado ou pelo direito público⁸⁷⁶.

A Lei Fundamental de Bonn possibilita, assim, um regime dual em matéria de emprego público, permitindo a coexistência no seio da Administração Pública de pessoal sujeito a um estatuto de direito público – os funcionários (*Beamten*) –, e de pessoal vinculado por um regime jurídico-privado – os demais trabalhadores (*Angestellten*). Mas se a existência dos primeiros está garantida pelo texto constitucional, pelo menos numa dimensão mínima, já a previsão dos segundos corresponde a uma opção deixada ao legislador⁸⁷⁷.

A Lei Marco para a Unificação de Direitos dos Funcionários e Lei dos Funcionários Federais, ambas de 27 de Fevereiro de 1985, optaram pela consagração do regime dual constitucionalmente permitido, tendo, no entanto, vedado aos funcionários o exercício de outras funções para além das que envolvessem prerrogativas permanentes do poder público, o que certamente explicará que o número de empregados e trabalhadores ao serviço da Administração seja superior ao número de funcionários. Numa opção reiterada pela *Bundesbeamtengesetz* – (BBG) Lei da Função pública Federal – na versão aprovada em 5 de Fevereiro de 2009, que entrou em vigor a 12 de Fevereiro de 2009 (com texto revisto a 6 de Março, de 2015)⁸⁷⁸. Tanto o n.º 2, do artigo 2.º da Lei Marco, como o artigo 4.º da Lei dos Funcionários Federais, como o artigo 5.º da versão actual Lei da Função pública Federal, que apresentam sensivelmente o mesmo conteúdo, referem que o acesso à relação funcional é admissível apenas para o desempenho de funções de soberania ou de funções que, por motivos de segurança do Estado

⁸⁷⁵ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 348.

⁸⁷⁶ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 350.

⁸⁷⁷ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 350.

⁸⁷⁸ A *Bundesbeamtengesetz* foi aprovada na sua versão original em 14 de Julho de 1953, e constituiu um marco importante porque estruturou os aspectos essenciais da função pública alemã (cfr. Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 73).

ou da vida pública, não podem ser desempenhados exclusivamente por pessoal vinculado por uma relação laboral de direito privado⁸⁷⁹.

Em regime de natureza pública encontram-se na Alemanha os funcionários propriamente ditos, bem como os magistrados e os militares, por sua vez, em regime de direito privado encontram-se o pessoal dirigente, os trabalhadores de direito privado e o pessoal em formação⁸⁸⁰. Estes últimos encontram-se submetidos formalmente a regras de direito privado ou de regras denominadas de direito administrativo privado, ou por outras palavras, a estes aplica-se o direito do trabalho na Administração Pública, correspondente ao conjunto de normas jurídicas destinadas às pessoas que, com fundamento num contrato de direito privado com uma pessoa jurídica dependente da Administração Pública realizam o seu trabalho, compreendido dentro da sua qualificação profissional, através do cumprimento de ordens e por conta de outrem⁸⁸¹⁻⁸⁸².

O modelo alemão de *função pública* contempla, assim, uma coexistência entre dois diferentes regimes jurídicos, um disciplinado pelo direito laboral e outro pelo direito público, o que faz com que existam aspectos fundamentais de regime diferenciados nos dois casos. Deste modo, nomeadamente, enquanto os funcionários não têm direito de celebrarem convenções colectivas, já os trabalhadores sujeitos ao regime do contrato de trabalho na Administração pública podem celebrar convenções colectivas especiais que adaptam a regulamentação dos funcionários públicos⁸⁸³⁻⁸⁸⁴.

Os regimes jurídicos das *funções públicas* dos referidos Estados Europeus têm em comum o facto de todos eles consagrarem *regimes duais* no emprego da Administração Pública. Assim, na Alemanha exis-

⁸⁷⁹ As duas primeiras leis podem encontrar-se traduzidas em Documentación Administrativa, n.ºs 212-213, 1998, pág. 229 e sgs.

⁸⁸⁰ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 74.

⁸⁸¹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 73-74.

⁸⁸² Sobre a questão do Direito Administrativo Privado, vide Maria João Estorninho, *A fuga para o direito privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Colecção Teses, Almedina, Coimbra, (reimpressão), 1999, pág. 121 e sgs.

⁸⁸³ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 350, e Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 75.

⁸⁸⁴ Sobre este sistema de contratação colectiva e a sua evolução, Walther Fürst, *GesamtKommentar Öffentliches Dienstrecht*, IV, Berlin, 2010, pág. 1 e sgs.

te um sistema dual entre trabalhadores sujeitos ao Direito Administrativo e ao Direito do Trabalho, constituindo estes últimos a maioria do pessoal. Em Itália, a reforma da privatização do emprego público de 1993 submeteu a maioria dos trabalhadores ao regime laboral comum com especificidades, com excepções de algumas categorias de trabalhadores, como juízes, magistrados, exercício de funções de fiscalização. Em França, apesar de a maioria do pessoal se encontrar em regime de *função pública*, existem alguns, poucos, trabalhadores submetidos ao regime laboral comum do contrato de trabalho. Por último, em Espanha o Estatuto Básico do Emprego Público manteve igualmente uma solução dual para o emprego na Administração Pública⁸⁸⁵. De acordo com o *Estudo Comparado de Regimes de Emprego Público de Países Europeus*, do Instituto Nacional de Administração (INA), e da Direcção-Geral de Administração e do Emprego Público (DGAEP), de 2007, (na falta de dados mais recentes), quanto à situação de dualidade, existe na Alemanha 40,4% de nomeação e 59,6% de contrato individual; e Itália 17% de nomeação e 83% de contrato; em França 55.% de nomeação e 45% de contrato; e na Espanha 60% na nomeação e 40% de contrato⁸⁸⁶.

5. A progressiva privatização do emprego público português

Também Portugal não deixou de sofrer a influência dos ventos que sopravam na direcção da privatização da Administração Pública enquanto fenómeno de modernidade, embora tais ventos tenham aqui chegado um pouco mais tarde do que na generalidade dos restantes países da Europa Ocidental, devido ao conhecido atraso da entrada do país no Estado Providência, e, no correspondente atraso, no surgimento e reconhecimento da crise, e falecimento, do mesmo tipo de Estado. O certo é que, desde a última década do século passado a esta parte, a *função pública portuguesa* não mais deixou de sentir a presença e os

⁸⁸⁵ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 91.

⁸⁸⁶ INA E DGAEP, *Estudo Comparado de Regimes de Emprego Público de Países Europeus – Relatório Final*, 2007, pág. 22. Disponível em <http://www.dgap.gov.pt/upload/homepage/relatoriofinal.pdf>. Consultado a 19/11/2015.

efeitos de um fenómeno que progressivamente vem arrastando aquela na direcção do Direito Laboral Privado⁸⁸⁷.

Fundamentalmente, esta fuga ao estatuto tradicional da *função pública*, o estatutário, tem-se vindo a processar em três diferentes níveis, temporalmente sobrepostos⁸⁸⁸. Um *primeiro nível*, num sistemático recurso a vínculos precários para assegurar o exercício de funções próprias e permanentes dos serviços. Um *segundo nível*, através da privatização da forma de organização jurídica das entidades públicas. Por fim, um *terceiro nível*, mesmo no seio das tradicionais fronteiras orgânicas da Administração Pública, assiste-se a uma progressiva e crescente substituição do tradicional regime estatutário da *função pública* por institutos, normas, e instrumentos do direito laboral privado⁸⁸⁹.

Quanto ao *primeiro nível* o recurso sistemático a formas precárias e irregulares de emprego para assegurar o exercício de funções próprias e permanentes dos serviços públicos foi um dos primeiros meios através dos quais se começou por operar a substituição da “estatutari-zação pela contratualização”⁸⁹⁰.

O regime legal vigente aprovado em 1989 proíbe a Administração Pública de recorrer ao contrato a termo certo, bem como os contratos de prestação de serviço (contratos de tarefa e de avença)⁸⁹¹ para assegurar o exercício de funções próprias do serviço público com carácter de permanência. Reconhecendo, relativamente a estes últimos, o Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, que existiam no seio da Administração Pública “*formas de vinculação precária e de raiz irregular, que se institucionalizaram como verdadeiras relações de trabalho subordinado. Para o pessoal assim admitido, impropriamente designado por «tarefeiro»*”⁸⁹² consa-

⁸⁸⁷ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 374.

⁸⁸⁸ Neste ponto seguimos, Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 374.

⁸⁸⁹ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 374.

⁸⁹⁰ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 375.

⁸⁹¹ Nos contratos de avença e de tarefa não existe a subordinação jurídica que caracteriza a relação de emprego, estando em causa a execução de trabalhos de carácter não subordinado, pelo que o contratado não assegura a outrem o seu trabalho, mas, pelo contrário, obriga-se somente a proporcionar-lhe o resultado desse trabalho, cfr. Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 375, nota n.º 835.

⁸⁹² Os problemas jurídicos emergentes das relações de emprego público irregulares, têm vindo, ao longo dos últimos anos, a ocupar o Supremo Tribunal Administrativo. Entre muitos outros acórdãos deste tribunal sobre a questão dos “falsos tarefeiros”, a título de exemplo, vide Acórdão de 11 de Outubro de 1994, Processo n.º 032399; Acórdão de 10 de Novembro de 1994, Processo n.º 033680; Acórdão de 10 de Julho de 1997, Processo n.º

*gra-se um processo de regularização da sua situação jurídica*⁸⁹³” (artigos 37 e 38.º do Decreto-lei n.º 427/89). No entanto, a evolução posterior a Dezembro de 1989 demonstrou que esta proibição foi sucessivamente violada pelos mais diversos organismos públicos, tendo-se mantido a referida prática das situações irregulares de emprego público⁸⁹⁴. Assim, aqueles organismos habituaram-se, impunemente, a satisfazer as suas necessidades permanentes através de pessoal contratado a termo certo, ou só formalmente contratado em regime de avença ou tarefa. Semelhante situação, só explicável pela ausência de eficazes mecanismos de controlo interno e externo, foi comprovada pelo Decreto-Lei n.º 81-A/96, de 21 de Junho⁸⁹⁵, que aprovou medidas de legalização

038595; Acórdão de 26 de Junho de 2001, Processo n.º 047438; Acórdão de 06 de Março de 2002, Processo n.º 047346; Acórdão de 31 de Outubro 10 de 2007, Processo 0262/07.

Para uma análise do tema das relações de emprego público irregulares na doutrina, *vide*, designadamente, Ana Fernanda Neves, “Contratos de trabalho a termo certo e contratos de prestação de serviços na administração pública: situações irregulares: «reintegração»”, in *Questões laborais*, ano II, n.º 6, 1995, pág. 166-182, e António Nunes de Carvalho, “Relações de emprego público irregulares, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 10 de Novembro de 1994”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXXVII, n.º 4, 1995, pág. 475-489.

⁸⁹³ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

⁸⁹⁴ Neste sentido, António Nunes de Carvalho, “Relações de emprego público irregulares, *cit.*, pág. 483.

⁸⁹⁵ Podendo ler-se no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 81-A/96, de 21 de Junho, “[a]ssistiu-se, nos últimos anos, à proliferação de situações irregulares na Administração Pública, cuja quantificação não é nem fácil nem pacífica. Essas situações irregulares revestem hoje as mais diversas formas: contratos a termo certo que ultrapassaram o prazo pelo qual foram celebrados, contratos de tarefa e avença que, desde o início ou em momento posterior, revestem forma subordinada, aquisições de serviço prolongadas no tempo, ajustes verbais e outras, tendo muitas delas em comum os chamados «recibos verdes», que, não revestindo um tipo específico de irregularidade, representam uma forma mais normal de documentar a despesa dos serviços.

Em boa parte dos casos, estas situações visam a satisfação de necessidades permanentes dos serviços e prolongam-se, muitas vezes ininterruptamente, de há vários anos; noutros casos, a prestação de serviço tem conhecido interrupções, muitas delas destinadas a ultrapassar os limites da lei e a criar uma aparência de descontinuidade e de não permanência da necessidade.

O recurso a esta prática de emprego é insustentável: no plano da legalidade, no plano da moral e no plano da dignidade do Estado, enquanto empregador, e dos cidadãos, enquanto trabalhadores.

Para além da necessidade de repor a legalidade num Estado de direito democrático e de tornar mais saudável a política de pessoal na função pública, a presente medida legislativa dá cumprimento ao acordo salarial para 1996 e compromissos de médio e longo prazos celebrados com as associações sindicais em 10 de Janeiro passado. Na verdade, nesse acordo, para além de se ter previsto um calendário negocial para debater, em geral, as questões ligadas com o emprego público, foi assumido o compromisso de dar os primeiros passos tendo em vista uma apreciação pormenorizada da situação existente”.

das situações irregulares de emprego na Administração Central, Regional, Local e Institutos Públicos. Este diploma – juntamente com o Decreto-Lei n.º 195/97, de 31 de Julho, que definiu o processo e os prazos para a regularização das situações do pessoal da administração central, regional e local abrangido pelo Decreto-Lei 81-A/96, de 21 de Junho, e pelo Decreto-Lei n.º 256/98, de 14 de Agosto, que altera o Decreto-Lei n.º 195/97, de 31 de Julho – veio proceder à regularização da situação profissional de quem a 10 de Janeiro de 1996 estivesse contratado a termo certo, ou exercesse há mais de três anos, sem vínculo jurídico adequado, funções que correspondessem a necessidades permanentes do serviço, forçando a admissão de cerca de 40 mil novos funcionários entre aquela data e o ano de 2000⁸⁹⁶. Apesar de se ter procurado evitar a repetição de novas situações deste género, o certo é que se continuou a assistir ao recurso a formas de vinculação precária para assegurar o desempenho de funções permanentes dos serviços públicos⁸⁹⁷.

Posteriormente, começa-se a assistir a novas formas precárias de trabalho, o que ocorreu, desde logo, com o crescente recurso às empresas de trabalho temporário para proverem a Administração Pública com o pessoal necessário à satisfação de necessidades permanentes⁸⁹⁸. Mais: devido à grave crise económica que Portugal tem vindo a atravessar nos últimos anos, a necessidade de reduzir a despesa pública transforma-se num imperativo jurídico-político, tendo levado o legislador a adoptar mecanismos de flexibilidade no regime do emprego público, uns com a finalidade da redução de efectivos (que a LTFP promove através da *reforma e requalificação*), outros com o fim de redução da despesa com recursos humanos, o que tem levado à progressiva proliferação de formas precárias de “trabalho” no seio da Administra-

⁸⁹⁶ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 375.

⁸⁹⁷ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 376.

⁸⁹⁸ Em Portugal, o trabalho temporário foi inicialmente instituído pelo Decreto-Lei n.º 358/89, de 17 de Outubro, passando depois o seu regime a ser regulado pela Lei n.º 19/2007, de 22 de Maio. Actualmente o seu regime consta dos artigos 172.º e sgs. do Código do Trabalho, sendo os mesmos complementados pelo Decreto-Lei n.º 260/2009, de 25 de Setembro (cfr. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 541).

ção, constituindo o recurso progressivo ao trabalho temporário um desses exemplos⁸⁹⁹⁻⁹⁰⁰.

Para além do recurso às formas precárias de “trabalho” mencionadas, a Administração tem vindo a recorrer, e de forma gradualmente progressiva, a outras novas formas precárias para satisfazer as suas necessidades, formas essas que não se enquadram nem num contrato de prestação de serviços, nem numa relação de emprego subordinada, como acontece com os acordos de actividade ocupacional (contrato emprego-inserção” e “contrato emprego-inserção +”)⁹⁰¹ e os contratos de formação profissional⁹⁰². Estas formas precárias de ocupação po-

⁸⁹⁹ Francisco Liberal Fernandes, “A flexibilidade como novo modo de ser da relação de emprego público: necessidade ou estratégia de domínio”, cit., pág. 291.

⁹⁰⁰ Além do mais, também devido à mesma necessidade de redução da despesa, a Lei n.º 35/2014 promove além da redução de efectivos, também a substituição das fórmulas mais onerosas da organização do tempo de trabalho por outras mais económicas, designadamente através da redução dos custos com o trabalho suplementar, ou através do recurso a regimes de flexibilidade do tempo de trabalho, incluindo a diversidade de horários ou a meia jornada de trabalho (cfr. artigo 110.º da LTFP), cfr. FERNANDES, Francisco Liberal, “A flexibilidade como novo modo de ser da relação de emprego público: necessidade ou estratégia de domínio”, in *As reformas do Sector Público – Perspetiva Ibérica no Contexto Pós-crise*, José Carlos Vieira da Andrade e Suzana Tavares da Silva (Coord.), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, pág. 291.

⁹⁰¹ Os acordos de actividade ocupacional são celebrados com pessoas desempregadas beneficiárias de subsídio de desemprego ou subsídio social de desemprego e de rendimento social de inserção, com vista ao desenvolvimento de trabalho socialmente necessário. Nestes contratos não há remuneração, apenas o auferimento de um subsídio ocupacional (cfr. Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 363, nota n.º 279, e Decreto-Lei n.º 132/99, de 21 de Abril, Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de Novembro, e Portaria n.º 128/2009, do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, de 30 de Janeiro, todos nas actuais redacções).

⁹⁰² Na Administração Pública Portuguesa com vista à integração dos jovens no mercado de trabalho foram criados os chamados “Programas de Estágios Profissionais”. Sendo habitual distinguir-se entre o Programa de Estágios Profissionais na Administração Pública Central (PEPAC), criado pelo Decreto-Lei n.º 18/2010, de 19 de Março, alterado pelo Decreto-Lei n.º 214/2012, de 28 de Setembro, e pelo Decreto-Lei n.º 134/2014 de 8 de Setembro; e o Programa de Estágios Profissionais na Administração Local (PEPAL), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 166/2014, de 6 de Novembro. Os contratos de formação permitem a aquisição de competências no exercício de uma profissão e envolvem a aplicação de conhecimentos académicos e de aptidões profissionais a um “contexto real de trabalho” por parte de jovens dotados de determinadas habilitações académicas. Estão em causa contratos de formação com jovens à procura do primeiro emprego, ou desempregados à procura de novo emprego. Não existe uma relação jurídica de emprego público, não há pois um poder de direcção, nem se recebe uma remuneração. A relação existente é de orientação, recebendo o jovem uma bolsa de estágio. (cfr. Fernanda Paula Oliveira e José

dem ser consideradas como formas de “subemprego”⁹⁰³, uma vez que não correspondem, em bom rigor, nem a uma situação de emprego bem a uma situação de desemprego, encontrando-se algures a meio caminho entre elas.

O recurso a todas estas formas precárias de emprego representa uma fuga ao estatuto da *função pública*, na medida em que as relações de emprego no seio da Administração Pública deveriam encontrar a sua disciplina naquele estatuto, e passam, a maioria delas, a ser regidas pelo direito laboral, como é o caso do contrato de trabalho temporário⁹⁰⁴.

Num *segundo nível*, o recurso a formas de organização jurídico-privadas constituiu outro dos meios pelos quais se vem processando uma verdadeira fuga ao regime jurídico da função pública. Note-se que nos últimos anos se vem assistindo a uma verdadeira explosão da denominada “Administração Pública sob a forma privada”, que integra o sector empresarial do Estado, quer ela resulte da criação *ex novo*⁹⁰⁵, ou da transformação de empresas públicas⁹⁰⁶ e estabelecimentos públicos⁹⁰⁷ em sociedades comerciais de capitais exclusivamente ou maio-

Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 363, nota n.º 280).

⁹⁰³ Para uma tentativa de conceptualização da figura do *subemprego*, vide, por todos, Fernanda Luísa Marques Guimarães, *Subemprego: conceito e métodos*, Ministério das Corporações e Previdência Social, Lisboa, 1968. Também Ulrich Beck fala do sistema de subemprego na “sociedade de risco”. Afirma este autor que o desemprego pode diminuir ao mesmo tempo que volta a surgir sob novas formas de emprego precário – o subemprego. Deste modo, segundo o autor, o subemprego tem vindo a ser integrado dentro do sistema de emprego como estando a meio caminho entre o pleno emprego e o desemprego. Por outro lado, um crescente número de recém-licenciados vêm-se “lançados” para a “*arriscada terra de ninguém*” dos subempregos precários que se estende entre educação e trabalho. Cfr. Ulrich Beck, *Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade*, (tradução de Sebastião Nascimento), Editora 34, 1.ª edição, São Paulo, Brasil, 2010, pág. 209, 218 220,223). Mais: têm vindo a proliferar formas de “subemprego” tanto no emprego privado como no emprego público.

⁹⁰⁴ Constituinto o contrato de trabalho temporário um contrato de trabalho com regime especial. Cfr., também para mais desenvolvimentos sobre este tipo de contrato, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 541 e sgs.

⁹⁰⁵ Foi o caso, designadamente, *v.g.*, com o Parque Expo 98, S.A., criada pelo Decreto-Lei n.º 88/93, de 23 de Março, também com o Centro Cultural de Belém, S.G.I.I, S.A, criado pelo Decreto-lei n.º 65/89, de 1 de Março.

⁹⁰⁶ Foi o que aconteceu, *v.g.*, a RTP, S.A. (cfr. Lei n.º 21/92, de 14 de Agosto, e com a Caixa Geral de Depósitos S.A. (cfr. Decreto-Lei n.º 287/93, de 20 de Agosto).

⁹⁰⁷ Nomeadamente foi o que sucedeu com muitos dos Hospitais do Estado, que na sequência do novo regime jurídico da gestão hospitalar, aprovado pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, foram transformados em sociedades anónimas de capitais exclusivamente públi-

ritariamente públicos⁹⁰⁸. A alteração da forma jurídica de organização das entidades públicas, *v.g.*, transformação em, ou criação, *ex novo* de pessoas colectivas privadas de mão pública (*v.g.*, sociedades com capitais exclusivamente ou maioritariamente públicos) conduz à mudança da configuração jurídica das relações de trabalho, que passam a ser conformadas e reguladas por uma forma e disciplina jus-privatísticas, deixando de estar sujeitos a um *status funcional*⁹⁰⁹.

Num *terceiro*, e último, nível, mesmo dentro das tradicionais fronteiras orgânicas da Administração Pública vem-se assistindo a um aumento de pessoal a prestar serviço ao abrigo de um contrato de trabalho por tempo indeterminado e, em parte, sob o regime jurídico correspondente⁹¹⁰. Assim, mesmo dentro daquelas tradicionais fronteiras orgânicas vem ocorrendo uma progressiva e crescente substituição do regime estatutário da *função pública* por institutos, normas e instrumentos próprios do regime laboral comum do contrato individual de trabalho⁹¹¹. Contudo, enquanto naqueles dois primeiros níveis mencionados não há dúvidas de que neles ocorreu uma verdadeira fuga ao tradicional *estatuto da função pública* para disciplinas jurídico-privadas, ou seja, nestes tem ocorrido uma verdadeira *privatização do emprego público*, já quando a este terceiro nível fica a dúvida de saber se, perante os dados juspositivos vigentes, *maxime* perante a LTFP, dentro das fronteiras orgânicas tradicionais da Administração, o regime de direito laboral privado já substituiu o regime de direito administrativo enquanto regime disciplinador da relação jurídica de emprego público (tentaremos dar resposta a esta complexa questão no último capítulo, da Parte II, desta dissertação).

Tendo começado o próprio legislador por legitimar o recurso ao contrato individual de trabalho em domínios até aí disciplinados pelo regime jurídico do funcionalismo público (cfr. artigo 11.º-A, do Decreto-lei n.º 184/89, de 2 de Junho, artigo aditado pela Lei n.º 25/98,

cos – vide, *v.g.*, Decretos-Leis n.º 282/2002, 283/2002, 284/2002, 285/2002, 286/2002, 289/2002, 290/2002, 291/2002, 292/2002, 293/2002, 294/2002, 295/2002, 296/2002, 298/2002, 300/2002, 301/2002, 302/2002, todos de 10 de Dezembro.

⁹⁰⁸ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 376.

⁹⁰⁹ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 378, e Ana Fernanda Neves, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, cit., pág. 178.

⁹¹⁰ Ana Fernanda Neves, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, cit., pág. 178.

⁹¹¹ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 379.

de 26 e Maio)⁹¹². Ao mesmo tempo que se começa a substituir o recurso ao esquema organizatório assente em Direcções Gerais por um outro baseado em Institutos Públicos, passando a ser habitual que os estatutos destas entidades públicas sujeitassem o pessoal ao seu serviço ao regime do contrato individual de trabalho e já não a um estatuto da *função pública*⁹¹³.

Contudo, a grande reforma do emprego público português, baseada em valores manageriais, só se iniciou em 2003⁹¹⁴ (durante o XV Governo Constitucional⁹¹⁵).⁹¹⁶ Foi no âmbito desta reforma, como nos

⁹¹² Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 379.

⁹¹³ Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 379.

A título exemplificativo, vide o n.º 1 do artigo 30.º do Estatuto do Instituto do Emprego e Formação Profissional, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 247/85, de 12 de Julho, n.º 1 do artigo 30.º do Estatuto do Instituto Nacional de Estatística, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 280/89, de 23 de Agosto, n.º 1, do artigo 37.º, do Estatuto do Instituto de Solidariedade e Segurança Social, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro.

⁹¹⁴ Convém, no entanto, realçar aqui uma passagem de Gonçalves da Silva que lembra que: qualquer tentativa de periodização histórica “são algo vagas, imprecisas, porque as mudanças nunca se dão de repente, em determinada data”. Acrescentando, o autor, que apesar disto, ocorrem certos factos nas épocas de transição que pela sua relevância, podem servir para as delimitar com alguma nitidez, cfr. F. V. Gonçalves da Silva, “Bosquejo duma sucinta histórica da contabilidade em Portugal”, Separata de: *Revista de Contabilidade e Comércio*, Vol. LII, (205), 1995, pág. 121.

⁹¹⁵ Joaquim Filipe Esteves de Araújo, “A implementação da gestão orientada para os resultados em Portugal: a experiência recente”, in *Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, San Domingo, 2007, pág. 7. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/8289>. Consultado a 19/11/2014.

⁹¹⁶ De uma forma expressa e com maior intensidade os valores manageriais só informam a reforma administrativa do emprego público português a partir de 2003, mas a reforma administrativa na Administração Pública Portuguesa em geral costuma entender-se que começa mais cedo.

A reforma administrativa provinha da crise do Estado-providência mas, na realidade, só a partir do 25 de abril é que este se começou a implementar em Portugal (cfr. Ida Sofia Carreira Teixeira, *A Constituição da Relação Jurídica de Emprego Público*, cit., pág. 26). Durante o período do Estado Novo, que se caracterizava por ser do tipo corporativista, em que o sector público era concebido como um instrumento de controlo burocrático ao dispor desse sistema político autoritário, pelo que durante o período do Estado Novo inexistia um Estado Providência, no qual as funções geralmente associadas a um Estado social, “eram incipientes ou não abrangiam a totalidade da população” (cfr. Joaquim Filipe Esteves de Araújo, “A reforma administrativa em Portugal: em busca de um novo paradigma”, in *Working Paper do Núcleo de Estudos em Administração e Políticas Públicas da Universidade do Minho*, Série I, (10), 2005, pág. 1, disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/3274>, consultado a 18/02/2015). O que fez andar Portugal em contraciclo relativamente em relação à generalidade dos países da OCDE, que neste período já adop-

tavam medidas de reforma administrativa que visavam a redução da intervenção do estado e, em particular, o desmantelamento do modelo do Estado Social, modelo que entre nós só se começa a construir e a consolidar na década de 70 (cfr. Joaquim Filipe Esteves de Araújo, “A reforma administrativa em Portugal”, cit., pág. 1-2). Por esta altura era criado entre nós um sistema universal de saúde, desenvolveu-se o sistema educativo, alargaram-se os benefícios da segurança social a toda a população e implementaram-se novas políticas sociais, de onde resulta um alargamento das funções do Estado, o que ocorre sem a necessária renovação das estruturas administrativas, do modelo de gestão e de funcionamento de todo o sistema (cfr. Joaquim Filipe Esteves de Araújo, “A reforma administrativa em Portugal”, cit., pág. 2). Ao contrário do que acontecia na maioria dos países ocidentais, o número de funcionários públicos portugueses aumentou na década de 80 e de 90 do século XX, muito por causa da expansão tardia do Estado Providência no nosso país. Por outro lado, em resultado do processo de descolonização, foi necessário integrar cerca de 49000 funcionários públicos. Como consequência assistiu-se ao crescimento da despesa pública e ao aumento da dimensão da Administração Pública (cfr. Joaquim Filipe Esteves de Araújo, “A reforma administrativa em Portugal”, cit., pág. 2). Num período de vinte anos, entre 1979 e 1999, o número de funcionários públicos quase que duplicou, em 1979 esse número era de 372 086, em 1999 este número eram 716 418 funcionários (cfr. J. A. Oliveira Rocha *Gestão Pública e Modernização Administrativa*, Instituto nacional de Administração, Oeiras, 2009, pág. 142, e J. A. Oliveira Rocha, *Gestão de Recursos Humanos...*, cit., 2010, pág. 74). A necessidade da reforma desta, desactualizada e obsoleta, *função pública* era por demais evidente (cfr. Miguel Lira e Ana Roso, “A Reforma da Administração dos Recursos Humanos Públicos”, cit., pág. 542).

A Revolução de 25 de Abril de 1974 não trouxe alterações substanciais no funcionamento da Administração Pública portuguesa, a não ser mudanças pontuais no que concerne à modernização. A inexistência de uma política consistente no âmbito da reforma administrativa deveu-se à fraqueza do poder político e à necessidade de manter a máquina do Estado a funcionar para além da instabilidade governamental. Pois entre 1976 e 1986 tivemos dez governos constitucionais, o que manifestamente impede uma qualquer política no domínio duma reforma da Administração Pública (cfr. J. A. Oliveira Rocha, *Gestão Pública e Modernização Administrativa*, cit., pág. 93).

Há quem considere como ponto de viragem o ano de 1985 (como é o caso de Isabel Corte-Real, “Public management reform in Portugal: successes and failures”, in *International Journal of Public Sector Management*, Vol. 21, (2), 2008, pág. 205-229), devido ao facto de a 6 de Novembro de 1985 toma posse que o X Governo Constitucional Português, liderado por Aníbal Cavaco Silva. A partir daqui as ideias inseridas no campo doutrinário da NPM bem como as experiências de reforma noutros países, passaram a influenciar a reforma administrativa em Portugal. Acredita-se que houve um conjunto de factores favoráveis à mudança verificada em meados da década de oitenta, em Portugal, nas políticas de inovação administrativa e que ajudam a explicar a sua aproximação a reformas com ideias provenientes do *new public management* (cfr. Elisabete de Carvalho, “Os Novos Regimes de Emprego Público”, cit., pág. 2). A partir de meados da década de oitenta assiste-se a uma inflexão na estratégia de reforma que se traduziu num conjunto de iniciativas de reforma que consubstanciam características para uma mudança de paradigma da Administração Pública. O comprometimento político ao mais alto nível com mudança, a influência do movimento de reforma iniciado em vários países da OCDE e o papel desempenhado pela estrutura de missão responsável pela dinamização da reforma administrativa, o Secretariado para a Modernização Administrativa (SMA), foram determinantes para a introdução do modelo gestio-

refere Joaquim de Araújo, que pela primeira vez se assumiu de forma clara a opção pelo modelo gestor na Administração Pública Portuguesa⁹¹⁷.⁹¹⁸ Sem novidade, esta reforma do emprego público pre-

nário na Administração Pública (cfr. Joaquim de Araújo, “A reforma da gestão pública”, cit., pág. 3). Terá contribuído a entrada em 1986 de Portugal para a actual União Europeia, sem esquecer a criação no mesmo ano, do Secretariado para a Modernização Administrativa a fim de promover a inovação e a modernização administrativa, para além das ideias de reformas manageriais que ia chegando de vários países da OCDE (cfr. Elisabete de Carvalho, “Os Novos Regimes de Emprego Público”, cit., pág. 2-3; e Miguel Lira e Ana Roso, “A Reforma da Administração dos Recursos Humanos Públicos”, cit., pág. 543).

Sobretudo a partir de 1988, procedeu-se ao emagrecimento do Estado através de privatizações com a publicação da chamada *lei da privatização das empresas públicas*, aprovada pela Lei n.º 84/88, de 20 de Julho, que autoriza a transformação destas em sociedades anónimas. Havendo, contudo, quem refira que “[e]sta lei constitui como que uma espécie de golpe constitucional, uma revisão constitucional antes de o ser, pois introduz uma incorrecta, absurda e pérfida interpretação do artigo 83.º (respeitando a numeração de então) da Constituição da República, artigo que definia que «...todas as nacionalizações efectuadas depois de 25 de Abril de 1974 são conquistas irreversíveis das classes trabalhadoras...»” (cfr. Fernando Sequeira, “Alguns aspectos do processo de privatizações em Portugal (I)”, in *O Militante*, Economia, Edição n.º 28, Mar/Abril, 2006, disponível em <http://www.omilitante.pcp.pt>, consultado a 19/02/2015). Sendo, no entanto, no ano seguinte, com a revisão constitucional de 1989, que se elimina este princípio da irreversibilidade das nacionalizações realizadas após a Revolução de 1974 do texto constitucional, passando a constar do artigo 85.º a possibilidade de reprivatização “... da titularidade ou do direito de exploração de meios de produção e outros bens nacionalizados depois de 25 de Abril de 1974”; o que deu início ao processo de reprivatizações e privatizações que ainda hoje perdura (cfr. Miguel Lira e Ana Roso, “A Reforma da Administração dos Recursos Humanos Públicos”, cit., pág. 546). Assim, a partir de 1988 assiste-se a um programa sistemático de privatizações das empresas públicas.

A nível do emprego público, entre 1986 e 1995, contam-se como principais medidas a reforma do sistema retributivo da função pública com a publicação da Lei n.º 184/89, e procurando flexibilizar-se o funcionamento dos serviços e as relações de trabalho com a apelidada *lei dos disponíveis*, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 247/92, de 7 de Novembro.

Se o governo anterior a 1995 optou pelo não envolvimento de funcionários no processo de reforma e mesmo pela sua hostilização através da *lei dos disponíveis*, já o governo que toma posse em 1995 incentivou a participação das organizações representativas dos trabalhadores através das mesas Parcelares Negociais (cfr. J. A. Oliveira Rocha, *Gestão Pública e Modernização Administrativa*, cit., pág. 107, 115-116).

Contudo, o modelo managerial só chega ao emprego público português de forma evidente a partir de 2003, pretendendo-se, assim um *menor e melhor Estado*, o alargamento da importância do contrato individual de trabalho no seio da Administração Pública, e a adopção de um sistema integrado de avaliação de desempenho no âmbito da Administração (cfr. J. A. Oliveira Rocha, *Gestão de Recursos Humanos na Administração Pública*, Escolar Editora, Lisboa, 2005, pág. 44).

⁹¹⁷ Cfr. Joaquim Filipe Esteves de Araújo, “A implementação da gestão”, cit., pág. 7.

⁹¹⁸ É difícil apresentar um conceito de reforma administrativa, até porque, como refere Freitas do Amaral, esta varia muito conforme as épocas, os países e as circunstâncias

tenderá, como tantas outras, reduzir a despesa pública, originada pelo aumento de gastos em políticas sociais, recorrendo para tanto ao regime, mecanismos, técnicas, e institutos do direito laboral privado, pretendendo com tal ganhos de eficiência e eficácia no emprego público português⁹¹⁹. Contudo, não obstante, esta grande reforma do emprego público se possa considerar como um fenómeno unitário global, é possível, dentro dela (até ao momento da redacção deste texto), para efeitos de análise, destrinçar, tendencialmente, três diferentes fases: primeira, a *reforma do emprego público de 2003/2004*; segunda, a *reforma de emprego público de 2008/2009*; e, terceira, a *reforma do emprego público de 2014*.

O processo desta grande reforma iniciou-se com a definição das grandes linhas da reforma da Administração Pública, aprovadas pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/2003, de 30 de Julho, e com ela a primeira fase da reforma do emprego público de 2003/2004.⁹²⁰ Estabelece, assim, esta Resolução que uma das linhas gerais desta reforma passa pela introdução de um novo conceito de avaliação do desempenho, através do desenho de um sistema integrado que envolva a avaliação dos trabalhadores, dos dirigentes e dos serviços. Determi-

– e os ângulos de visão (cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Reimpressão da 2.ª edição de 1994 Almedina, Coimbra, 1999, pág. 198). No entanto, e tentando encontrar uma definição que a situe numa perspectiva global, entende o autor citado, que a Reforma Administrativa “é um conjunto sistemático de providências destinadas a melhorar a administração pública de um dado país, por forma a torná-la, por um lado, mais eficiente na prossecução dos seus fins e, por outro, mais coerente com os princípios que a regem” (cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 2.ª edição, cit., pág. 199). Acrescentando o mesmo autor que o objecto da reforma administrativa é a administração de um dado país – toda a Administração Pública do país (cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 2.ª edição, cit., pág. 199).

⁹¹⁹ Num sentido próximo, J. A. Oliveira Rocha, *Gestão de Recursos Humanos...*, cit., 2010, cit., pág. 47.

⁹²⁰ Visando operacionalizar a reforma é entretanto publicada a Resolução do Conselho de Ministros n.º 53/2004, de 21 de Abril, estabelecendo como grande matriz de mudança a gestão por objectivos, integrando a avaliação dos organismos públicos e a avaliação do desempenho individual. Pode ler-se nesta Resolução que esta reforma visou “*prestigiar a Administração Pública e os seus agentes, racionalizar e modernizar as estruturas, reavaliar as funções do Estado e promover uma cultura de avaliação e responsabilidade, distinguindo o mérito e a excelência*”. Podendo ainda ler-se na mesma Resolução que “[n]o quadro da organização da Administração Pública, a perspectiva estratégica do Governo reflectida nos diplomas legais aprovados assenta na introdução de novas práticas de gestão elegendo a gestão por objectivos como a grande matriz da mudança, associando sistematicamente os organismos públicos a objectivos e resultados”. Pelo que, cremos que decorre daqui que esta reforma da Administração Pública se inspira na concepção gestionária (neste sentido, J. A. Oliveira Rocha, *Gestão dos Recursos Humanos...*, 2010, cit., pág. 47).

nando, também, que outras das linhas a seguir por esta reforma visa a definição das condições de expansão do contrato individual de trabalho como instrumento essencial a uma *Nova Administração Pública*⁹²¹.

Na sequência desta Resolução, foi publicada a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que aprovou o regime jurídico do contrato individual de trabalho na Administração Pública, iniciando-se com ela a generalização do contrato individual de trabalho como forma constitutiva da relação de emprego na Administração Pública. Surgindo o contrato de trabalho como alternativa ao vínculo da nomeação, naquilo que representa o início da privatização da *função pública* e seguramente a “morte anunciada dos funcionários e agentes”⁹²². Sendo também publicada, no âmbito desta reforma, a Lei n.º 10/2004, de 2 de Março, que estabeleceu o sistema integrado de avaliação do desempenho da Administração Pública.

Esta reforma vem a ser revista e adaptada, em grande parte, pelo XVII Governo Constitucional. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 109/2005, de 30 de Junho, refere-se em específico a medidas de reforma do emprego público, na qual se convencionam directrizes para a revisão dos vínculos, carreiras e remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, e da avaliação de desempenho do emprego público⁹²³. Dá-se conta nesta Resolução⁹²⁴ que uma das directrizes da revisão das carreiras se prendia com a “evolução de um sistema fundamentalmente apoiado numa concepção de carreira para um sistema fundamentalmente apoiado numa concepção de emprego com regime aproximado ao regime geral de trabalho”. Dando origem à segunda fase daquela reforma: a reforma do emprego público de 2008/2009.

Refere J. A. Oliveira Rocha que os instrumentos de reforma se vêm, praticamente, reduzindo à lei⁹²⁵. Pelo que, importa referir os prin-

⁹²¹ Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 260.

⁹²² Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 380.

⁹²³ Mas, como refere J. A. Oliveira Rocha, a abordagem gestionária mantém-se, continuando a identificar-se esta reforma com princípios, valores e ideais do *New Public Management*. O que resulta, desde logo, da resolução mencionada ao reafirmar que “a gestão por objectivos como uma das características fundamentais da modernização da Administração Pública” (cfr. J. A. Oliveira Rocha, *Gestão dos Recursos Humanos...*, 2010, cit., pág. 48).

⁹²⁴ A Resolução n.º 109/2005, de 30 de Junho, determina a necessidade de consagração de medidas de contenção da despesa no âmbito da Administração Pública, dada a grave situação das finanças públicas existente naquele momento, e também de medidas para a redução global de efectivos da Administração Pública, nomeadamente através do controlo das novas admissões.

⁹²⁵ J. A. Oliveira Rocha, *Gestão dos Recursos Humanos...*, 2010, cit., pág. 48.

cipais diplomas legais aprovados no âmbito desta reforma do emprego público que pretenderam operacionalizá-la em moldes gestionários⁹²⁶.

Tendo sido aprovado no âmbito desta reforma, a nova Lei dos Vínculos, Carreiras e Remunerações, aprovada pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro. Com a entrada em vigor em pleno desta passa a ser o meio normal de constituição da relação emprego público o *contrato de trabalho em funções públicas*, ficando a nomeação apenas para aqueles trabalhadores que desempenhem funções relacionadas ao conceito de autoridade ou de soberania. Este diploma prevê, ainda, a redução das categorias e carreiras⁹²⁷, além de fazer depender as subidas, assim

⁹²⁶ Neste ponto seguimos J. A. Oliveira Rocha, *Gestão dos Recursos Humanos...*, 2010, cit., pág. 48-50.

⁹²⁷ Centrando-nos agora somente no sistema de carreiras, este começou a ser criticado desde os anos setenta (cfr. Jay M. Shafritz, *A behavioral analysis for the public service*, Praeger Publishers, New York, EUA, 1973, pág.83-85), por corresponder a uma dada organização do trabalho, típica da estrutura industrial, muito diferente de um mundo moderno em que a força de trabalho é mais instruída e capaz de trabalhar noutros moldes que não os do começo do século passado. Posteriormente, nos anos oitenta inicia-se um movimento no sentido da flexibilidade e polivalência (cfr. J. A. Oliveira Rocha, *Gestão dos Recursos Humanos...*, 2010, cit., pág. 197-198).

Em Portugal, o sistema de carreiras começa a sofisticar-se através do Decreto-Lei n.º 184/89 de 2 de Junho (cfr. J. A. Oliveira Rocha, *Gestão dos Recursos Humanos...*, 2010, cit., pág. 197-198). Este diploma, em nome da racionalização e redimensionamento do sistema de carreiras, prevê a sua simplificação através da agregação das funções (cfr. artigo 34.º, daquela lei). Mas será em 2005 que o Governo, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 109/2005, publicada a 30 de Junho, determina aquela que se pode chamar de grande revisão do sistema de carreiras. Considerava-se que este sistema revelava sinais de desadequação face às necessidades impostas pela modernização da Administração, designadamente excessivas complexidade e rigidez, por exemplo, por apresentar um número excessivo de carreiras e categorias (cfr. Pedro Nunes, “Reforma do emprego público...”, cit., pág. 63). Estabelecendo o Governo que se pretende, essencialmente nesta matéria, diminuir o número de carreiras; de modo a permitir a evolução de um sistema fundamentalmente de carreira para um sistema fundamentalmente de emprego com regime aproximado ao regime geral de trabalho; e reservar tendencialmente o regime público de carreira para as funções relacionadas com o exercício de poderes soberanos e de poderes de autoridade. Podendo extrair-se daqui que se pretende que os trabalhadores públicos passem a estar vinculados através de contrato de trabalho, excepto aqueles que exercem funções de soberania ou autoridade (cfr. J. A. Oliveira Rocha e Joaquim Filipe Ferraz Esteves Araújo, “Administrative Reform in Portugal: problems and prospects”, in *International Review of Administrative Sciences*, vol. 73, (4), pág. 591). Na mesma Resolução, criou uma comissão com o encargo de proceder a esta revisão do sistema de carreiras. Assim, a Comissão de Revisão do Sistema de Carreiras e Remunerações apresentou um exaustivo relatório de diagnóstico em Setembro de 2006, intitulado *Vínculos, Carreiras e Remunerações na Administração Pública – Diagnóstico e Perspectivas de evolução*, 2006 (cfr. http://www.dgaep.gov.pt/media/1100000000/09.09.2006_relatorio_de_diagnostico_crscr-final.pdf (consultado

como as remunerações, da avaliação de desempenho e das decisões de gestão, tendo em conta o orçamento.

a 19/11/2015), e Exposição dos Motivos da Proposta de Lei n.º 152/X, leis dos vínculos, na qual também se faz referência a este Relatório). Este estudo concretizou-se num documento proveniente do Ministério das Finanças e da Administração Pública com o título “Reforma dos Regimes de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações na Administração Pública – Princípios Orientadores” (cfr. documento disponível em http://www.ste.pt/actualidade/2007/03/ProjRefVCRAP_v3.pdf, consultado a 18/07/2014), que viria a culminar na proposta de Lei n.º 152/X. Esta Reforma, por sua vez, veio a culminar na publicação da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, que estabelece os nos regimes da vinculação, de carreiras e remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas. Este diploma legal altera completamente o quadro normativo, o que significou o começo do fim das carreiras, pelo menos como eram entendidas (cfr. J. A. Oliveira Rocha, *Gestão dos Recursos Humanos...*, cit., pág. 197-198).

A propósito, refere Pedro Nunes que se procede, em definitivo, à adaptação do regime laboral comum às especificidades da Administração Pública. Apelidando, o autor citado, como um *acto de destemor* (perante o poder dos Sindicatos, o contexto socio-económico e, até, perante os muitos trabalhadores que envolve) a circunstância de se terem separado as *carreiras não relacionadas com o exercício de poderes de soberania e de autoridade*, das *carreiras relacionadas com o exercício de poderes de soberania e de autoridade*. Sendo que as primeiras corresponderão, àquele que passa agora a ser o regime-regra de vinculação de emprego público, ao *vínculo não definitivo com o Estado* (vínculo do contrato de trabalho), e, as segundas, ao *regime de vinculação, tendencialmente, definitivo com o Estado* (vínculo da nomeação). Daqui resulta que, assim, se aproximam mais as *funções de soberania* ao tradicional *modelo de carreira*, e as *demais funções* (funções técnicas) ao tradicional *modelo de emprego* (que tem por base o contrato de trabalho). Esta situação é completamente diferente do modelo anterior (cfr. Pedro Nunes, “Reforma do emprego público...”, cit., pág. 65).

A suportar este novo modelo de emprego público, assente na separação das funções de autoridade/ soberania, das funções que não o são, acrescenta o autor citado que (cfr. Pedro Nunes, “Reforma do emprego público...”, cit., pág. 66) os princípios sobre a carreira cingiram-se a dois tipos de soluções: 1.ª integração em carreiras nas duas modalidades de vinculação (na modalidade de contrato de trabalho por tempo indeterminado, e na modalidade de nomeação); e 2.ª redução do número de carreiras através da fusão em novas carreiras, tendo estas designações e conteúdos funcionais mais abrangentes. Daqui resultaram duas possibilidades: as carreiras gerais, e as carreiras especiais (cfr. Pedro Nunes, “Reforma do emprego público...”, cit., pág. 66 e 67).

Deste modo, após a publicação da Lei n.º 12-A/2008, devido essencialmente à generalização do vínculo do contrato de trabalho por tempo indeterminado na Administração Pública e às alterações ocorridas no sistema de carreiras, parece que sai desmantelado o mito do tradicional *modelo de carreira* (cfr. Pedro Nunes, “Reforma do emprego público...”, cit., pág. 66-67), passando a vigorar na Administração Pública Portuguesa, um sistema mitigado de carreiras (cfr. J. A. Oliveira Rocha, *Gestão dos Recursos Humanos...*, cit., pág. 194), mas em tantos aspectos tão próximo do sistema de emprego, que parece que foi este o sistema que o legislador pretendeu adoptar (neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 52.º, pág. 155). A Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho reitera a solução adoptada pela Lei n.º 12-A/2008 quanto às carreiras gerais e especiais.

O Regime e Regulamento do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro – que revogou praticamente toda a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho –, vem completar o edifício de regulamentação das relações de emprego público.

Ainda, no âmbito desta reforma, a avaliação de desempenho foi reestruturada através da Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro, que estabelece o Sistema Integrado de Gestão e Avaliação do Desempenho na Administração Pública – o qual revoga, ainda que com algumas especificidades, a anterior Lei n.º 10/2004, de 2 de Março –, aplicando-se a avaliação não só aos trabalhadores em geral, mas também aos serviços e organizações públicas, bem assim como aos dirigentes, os quais são avaliados também, tendo conta os resultados do desempenho das instituições de que são responsáveis⁹²⁸.

Também se pode considerar como importante no âmbito desta reforma a Lei n.º 53/2006, de 7 de Dezembro, que aprovou o regime

⁹²⁸ Em 2004, a Lei n.º 10/2004, de 22 de Março, cria, entre nós, o Sistema Integrado de Avaliação de Desempenho da Administração Pública (SIADAP), assente numa nova cultura de gestão por objectivos, e encarado como uma ferramenta essencial para a boa gestão dos recursos humanos da Administração Pública (cfr. Paulo Veiga e Moura, *Avaliação de desempenho da Administração Pública – Comentário à Lei n.º 66-B/2007, de 28 de dezembro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, anotação ao artigo 1.º, pág. 11). No entanto, devido a algumas fragilidades que este sistema apresentava, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 109/2005, de 30 de Junho, reafirmando a importância da gestão por objectivos, determina a necessidade da revisão do SIADAP. Em 2007, entra em vigor a Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro, que estabelece um novo Sistema Integrado de Gestão e Avaliação de Desempenho na Administração Pública, e revoga aquele diploma legal que aprovara o anterior SIADAP.

Madureira e Ferraz destacam como uma das reformas mais notáveis de gestão managerial, a introdução em 2004-2007, da gestão por objectivos, de acordo com um novo sistema de avaliação de desempenho: o SIADAP – Sistema Integrado de Avaliação de Desempenho na Administração Pública (cfr. César Madureira e David Ferraz, “The need of a XXI century governance paradigm for public administrations – the specific case of Portugal”, in *Public Policy and Administration (Viešoji Politika Ir Administravimas)*, (31), 2010, pág. 36). Assim, o SIADAP vem a constituir uma das mais marcantes inovações introduzidas pelas reformas realizadas no sector público português de inspiração managerialista, pois revela a introdução da gestão por objetivos no sector. Podendo ser considerada como uma matriz de mudança ao ligar os objetivos aos resultados obtidos, procurando introduzir uma cultura de mérito, de qualidade, e de avaliação de resultados (cfr. César Madureira e David Ferraz, “The need...”, cit., pág. 42-44).

Também Vasco Moura Ramos, em 2002, já alertava para a importância da avaliação dos resultados, e para a necessidade de criação de mecanismos que a permitam, o que considerou como um dos pontos onde era maior o contributo do *New Public Management*. Era imperioso para o legislador e para a Administração desenvolverem mecanismos que permitissem uma avaliação dos resultados alcançados (cfr. Vasco Moura Ramos, *Da compa-*

tibilidade... , cit., pág. 262-263)

Pretendendo apresentar aqui uma breve nota histórica da avaliação de desempenho, começemos por mencionar que com esta avaliação propõe-se maximizar o uso do potencial humano, possibilitar o crescimento e desenvolvimento das pessoas e tratar os recursos humanos como o recurso básico da organização. Desde sempre o homem fez auto-avaliação e hetero-avaliação a nível profissional, para tal bastou que houvesse o primeiro patrão e o primeiro empregado. Estas avaliações eram, contudo, casuísticas, assistemáticas e subjectivas. Faziam-se porque a natureza humana assim o observa: olhar para o outro, observá-lo, atentar nas suas actividades e logo, em seguida, aparece como que uma necessidade de enquadrar o processo de avaliação (cfr. J. A. Oliveira Rocha e J. Costa Dantas, *Avaliação de Desempenho ...*, cit., pág. 11-12). No entanto, embora se tenham informações de que desde há séculos tenham existido tentativas de sistematizar o processo de avaliação nas organizações (Santo Inácio de Loyola no século XVI implantou um sistema de relatórios e notas sobre as actividades e potencial dos jesuítas) a verdade, porém, é que somente a partir da II Guerra Mundial é que os sistemas formais, sistemáticos, escritos e com periodicidade tiveram o seu desenvolvimento efectivo (cfr. J. A. Oliveira Rocha e J. Costa Dantas, *Avaliação de Desempenho ...*, cit., pág. 11-12). Numa primeira instância, parece poder definir-se avaliação de desempenho como a apreciação de um colaborador quanto às suas capacidades e resultados de trabalho, tendo em vista as suas aptidões e demais características pessoais, cfr. Cecília Whitaker Bergamini, *Avaliação de desempenho humano na empresa*, Editora Atlas, São Paulo, 1971, pág. 33. Esta deve, assim, fornecer uma imagem o mais aproximada, fiel e objectiva possível do comportamento de um indivíduo na situação de trabalho, cfr. Alan Kardec, Rogério Arcuri, e Nelson Cabral, *Gestão Estratégica e Avaliação do Desempenho*, 2.º Reimpressão, Qualitymark Editora, Rio de Janeiro, 2009, pág. 57-58; e J. A. Oliveira Rocha e J. Costa Dantas, *Avaliação de Desempenho ...*, cit., pág. 11-12.

Em Portugal, segundo Joaquim A. Oliveira Rocha (cfr. do autor, *Gestão dos Recursos Humanos...*, cit., pág. 207), o primeiro método de avaliação do desempenho na Administração Pública foi implementado em 1940 e dava pelo nome de *método de avaliação global quantitativo*. Era um sistema de avaliação (com um formalismo mínimo) em que participavam um avaliador e um inspector externo à organização. Este método de avaliação global vigorou, cerca de 40 anos, até 1980 data da publicação do Decreto Regulamentar n.º 57/80 a 10 de Outubro, que introduziu a denominada *Classificação de Serviço da Função Pública* (cfr. J. A. Oliveira Rocha, *Gestão dos Recursos Humanos...*, cit., pág. 207). Assim, na sequência do previsto no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 191-C/79, de 25 de Junho – que refere que o “sistema de classificação de serviço será objecto de decreto regulamentar” –, vem a ser publicado o Decreto Regulamentar n.º 57/80, de 10 de Outubro, através do qual se instituiu o regime da *Classificação de Serviço da Função Pública* como instrumento de gestão de pessoal destinado a aferir o potencial do factor humano da Administração Pública e estimular a melhoria da sua actuação (cfr. Paulo Veiga e Moura, *Avaliação de desempenho da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 1.º, pág. 9-11).

A avaliação do desempenho era restrita aos trabalhadores pelo que não abrangia nem os serviços nem os seus dirigentes. O regime instituído em 1980 foi desenvolvido pelo Decreto-Regulamentar n.º 44-A/83, de 1 de Junho, o qual, embora mantendo a filosofia do diploma anterior, veio alargar a avaliação do desempenho aos contratados por prazo superior a seis meses, ainda que em regime de prestação eventual de serviços (nos termos do artigo n.º 2 do diploma legal citado). Continuando assim, no entanto, a ser restrita a avaliação do desempenho aos trabalhadores. Não se englobando nesta nem a avalia-

ção dos serviços nem do pessoal dirigente (cfr. Paulo Veiga e Moura, *Avaliação de desempenho da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 1.º, pág. 9-11). A aplicação do regime de avaliação do desempenho nos anos seguintes permitiu concluir que o mesmo se apresentava mais como uma formalidade anual a cumprir pelos serviços do que como um real e importante instrumento de avaliação do mérito com que em cada ano os trabalhadores executavam as suas funções. Com efeito, e para além das situações em que os serviços não procediam à atribuição de qualquer classificação aos seus subordinados, verificou-se que a grande maioria dos trabalhadores avaliados alcançavam a menção máxima – *Muito Bom* –, o que levou a que se instalasse a ideia de que uma nota inferior a essa seria como que uma nota negativa ou seria, no mínimo, desprestigiante (cfr. Paulo Veiga e Moura, *Avaliação de desempenho da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 1.º, pág. 9-11). A ausência de um efectivo e rigoroso sistema de avaliação, associado a um regime que concedia estímulos remuneratórios em função da antiguidade, e já não tanto em função da produtividade, conduziu à situação paradoxal de se ter um conjunto de serviços públicos, supostamente, repletos de trabalhadores muito bons mas pouco produtivos, sendo dificilmente aceite para o público em geral que serviços tão caros, com trabalhadores alegadamente tão bons, pudessem revelar-se tão burocráticos e tão pouco eficazes (cfr. Paulo Veiga e Moura, *Avaliação de desempenho da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 1.º, pág. 9-11). Precisamente devido a esse facto, e para que as organizações administrativas pudessem “renascer” e passar a corresponder aos desejos dos que ali trabalham e daqueles para quem trabalham, o regime da avaliação do desempenho era uma ferramenta que necessitava claramente de ser reformada para que se pudesse instituir um adequado sistema de avaliação de desempenho (cfr. Paulo Veiga e Moura, *Avaliação de desempenho da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 1.º, pág. 9-11).

Ora é em 2004, através da Lei n.º 10/2004, de 22 de Março, que ocorre a reforma do regime de avaliação do desempenho, instituindo-se o Sistema Integrado de Avaliação do Desempenho da Administração Pública (SIADAP), assente numa nova cultura de gestão por objectivos (derivada da implementação de ideias e valores da reforma gestonária) e entendida como uma peça fundamental para uma boa gestão dos Recursos Humanos da Administração Pública (cfr. Paulo Veiga e Moura, *Avaliação de desempenho da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 1.º, pág. 9-11). O âmbito da avaliação do desempenho passou a abranger a totalidade dos trabalhadores públicos e ainda os dirigentes de nível intermédio e os próprios serviços públicos, não obstante a regulamentação concretizada pelo Decreto-Regulamentar n.º 19-A/2004, de 14 de Maio, apenas ter disciplinado a avaliação do desempenho dos trabalhadores e dirigentes, o que significa que o desempenho dos serviços continuou a não ser avaliado por falta da regulamentação necessária à aplicação da lei (cfr. Paulo Veiga e Moura, *Avaliação de desempenho da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 1.º, pág. 9-11). A avaliação do desempenho passou a reger-se por um conjunto de princípios e a assentar fundamentalmente no grau de concretização de objectivos, sendo determinante para efeitos de renovação dos contratos, conversão em definitivo das nomeações e progressão e promoção na carreira, para as quais, regra geral, era exigida a menção mínima de *Bom*. O novo regime de avaliação do desempenho deveria ser aplicado logo na avaliação do ano de 2004, sem prejuízo dos serviços que dispunham de um sistema específico de avaliação de desempenho continuarem a observar esse regime e o instituído pelo Decreto-Regulamentar n.º 44-B/83, embora com as adaptações necessárias para se poderem observar os princípios e objectivos aprovados pela Lei n.º 10/2004 (cfr. Paulo Veiga e Moura, *Avaliação de desempenho da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 1.º,

comum de mobilidade entre serviços dos funcionários e agentes da Administração Pública visando o seu aproveitamento racional. Esta lei permitia, designadamente, colocar trabalhadores que fossem considerados excedentários nos serviços no regime, à data designado, de “mobilidade especial” – actualmente designada de “requalificação”. Ficando aqueles trabalhadores numa situação de inactividade até, eventual, nova recolocação no Estado. Este diploma legal, bem como o regime da “mobilidade especial” que este consagrava, surgiu no contexto his-

pág. 9-11). Em bom rigor, o novo sistema de avaliação do desempenho instituído em 2004, que encontrou alguns entraves na sua implementação e consolidação, não invalidou que continuassem alguns trabalhadores a ser avaliados por sistemas específicos ou pelo próprio Decreto-Regulamentar n.º 44-B/83, o qual, apesar de revogado pela Lei n.º 10/2004, continuou a ser aplicável até 2006 (ano em que também foi feita a aplicação da referida lei à Administração Local, através do Decreto-Regulamentar n.º 6/2006, de 20 de Junho, pelo que até, pelo menos, esse ano seguramente as avaliações do desempenho dos trabalhadores das autarquias locais continuaram a aplicar o regime do Decreto-Regulamentar n.º 44-B/83, aplicável *ex vi* do Decreto Regulamentar n.º 45/88, de 16 de Dezembro), cfr. Paulo Veiga e Moura, *Avaliação de desempenho da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 1.º, pág.9-11.

Em 2007, foi aprovada a Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro que estabeleceu um novo Sistema Integrado de Gestão e Avaliação do Desempenho da Administração Pública (mantendo a designação de SIADAP – *vide* n.º 1, do artigo 1.º do diploma citado). O novo SIADAP, que entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação, nos termos do seu artigo 89.º, para além de revogar a legislação que aprovara o anterior SIADAP, veio desenvolver e aprofundar os (sub) sistemas de avaliação do desempenho dos trabalhadores e dos dirigentes, concretizando também a avaliação dos próprios serviços públicos (neste ponto seguimos de perto Paulo Veiga e Moura, *Avaliação de desempenho da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 1, pág. 9-11). Nos termos do artigo 9.º da Lei n.º 66-B/2007, determina-se que o SIADAP é constituído por três subsistemas: o Subsistema de Avaliação do Desempenho dos Serviços da Administração Pública, abreviadamente designado por SIADAP 1; o Subsistema de Avaliação do Desempenho dos Dirigentes da Administração Pública, abreviadamente designado por SIADAP 2; e, o Subsistema de Avaliação do Desempenho dos Trabalhadores da Administração Pública, abreviadamente designado por SIADAP 3.

Determinando-se na Exposição dos Motivos da Proposta de Lei n.º 157/X, publicada a 7 de Setembro de 2007 (lei da avaliação de desempenho) que o “sistema assenta numa concepção de gestão dos serviços públicos centrada em objectivos. Daí que na avaliação dos serviços, dos dirigentes e demais trabalhadores assumam um papel central os resultados obtidos face aos objectivos previamente fixados, designadamente objectivos de eficácia, eficiência e qualidade”. Pretendendo-se, e destacando-se, que aos recursos que se investem na Administração Pública sejam visíveis, em termos de eficácia e eficiência, os correspondentes resultados (cfr. Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/2003). A Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro não foi revogada com a entrada em vigor da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, encontrando-se nesta um reenvio para legislação especial previsto na sua alínea a) do artigo 5º da LTFP, pelo que se mantém ainda hoje em vigor.

tórico do Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE⁹²⁹) – programa este iniciado em Março de 2006, o qual visava racionalizar as estruturas do Estado de forma a aumentar a sua eficácia e eficiência⁹³⁰.

Por fim, foi revisto o Estatuto Disciplinar, aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro. Para autores como J. A. Oliveira Rocha⁹³¹ este regime configurar a “peça” mais frágil nesta edificação de reforma managerial, através da mudança ocorrida no quadro legal. Na verdade, o novo estatuto não traduz de forma clara as preocupações com a eficiência, eficácia e economia, pouco mudando do Estatuto anterior (aprovado pelo Decreto-lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro), o qual, operacionalizava uma concepção clássica da Administração Pública.

Na verdade, no âmbito desta reforma do emprego público de 2008/2009, todas as “peças” do sistema parecem encaixar, sem contradições, na medida que tudo aparenta orientar-se para operacionalizar o quadro teórico do *new public management*: racionalização de custos, ganhos de eficiência e eficácia, e importação de métodos e técnicas de gestão privada⁹³².

Assiste-se, deste modo, à inserção de uma lógica gestionária no emprego público, sendo introduzidas na Administração Pública algumas normas, instrumentos, técnicas e institutos do sector empresarial, como os novos sistemas de avaliação de desempenho (introduzindo-se a gestão por objectivos), e o recurso generalizado ao contrato individual de trabalho⁹³³. O que no seu conjunto contribui para a progressiva aproximação do regime do emprego público ao regime do emprego privado, e, pelo menos, aparentemente, dá mais um passo rumo à privatização do emprego público.

Mais tarde, já no âmbito da reforma do emprego público de 2014, a maioria dos diplomas referidos vêm a ser integrados num esforço de *quase codificação* num só diploma – a Lei n.º 35/2014, de 20 de

⁹²⁹ Criado através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 124/2005, de 4 de agosto, sob o objetivo de diagnosticar e reformar a administração pública central.

⁹³⁰ J. A. Oliveira Rocha, *Gestão dos Recursos Humanos...*, cit., pág.48.

⁹³¹ J. A. Oliveira Rocha, *Gestão dos Recursos Humanos...*, cit., pág.48.

⁹³² J. A. Oliveira Rocha, *Gestão dos Recursos Humanos...*, cit., pág. 49-50.

⁹³³ Joaquim Filipe Esteves de Araújo, “A avaliação da gestão pública: a administração pós burocrática”, *Comunicação apresentada na Conferência da UNED*, Corunha, Espanha, 21 de Novembro, UNED, 2007, pág.13. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/8309>. Consultado a 11/07/2015.

Junho, que aprovou a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas. Esta lei reitera a maioria das soluções legislativas consagradas nos diplomas mencionados *supra*, mantendo aquele diploma legal, designadamente, o vínculo, e regime, do contrato de trabalho em funções públicas como a regra do emprego público, além de remeter subsidiariamente em determinadas matérias do emprego público para a disciplina do Código do Trabalho. Com esta lei dá-se continuidade ao objectivo da aproximação entre o regime do emprego público ao regime do emprego privado. Ficando, contudo, por esclarecer a dúvida se, perante esta lei ordinária, dentro das tradicionais fronteiras orgânicas, tal aproximação de regimes terá originado a substituição do direito administrativo pelo direito laboral comum, enquanto regime disciplinador da relação jurídica de emprego público, ou seja, se terá ocorrido neste âmbito uma verdadeira *privatização do emprego público*, no sentido por nós adoptado para esta investigação (tentaremos responder *infra* a esta questão no último capítulo da *Parte II* desta dissertação).

6. Análise crítica à privatização do emprego público português

A título de contextualização e enquadramento do tema, antes de passarmos, em concreto a uma análise crítica da doutrina à recente reforma do emprego público, baseada em valores managerais, começaremos por dar conta, ainda que sucintamente, de algumas observações críticas, que têm vindo, em geral, a ser tecidas ao paradigma do *new public management* na Administração Pública por parte de autores dos mais variados Estados.

De um ponto de vista prático, Hood identifica várias críticas à corrente designada de *new public management*⁹³⁴. *A primeira crítica* é a de que este movimento é como a conhecida história de Hans Andersen: “A Roupas Nova do Rei” (ou o “Rei Vai Nu”), ou seja, muita publicidade mas com pouca substância. Deste ponto de vista, com o advento da nova concepção gestionária, além da linguagem, pouco mudou. Mantendo-se os velhos problemas e fraquezas. *A segunda crítica* prende-se com o facto da grande consequência do modelo managerial ter sido o aumento exponencial dos controladores orçamentais e de performance, sem que o facto se tenha traduzido em melhorias dos serviços

⁹³⁴ Christopher Hood, “A public management for all seasons?”, cit., pág. 9.

públicos, como vem sendo constatado pelos cidadãos. Como *terceira crítica* refere-se que embora se apresente como promotor do bem público, na realidade a abordagem gestionária tem servido de veículo para interesses particulares, sendo criada uma elite de novos gestores públicos, cujos privilégios são muito superiores aos dos antigos administradores. Além disso, a *quarta crítica* reporta-se a que o *new public management* tem de ser entendido como um modelo de administração pública de matriz específica (anglo-saxónica), dificilmente exportável para outras estruturas e culturas administrativas.

Por sua vez, defende Joaquim A. Oliveira Rocha⁹³⁵ que apesar da pressão da mudança inerente a estas reformas da administração pública, não se deve esquecer que os valores e objectivos da Administração Pública são diferentes dos objectivos do sector empresarial⁹³⁶. Até porque, no caso das organizações que integram aquela estão em causa entidades públicas, de todos os cidadãos, e não são propriedade de alguns accionistas, como acontece com as empresas do sector privado, as quais, visam o lucro⁹³⁷.

Ainda Rainey, a propósito desta problemática, chegou à conclusão que a Administração Pública e a gestão, ou administração, privada são desiguais em aspectos importantes, designadamente: o interesse público difere dos interesses privados; os trabalhadores públicos são necessariamente responsáveis para com os valores democráticos, em vez de qualquer interesse material ou de um grupo em particular; e a extensão das diferenças entre os dois sectores está bem documentada (em estudos) empiricamente.⁹³⁸

Também Christopher Pollitt defende que existem factores de diferenciação entre o sector público e o sector privado que, são incontornáveis e, irão condicionar a aplicação de conceitos e técnicas oriundos do sector privado no sector público.⁹³⁹ Constando entre os factores de diferenciação apontados pelo autor citado: a responsabi-

⁹³⁵ J. A. Oliveira Rocha, *Gestão dos Recursos Humanos...*, cit., pág. 32.

⁹³⁶ *Vide*, propósito, Steven W. Hays, “The state of the discipline in public personnel administration”, in *Public Administration Quarterly*, Vol. 20, (3), 1996, pág. 287 e sgs.

⁹³⁷ J. A. Oliveira Rocha, *Gestão dos Recursos Humanos...*, cit., pág. 32.

⁹³⁸ Hal G. Rainey, *Understanding and managing public organizations*, 4.ª edição, CA: Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 2009, pág. 73-87, e 343.

⁹³⁹ Christopher Pollitt, *Managerialism and the Public Services: Cuts Or Cultural Change in the 1990s?*, 2.ª edição, Blackwell Publishers, Oxford, 1993, pág. 118-134.

lidade perante os representantes eleitos; os múltiplos e conflitantes objectivos e prioridades; gestão do pessoal; e enquadramento legal.⁹⁴⁰

Por sua vez, César Madureira e David Ferraz notam que o modelo gestor mais não fez do que introduzir a ideia de que as organizações do sector público e do sector privado deveriam ser geridas por princípios semelhantes na sua essência. No entanto, existem especificidades que as distinguem, desde logo, no que respeita aos seus objectivos últimos. Pois, ao contrário das organizações privadas, as organizações públicas procuram satisfazer interesses públicos da comunidade e são controladas pelo poder político⁹⁴¹.

Neste sentido, ensina ainda Boyne que as organizações públicas e as organizações privadas divergem numa variedade de aspectos importantes. Sendo certo que essas diferenças agem como barreiras para a transferência das técnicas de gestão do sector privado para o sector público⁹⁴². Também Rainey e Chun referem que é evidente que a Administração Pública e a gestão privada diferem em inúmeras vertentes, pelo que não se deve negar essa distinção⁹⁴³. Em concreto, Boyne, Jenkins e Poole notam que a análise empírica sugere que na área da gestão dos recursos humanos, pelo menos no que respeita às práticas no sector público e privado, permanecem diferenças em muitos e importantes aspectos⁹⁴⁴.

Em suma, nas palavras de Rosenbloom e Kravchuck, a objecção principal, a este modelo, pode ser sintetizada da seguinte forma, a Administração Pública “é diferente de forma significativa da gestão privada”⁹⁴⁵.

Passando, em concreto, à reforma do emprego público português, que tem vindo, ao que parece, a contribuir para a progressiva

⁹⁴⁰ Christopher Pollitt, *Managerialism and the Public Services*, cit., pág.118-134.

⁹⁴¹ César Madureira e David Ferraz, “As configurações político-administrativas e a seleção de dirigentes”, in *Sociologia, Problemas e Práticas*, (63), 2010, pág. 55.

⁹⁴² George A. Boyne, “Public and private management: what’s the difference?”, in *Journal of Management Studies*, Vol. 39, (1), 2002, pág. 97 e sgs.

⁹⁴³ Hal G. Rainey e Young Han Chun, “Public and private management compared”, in Ewan Ferlie, Laurence E. Lynn Jr. e Christopher Pollitt (orgs.), *The Oxford handbook of public management*. New York: Oxford University Press, 2005, pág. 72 e sgs. (esp.^{te} pág.79-80).

⁹⁴⁴ George Boyne, Glenville Jenkins e Michael Poole, “Human resources management in the public and private sectors: an empirical comparison”, in *Public Administration*, Vol. 77, (2), 1999, pág. 417.

⁹⁴⁵ Cfr. David H. Rosenbloom e Robert S. Kravchuck, *Public administration: understanding management, politics, and law in the public sector*, 5.^a edição. McGraw-Hill, New York, 2002, pág. 5.

privatização do emprego público, a doutrina também não têm deixado de lhe tecer observações críticas.

Assim, no que concerne à privatização do emprego público, Maria do Rosário Palma Ramalho não crê que a opção pela contratação laboral seja o melhor caminho para obter os resultados pretendidos pela Administração Pública. A ideia de flexibilidade e de economia anda associada ao contrato é errónea visto que o nosso sistema laboral é dos mais rígidos da Europa e também busca neste momento, maior flexibilidade e redução de custos⁹⁴⁶.

Também Paulo Veiga e Moura advoga que é ilusão pensar-se que a privatização da *função pública portuguesa* se teria motivado realmente em razões de eficácia do aparelho administrativo⁹⁴⁷. Referindo-se o autor a este propósito à existência de um “mito da eficácia”⁹⁴⁸. Segundo este autor, o grande estandarte da privatização da Administração Pública foi a necessidade de eficiência reclamada para a Administração do século XXI, acreditando-se, ao que parece revelando alguma ingenuidade, que o Direito do Trabalho alcançaria esse objectivo. Mas não será assim essencialmente, segundo o autor, por três razões: a primeira, está por demonstrar que o recurso ao direito laboral comum por alguns serviços públicos tenham começado a apresentar maiores índices de produtividade e eficiência. Até porque não há indicadores seguros que nos permitam concluir que os Países que, como a Itália, privatizaram o emprego público tenham passado a apresentar maiores índices de produtividade no sector público, até porque como vimos anos mais tarde continua a falar-se da ineficácia da Administração em Itália⁹⁴⁹. Segunda o Direito do Trabalho é impróprio para permitir uma maior eficácia à Administração Pública, pois esta não é uma empresa privada. Sendo impossível transferir “tout court” as técnicas e institutos próprios do direito laboral para o domínio do direito público, pelo

⁹⁴⁶ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral”, cit., pág. 456.

⁹⁴⁷ Pensamento expresso pelo autor em 2004 no âmbito da vigência de outras leis ordinárias do emprego público, contudo consideramos transponível para a realidade legislativa actualmente existente, cfr. Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 382.

⁹⁴⁸ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 381 e sgs.

⁹⁴⁹ Recorde-se que em Itália não se deixa de reconhecer que a privatização do emprego público ali levada a efeito não modificou a ineficiência e improdutividade típica da gestão estatal e planificada dos serviços públicos, cfr. Alessandro Catelani, *Il Pubblico Impiego*, 2.ª ed., Cedam, Padova, 1995, pág. 81, e Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 384.

que a aplicabilidade do Direito Laboral não pode, por força da especificidade da Administração Pública, ser efectuada sem que haja uma desaplicação dos elementos essenciais típicos do contrato de trabalho – *v.g.*, livre escolha do contraente e das cláusulas contratuais – dando origem a uma disciplina completamente distinta daquela que vigora nas empresas e permite a sua rentabilização. A necessária e inevitável *publicização* do direito laboral aplicável às relações de emprego público conduz à sua desfiguração, retirando-lhe tudo o que mais tinha de apetecível, pelo que seguramente não devolverá à Administração a eficácia que tanto procura⁹⁵⁰. Por último, a terceira, porque a eficiência pode ser atingida pela eliminação da excessiva rigidez do regime emprego público. Pois entre a necessária publicização do Direito Laboral Privado, o qual origina a aplicação de uma disciplina não pensada para a Administração Pública, vocacionada exclusivamente para tutelar a posição da parte mais fraca na relação de emprego, e a fundamental modernização do *estatuto da função pública*, desde sempre voltado para assegurar o equilíbrio entre o interesse público e os legítimos interesses dos funcionários⁹⁵¹, consegue alcançar-se a desejada eficácia do emprego público através da modernização deste estatuto e não com a “*realização de sucessivas cirurgias destinadas a corrigir as imprecisões da transfiguração que o Direito Laboral sofre quando aplicado à Administração*”⁹⁵². O que está subjacente à substituição da lei pelo contrato como fonte disciplinadora das relações de emprego com a Administração, de acordo com Paulo Veiga e Moura, é antes uma opção político-legislativa que tem a finalidade de conferir uma maior liberdade à Administração na constituição, desenvolvimento e extinção da relação de emprego, exonerando-a dos formalismos, constrangimentos e controlos que lhe eram impostos pelo Direito Administrativo⁹⁵³. No entanto, mantém a Administração um amplo poder na conformação do conteúdo da relação de emprego, através da elaboração de regulamentos internos destinados a disciplinar a relação de trabalho, optando por manter os aspectos fundamentais do regime estatutário no que é essencial para assegurar a sua posição de supremacia e por eliminar a quase totalidade dos formalismos e garantias a que até aí estava vinculada por

⁹⁵⁰ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 384.

⁹⁵¹ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 386.

⁹⁵² Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 386.

⁹⁵³ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 381 e sgs.

força das normas de Direito Administrativo. Na verdade, nota ainda o autor citado que, em matéria de recrutamento, de remunerações e de extinção da relação contratual, os constrangimentos até aí existentes desaparecem, havendo possibilidade de ajustar remunerações e de despedir por causas objectivas, ao mesmo tempo que a Administração mantém intactas as prerrogativas de disciplinar o conteúdo da relação de emprego em termos de assegurar a supremacia da sua posição e dos seus interesses, ficando contudo liberta dos *espartilhos* que lhe eram impostas pelo regime público, pelo que o trabalhador continua a ver o conteúdo da sua relação de emprego ser definida unilateralmente sem manter as garantias que lhe eram asseguradas pelo regime público⁹⁵⁴. Concluindo com uma brilhante passagem do autor citado “[e]m bom rigor, *tudo se passa como podendo a Administração beneficiar das vantagens do regime público e do privado sem ter que suportar os seus inconvenientes*”⁹⁵⁵.

Vera Antunes concordando com os autores citados, acrescenta que o argumento da eficiência não justifica por si só a aproximação dos dois regimes, mas dá o seu contributo. Advogando aquela autora que não se nega que o regime privado é mais flexível e simples do que o anterior regime jurídico, embora menos garantista para os trabalhadores⁹⁵⁶.

Refere Alain Supoit que é difícil avaliar as vantagens e inconvenientes da adopção pela Administração Pública de um regime idêntico ao do Código do Trabalho ou do *estatuto da função pública* para assegurar o melhor serviço público possível. Se por um lado, à luz do *estatuto da função pública* o trabalhador público tem um posto de trabalho garantido para toda a vida, o que acarreta o risco de se sentir menos estimulado a ser produtivo e a desenvolver novas ideias, por outro lado, esse sentimento ou atitude pode mudar ao abrigo de um regime próximo do regime laboral comum, uma vez que para assegurar o seu posto de trabalho tem de dar o melhor da sua capacidade profissional, podendo, neste sentido, a Administração vir a alcançar uma maior eficiência. Contudo a situação de insegurança a que o trabalhador fica sujeito, ao abrigo deste regime laboral privado, pode ter como efeito perverso o

⁹⁵⁴ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 388.

⁹⁵⁵ Paulo Veiga e Moura, *A Privatização*, cit., pág. 389.

⁹⁵⁶ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 63.

receio de se lançar em trabalhos de risco, cuja conclusão bem sucedida não está assegurada⁹⁵⁷.

Quanto a nós a *privatização do emprego público* deve ser tida como uma *moda*, não só nacional, mas que entre nós tem vindo a acompanhar as tendências europeias. Mas por muito sedutor que pareça ao legislador o regime de direito laboral privado para regular relações de emprego público, como nota Nicolas Font não é seguro que o direito privado seja adequado para permitir a modernização da acção pública⁹⁵⁸. Dito de outro modo, ainda não está comprovado que o recurso a direito laboral comum seja o melhor caminho para restituir ao emprego público a eficiência e a eficácia de outros tempos. Mais: como revela o já referido *Estudo Comparado de Regimes de Emprego Público de Países Europeus*, de 2007, elaborado pelo INA e pela DGAEP, não pode extrair-se uma correspondência directa entre o tipo de regime porque que se rege o emprego público e o grau de eficiência ou desempenho das Administrações Públicas. Pois com efeito, há países em que a boa eficiência é igualmente alcançada tanto através do regime contratual como do estatutário⁹⁵⁹. Também o, já referido, Relatório da Comissão de Revisão do Sistema de Carreiras e Remunerações, “Vínculos, Carreiras e Remunerações na Administração Pública – Diagnóstico e Perspectivas de evolução”, de 2006, que antecede a LVCR, concluía que era imperioso encontrar mecanismos que flexibilizassem a gestão dos vínculos laborais com a Administração Pública. Admitindo tal comissão que, contudo, essa desejável flexibilização não implicava necessariamente a opção por um modelo privatístico, pois poderia a mesma ser alcançada mesmo no quadro de um regime estatutário⁹⁶⁰. Do exposto, segundo cremos, se, por um lado, não se nega que o regime do emprego público anterior a 2009 era muito inflexível e existia a já

⁹⁵⁷ Alain Supoit, *Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa*, Perspectivas Laborais 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 245-246.

⁹⁵⁸ Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, cit., pág. 561.

⁹⁵⁹ INA E DGAEP, *Estudo Comparado de Regimes de Emprego Público de Países Europeus – Relatório Final*, 2007, pág. 105-108.

Fazendo também referência à ideia citada neste estudo, vide Francisco Liberal Fernandes, “A flexibilidade como novo modo de ser da relação de emprego público: necessidade ou estratégia de domínio”, in *As reformas do Sector Público – Perspetiva Ibérica no Contexto Pós-crise*, José Carlos Vieira da Andrade e Suzana Tavares da Silva (Coord.), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, pág. 292.

⁹⁶⁰ Comissão de Revisão do Sistema de Carreiras e Remunerações, *Vínculos, Carreiras e Remunerações na Administração Pública – Diagnóstico e Perspectivas de evolução*, de 2006, pág. 66.

mencionada necessidade de introduzir mecanismos que o flexibilizem, mas, por outro lado, entendemos que o problema pode resolver-se ainda dentro do quadro do direito público, ainda que sejam necessários alguns ajustes de regime no sentido da modernização, e revitalização, do emprego público, para que assim este possa alcançar a eficiência e eficácia tão almejadas!

Em jeito de conclusão, deixemos aqui algumas questões que têm vindo a ser colocadas a propósito destas recentes reformas do emprego público. Assim, numa altura de grave crise económica como aquela que Portugal tem vindo a atravessar nos últimos anos, em que a necessidade de reduzir a despesa pública se torna num imperativo jurídico-político, tornam-se legítimas interrogações como as formuladas por Nuno de Sousa: “[a] reforma do emprego público visa concretizar regras de boa administração ou apenas sanear as contas públicas conforme o mandato da troika?”⁹⁶¹. Ou, de uma forma mais abrangente, a questão deixada em aberto por Liberal Fernandes de que “não esconderá o grau de flexibilidade introduzida no emprego público uma escolha jurídico-política no sentido de aumentar não apenas a eficiência, mas principalmente, e à semelhança do que se verifica nas empresas, alcançar um maior domínio sobre as pessoas que aí prestam a sua actividade profissional?”.

7. Os princípios da eficiência e da eficácia como mitos actuais da Administração Pública

Em geral, os defensores da substituição do modelo burocrático ou clássico acusavam a Administração de ser ineficiente e ineficaz. Procurando dar resposta a este problema desenha-se um novo modelo de administração, o managerial, acreditando que recorrendo a técnicas, valores, e princípios do sector privado e aplicando-os no sector público este obteria ganhos, designadamente, de eficiência e eficácia. Sendo, pois, estes dois dos princípios veiculados pelo modelo managerial da administração, contribuindo para a sua ascensão a *mitos actuais da Administração Pública*⁹⁶².

As reformas da administração pública influenciadas pela corrente do *new public management* em Portugal não foram excepção. Tendo

⁹⁶¹ Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa, “A Reforma do Emprego Público em Portugal”, cit., pág. 246.

⁹⁶² Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 10.

contribuindo esta influência para colocar em destaque os princípios da eficácia e da eficiência no seio da administração pública portuguesa, que hoje procuram alcançar reconhecimento como princípios jurídicos com dignidade constitucional. Em específico, no quadro da reforma gestonária do emprego público mencionada, com a introdução de um sistema de avaliação de desempenho por objectivos, passa a permitir-se medir os resultados reais dos trabalhadores em funções públicas em termos de eficácia e de eficiência⁹⁶³. Passando estes princípios da eficácia e da eficiência, na sequência daquela reforma managerial do emprego público, segundo cremos, a constituir subprincípios do princípio do mérito do emprego público, na acepção do mérito na avaliação de desempenho, levando à sua redensificação.

7.1. Os princípios da eficiência e da eficácia no seio da Administração Pública

O problema da eficácia do Estado, e do seu ordenamento, não é novo para a ciência jurídica, embora a partir do surgimento do Estado Social ele se apresente em termos radicalmente novos.⁹⁶⁴

No Estado de Direito Liberal a questão da eficácia esgotava-se na clássica eficácia jurídica do seu ordenamento: ao pretender apenas regular externamente a vida social.⁹⁶⁵

O Estado Social marca uma profunda ruptura em relação ao Estado Liberal. Depois deste se ter caracterizado por ser um Estado ausente ou passivo na área económica e social, o Estado Social passa a intervir tanto na economia como na vida social, traduzindo a vontade de empenhar o Estado na promoção do nível de vida de todos os cidadãos e na procura da igualdade material entre eles.⁹⁶⁶

O Estado Social passa então a ficar sujeito, como nos dá conta Parejo Alfonso, sujeito a dois tipos de pressões: por um lado, enquanto agente económico (que acontece porque passa a intervir na economia), a que deriva da sua exposição a uma directa e plena comparação com o sector privado da economia – ao mesmo tempo que continuamente

⁹⁶³ Luciano Parejo Alfonso, “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, in *Documentación Administrativa*, n.ºs 218-219, 1989, pág. 17.

⁹⁶⁴ Luciano Parejo Alfonso, “La eficacia...”, pág. 15.

⁹⁶⁵ Luciano Parejo Alfonso, “La eficacia...”, cit., pág. 16.

⁹⁶⁶ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 149.

se vai deteriorando o prestígio da cultura do público, especialmente da formalizada juridicamente (conhecida como rígida, lenta, inadequada; em definitivo, hostil à eficácia), frente ao crescente prestígio do sistema privado (entendido como eficaz, ágil, flexível capaz de responder e de se adaptar imediatamente a mudanças) —; e por outro lado, enquanto poder, a pressão que resulta da pressão crítica, constante e crescente, da sociedade sobre a sua organização e funcionamento. O resultado provisório deste processo de pressões, muito sumariamente, tem-se traduzido na aproximação do Estado ao paradigma privado (de natureza económica)⁹⁶⁷. A tal ponto que se poder empregar aqui, prossegue o autor citado, extensivamente às gráficas expressões utilizadas por J. Chevallier e D. Losckay⁹⁶⁸, que a “racionalidade jurídica” vai cedendo em todo o Estado terreno à “racionalidade managerial”.⁹⁶⁹ Tanto, ou até mais do, que a correcção jurídica da actuação do Estado, passa a importar a sua “eficaz” e eficiente gestão, os seus resultados reais medidos em termos de eficácia e eficiência⁹⁷⁰.⁹⁷¹ O que obviamente afecta com especial intensidade a manifestação interna, constante e regular, do Estado, o mesmo é dizer: a Administração Pública.⁹⁷² Passando os conceitos de eficácia e eficiência a assumir grande relevância na Administração Pública, como veremos *infra*.

Ao consagrar como um dos principais objectivos do Estado a criação de um Estado de bem-estar social, promovendo a qualidade de vida dos cidadãos, o princípio do Estado Social (decorrente da transformação do Estado Liberal em Estado Social) assinala à Administração que a sua actuação terá que ser eficaz, pois só assim poderá cumprir essa sua tarefa fundamental. Deste modo se impõe ao Estado que se organize e actue de forma a conseguir alcançar esse objectivo de forma

⁹⁶⁷ Luciano Parejo Alfonso, “La eficacia...”, cit., pág. 17.

⁹⁶⁸ J. Chevallier e D. Loschak, “Rationalité juridique et rationalité manageriale dans la Administration française”, in *Revue Francaise d'Administracion Publique*, n.º 24, 1982, pág. 679-720.

⁹⁶⁹ Luciano Parejo Alfonso, “La eficacia...”, cit., pág. 17.

⁹⁷⁰ Luciano Parejo Alfonso, “La eficacia...”, cit., pág. 17-18.

⁹⁷¹ A lógica da eficácia e eficiência tem, pois, origem privada, analisando-se numa racionalização de meios e fins, em ordem ao melhor desempenho possível, numa perspectiva utilitarista que se foi buscar à ciência económica, com a actividade empresarial por referência fundamental. Cfr. Luís Cabral de Moncada, *Direito Público e eficácia*, Lisboa, 1997, cit., pág. 10.

⁹⁷² Luciano Parejo Alfonso, “La eficacia...”, cit., pág. 17.

eficaz. Podendo assim afirmar-se que o princípio da eficácia na Administração é uma exigência colocada pelo princípio do Estado Social.⁹⁷³

O conceito de eficácia levanta especiais problemas quando se reporta à Administração Pública. Nas organizações privadas, e especialmente nas sociedades comerciais, não há grandes dificuldades em avaliar a eficácia e eficiência de determinada organização.⁹⁷⁴ Pois, diferentemente do que sucede na Administração Pública onde a avaliação da eficácia é muito mais complicada, a organização privada é avaliada em termos de lucros, já quanto às “prestações administrativas não são frequentemente mensuráveis e falta uma medida comum de valores. O critério mais aproximado é o nível de satisfação dos objectivos da Administração, que, (...), nunca será absoluto, mas apenas relativo”.⁹⁷⁵ Deste modo, a eficácia é um problema de qualquer organização, mas em especial daquelas organizações cuja finalidade não é o lucro. Convertendo-se a eficácia, neste caso, em meta das reformas, em particular das reformas da Administração Pública.⁹⁷⁶

Apesar das maiores dificuldades que a transposição do conceito de eficácia para a Administração Pública, este princípio tem sido recebido, como refere Vasco Moura Ramos, em algumas constituições europeias, como por exemplo, na Constituição Espanhola (CE)⁹⁷⁷ – n.º 1, do artigo 103 da CE, previsto, ao lado de outros princípios, como princípio jurídico constitucional de actuação administrativa⁹⁷⁸.

Na Constituição Portuguesa não se encontra expressamente previsto como princípio da actuação administrativa. Mas há autores como Vasco Moura Ramos que consideram que se pode entender como consagrado na Constituição Portuguesa no preceito relativo à estrutura da Administração, no n.º 2, do artigo 267.º da CRP na Constituição Portuguesa.⁹⁷⁹ Referindo o autor, no entanto, que apesar deste princípio estar previsto na nossa Constituição em sede de estrutura (ou

⁹⁷³ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 224.

⁹⁷⁴ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 225; e Manuel Alvarez Rico, *Principios constitucionales de organizacion de las administraciones públicas*, 2.ª ed., Madrid, 1997, pág. 159.

⁹⁷⁵ Cfr. Luís Cabral de Moncada, *Direito Público e eficácia*, cit., pág. 9.

⁹⁷⁶ Manuel Alvarez Rico, *Principios constitucionales...*, cit., pág. 157.

⁹⁷⁷ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 226.

⁹⁷⁸ Para mais desenvolvimento sobre este princípio na Constituição Espanhola, vide Luciano Parejo Alfonso, “La eficácia...”, cit., pág. 15 e sgs.

⁹⁷⁹ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 225-226.

organização) da administração, tem claras e evidentes repercussões também sobre a actividade da Administração.⁹⁸⁰ Constituindo a eficácia um princípio, que pode ser considerado em múltiplos aspectos, tendo consequências tanto na actividade como na organização administrativa, presidindo, assim, este tanto à actividade como à organização da Administração Pública⁹⁸¹.

No que respeita à organização administrativa, a consagração deste princípio, terá visado essencialmente, segundo Vasco Moura Ramos, incutir no legislador a necessidade de criar um modelo de organização administrativa que tenha em conta a necessidade de estruturar a Administração (*maxime* os seus serviços, dirigentes e trabalhadores) de forma a alcançar os resultados que se lhe exigem – a prossecução do interesse público – de uma forma eficaz e eficiente⁹⁸². Sendo este princípio invocado pelos defensores da substituição da concepção clássica da administração.⁹⁸³ De tal modo, que, nos últimos tempos, em grande medida impulsionado por um novo modelo de administração, conhecido como *new public management*, este princípio impõe-se, desde logo, como critério de organização racional de serviços.⁹⁸⁴

Convém, agora, tentar precisar os significados gerais que se podem atribuir aos conceitos, *eficácia e eficiência*, que aqui se tratam⁹⁸⁵. Assim, tendo em conta o significado que maioritariamente lhe é atribuído na economia e na ciência da Administração, a *eficácia* traduz-se na relação entre os resultados obtidos e os objectivos pré-estabelecidos, podendo assim dizer-se que a eficácia refere-se à efectiva realização dos objectivos pré-fixados⁹⁸⁶. Já quanto à eficiência, considera Luciano Parejo Alfonso que esta pode definir-se como uma subespécie da eficácia, que incorpora a perspectiva da relação meios-objectivos para prescrever o grau óptimo da mesma⁹⁸⁷. Como refere Idalberto Chiave-

⁹⁸⁰ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 153.

⁹⁸¹ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 225.

⁹⁸² Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 224-227.

⁹⁸³ Cfr., neste sentido Luís Cabral de Moncada, *Direito Público e eficácia*, cit., pág. 17-22.

⁹⁸⁴ Suzana Tavares da Silva, “O princípio (fundamental) da eficiência”, esp.^{te} pág. 6, 9-11, 20.

⁹⁸⁵ Estes conceitos são muitas vezes usados indistintamente, no entanto, eles correspondem a realidades que se podem distinguir (embora respeitem a realidades conexas, o que nem sempre torna fácil ou exacta a sua distinção). *Vide*, João Loureiro, *O procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, cit., pág. 127-131.

⁹⁸⁶ Luciano Parejo Alfonso, “La eficacia...”, cit., pág. 19.

⁹⁸⁷ Luciano Parejo Alfonso, “La eficacia...”, cit., pág. 19.

nato a *eficiência* está relacionado com o *modus operandi*. Tem a ver, portanto, com o consumo adequado dos recursos utilizados em determinado processo⁹⁸⁸. Assim, a eficiência tem justamente a ver com a relação entre os custos de uma determinada acção (os meios ou recursos utilizados) e o fim pretendido (o benefício esperado com a acção), pretendendo alcançar-se o máximo benefício com a menor quantidade possível de meios utilizados⁹⁸⁹. Produzindo os seus efeitos ao nível da organização, do procedimento, do pessoal e da informação utilizados.⁹⁹⁰

Num Estado Social de Direito, a eficiência surge como um imperativo constitucional⁹⁹¹. Assim, a dignidade constitucional do princípio da eficiência resulta, desde logo, da concretização do Princípio do Estado Social de Direito⁹⁹². Mas, como refere João Loureiro⁹⁹³, o texto constitucional português permite ir mais longe. Pois, no texto constitucional encontramos referências que se podem enquadrar numa noção ampla de eficiência⁹⁹⁴, nomeadamente, no artigo 267.º da CRP. Em termos de organização, afirma-se o valor da eficácia da Administração, n.º 2, do artigo citado; em termos procedimentais, exige-se uma racionalização dos meios, n.º 5, do preceito citado⁹⁹⁵. Para além disso, encontramos na alínea c) do artigo 81.º da CRP, uma referência clara a este conceito de eficiência, na qual se refere que entre as incumbências prioritárias do Estado no campo económico e social se inclui a de “assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do sector público”.⁹⁹⁶ Refere Paulo Otero que

⁹⁸⁸ Idalberto Chiavenato, *Administração geral e pública*, cit., pág. 459

⁹⁸⁹ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 32.

⁹⁹⁰ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 32.

⁹⁹¹ Paulo Otero, *O poder de substituição em direito administrativo: Enquadramento dogmático-constitucional*, Vol. II, Lex, Lisboa, 1995, pág. 639.

⁹⁹² Carlos Simões Gonçalves Loureiro, *O procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações)*, *Studia Iuridica* 13, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 133.

⁹⁹³ João Loureiro, *O procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, cit, pág. 133.

⁹⁹⁴ Cfr., também para mais desenvolvimentos sobre o carácter polifacetado da eficiência, bem como da sua distinção de figuras afins, João Loureiro, *O procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, cit, pág. 123 e sgs.

⁹⁹⁵ João Loureiro, *O procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, cit, pág. 133.

⁹⁹⁶ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 32.

o princípio da eficiência que, tendo natureza constitucional, serve de fundamento constitucional à privatização da Administração Pública⁹⁹⁷.

O princípio da eficiência foi previsto no ordenamento jurídico português no artigo 10.º do (antigo) Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro⁹⁹⁸, como um dos princípios gerais do procedimento administrativo. No entanto, concordamos com Suzana Tavares da Silva⁹⁹⁹ quando refere que actualmente este princípio não pode ser entendido apenas como um princípio geral do procedimento administrativo, e menos ainda como propõe a doutrina como “ muito mais um princípio de Legislação do que de Administração”, por constituir um comando para o legislador no contexto da organização administrativa, do qual os “interessados não tiram mais do que uma protecção reflexa”¹⁰⁰⁰. Tendo evoluído, devido em grande medida ao contributo do direito comunitário e da jurisprudência comunitária, de um simples dever de boa administração a procedimentos, e correspondentes decisões, eficientes e céleres ao qual não correspondia nenhum direito subjectivo, a um dever de assegurar a defesa de situações jurídicas subjectivas dos indivíduos, passando, assim, os qualificativos de eficientes e céleres mencionados a integrar o núcleo de direitos e garantias dos administrados a um procedimento justo¹⁰⁰¹.

Devido à influência da autonomização do princípio boa administração a nível comunitário e também por sugestão da doutrina¹⁰⁰², a nível nacional, o novo Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07 de Janeiro, autonomiza o princípio da boa administração. Passando a incluir sob a sua capa o princípio da eficiência, no artigo 5.º. Referindo-se, pois, no n.º 1, do

⁹⁹⁷ Paulo Otero, “Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública”, in *Os caminhos da Privatização da Administração Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 48-49.

⁹⁹⁸ Diploma já revogado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro que aprovou o novo CPA.

⁹⁹⁹ Suzana Tavares da Silva, “O princípio (fundamental) da eficiência”, cit., pág. 11.

¹⁰⁰⁰ Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento administrativo (comentado)*, 2.ª edição, (8.ª reimpressão da edição de 1997), Almedina, Coimbra, 2010, anotação ao artigo 10.º, pág. 132.

¹⁰⁰¹ Suzana Tavares da Silva, “O princípio (fundamental) da eficiência”, cit., pág. 10.

¹⁰⁰² Como consta da exposição dos motivos do Projecto de Revisão do CPA: “começou-se por se incluir no Código o princípio da boa administração, indo de encontro ao que era sugerido pelo Direito Comparado, com essa ou outra designação, e a sugestões da doutrina”.

artigo 5.º que a “*Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, de economicidade e de celeridade*”. Analisando este preceito, Carla Amado Gomes entende que parece que ocorreu neste diploma uma “*oscilação entre uma visão economicista da boa administração – com a referência à eficiência, no artigo 5º/1 – e uma visão jurídica – que é a da jurisprudência europeia e da Carta dos Direitos Fundamentais (com a referência à celeridade, no mesmo artigo 5º/1, a qual depois explicita no artigo 56º)*”¹⁰⁰³. Daqui se depreende, que a autora citada considera a eficiência como uma dimensão não jurídica (ou como um princípio não jurídico) da boa administração, deste modo existindo fora do conceito de *juridicidade*. O que nos merece as ulteriores considerações.

A visão sobre a eficiência tem oscilado entre aqueles¹⁰⁰⁴ que consideram aquela como uma componente não jurídica que integra o princípio da boa administração, estando assim, pois, fora de uma visão jurídica – na qual se inclui Carla Amado Gomes¹⁰⁰⁵ –; passando por aqueles¹⁰⁰⁶ que, por sua vez, consideram que a eficiência integra o “bloco de juridicidade”, constituindo pois um princípio jurídico; e até daqueles, que vão mais longe, que tendem a reconhecer carácter de princípio fundamental à eficiência¹⁰⁰⁷. Nós entendemos que a eficiência nasce, en-

¹⁰⁰³ Carla Amado Gomes, “A «Boa Administração» na revisão do CPA”, cit., pág. 144-145.

¹⁰⁰⁴ Como exemplificativo deste entendimento, destacamos as seguintes afirmações de Mário Aroso de Almeida: “afigura-se-nos possível e desejável tentar reconstruir, nessa perspectiva, o conceito de *boa administração* em novos e mais amplos moldes, como um conceito capaz de abarcar e, ao mesmo tempo, de transcender, tanto o conceito de *juridicidade* (= *conformidade ao Direito*), como os de *eficácia* e *eficiência* da Administração”; e assim a “boa administração haverá, pois, de resultar do equilíbrio entre as exigências de uma eficiência economicista e as exigências de juridicidade”, cfr. Mário Aroso de Almeida, “O provedor de justiça como garante da boa administração”, in *Provedor de Justiça – Estudos, Volume Comemorativo do 30.º aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006, pág. 28. Disponível em http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Estudos_VolumeComemorativo30Anos.pdf. Consultado a 23/06/2014.

¹⁰⁰⁵ Carla Amado Gomes, “A «Boa Administração» na revisão do CPA”, cit., pág. 144-145.

¹⁰⁰⁶ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 31.

¹⁰⁰⁷ Neste sentido, Mathias Ruffert, “Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts”, in *Grundlagen des Verwaltungsrecht, I Band: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, 2.ª edição, Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann, Voßkuhle (editores literários), Beck, München, 2012, pág. 1218-1219. Entre nós, José Casalta Nabais, *O dever fundamental de pagar impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, 3.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 374; e, Suzana Suzana Tavares da Silva, “O princípio (fundamental) da eficiência”, cit., pág. 10.

tre nós, como uma regra não jurídica, tal como as restantes *regras da boa administração*, mas que hoje se procura afirmar e autonomizar como um verdadeiro princípio jurídico com dignidade constitucional.

Se na concepção tradicional o dever de boa administração surgia como o “dever de a Administração prosseguir o bem comum da forma mais eficiente possível”¹⁰⁰⁸, falando--se indiferenciadamente num *princípio da boa administração, do mérito ou da eficiência*¹⁰⁰⁹, ao qual não corresponde nenhum direito subjectivo, actualmente o conceito de boa administração evoluiu para um *superconceito*¹⁰¹⁰, o qual ganha valor jurídico, ao qual correspondem direitos e garantias dos administrados. Deixando de se poder reduzir boa administração a eficiência. Por outro lado, cremos que também a eficiência deixa de se poder só vista como uma dimensão da boa administração, tendo vindo progressivamente a exigir-se a sua autonomização da boa administração.

A eficiência corresponde à primeira dimensão que a boa administração assume. A administração devia assegurar procedimentos céleres e eficazes, ainda que aos administrados não correspondesse nenhum direito subjectivo¹⁰¹¹. A boa administração evoluiu recentemente para um *superconceito*, ao qual correspondem, actualmente, direitos e garantias a este dever de procedimento justo.

Sendo ainda hoje em sede de procedimentos administrativos que o princípio da eficiência se torna mais notória para os administrados.¹⁰¹² *Não se nega, assim, que a eficiência seja uma das dimensões da boa administração. No entanto, este princípio, hoje, não se pode resumir a uma das dimensões do princípio da boa administração. Pois, além de um princípio do procedimento administrativo, ele é também um critério de organização racional de serviços (em grande parte impulsionado pela corrente do new public management*¹⁰¹³), sendo também um critério legitimador da actividade administrativa de “implementação de políticas”¹⁰¹⁴ – defendendo Suzana

¹⁰⁰⁸ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, cit., pág. 38.

¹⁰⁰⁹ Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Lisboa, 1995, pág. 137.

¹⁰¹⁰ Mário Aroso de Almeida, “O Provedor de Justiça como garante da boa administração”, cit., pág. 28.

¹⁰¹¹ Mário Aroso de Almeida, “O provedor de justiça como garante da boa administração”, cit., pág. 14, e Cristiana Cardoso Lopes, *O princípio da boa administração*, cit., pág. 11 e 15.

¹⁰¹² Suzana Tavares da Silva, “O princípio (fundamental) da eficiência”, cit., pág. 10.

¹⁰¹³ Suzana Tavares da Silva, “O princípio (fundamental) da eficiência”, cit., pág. 5.

¹⁰¹⁴ Suzana Tavares da Silva, “O princípio (fundamental) da eficiência”, cit., pág. 13-14.

Tavares da Silva, que é quanto a este processo de implementação de políticas que se deve autonomizar eficiência das dimensões reconhecidas em geral à boa administração (celeridade, equidade, justiça, imparcialidade, transparência).¹⁰¹⁵ A doutrina estrangeira, de resto, não tem dúvidas em afirmar que a *eficiência* é hoje um verdadeiro critério do agir administrativo, em geral, impondo à Administração que paute as suas escolhas por indicadores de sustentabilidade, análise custo-benefício, assim como a gestão do risco¹⁰¹⁶.

O alcance do princípio da eficiência é mais abrangente do que a dimensão que assume no princípio da boa administração. Embora *eficiência* e *boa administração* se encontrem interligados, visto que o fim que se visa alcançar é sempre a da *melhor actuação* tendo em vista a realização do *interesse público*, eles apresentam, hoje, conteúdos distintos e autónomos¹⁰¹⁷. Pelo que, entendemos que o princípio da eficiência se deve autonomizar do princípio da boa administração¹⁰¹⁸. Concordando, assim, com a afirmação (embora não com os fundamentos¹⁰¹⁹) de Carla Amado Gomes de que “melhor teria andado o Projecto se tivesse distinguido *eficiência de boa administração*”¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁵ Suzana Tavares da Silva, “O princípio (fundamental) da eficiência”, cit., pág. 5 e 11.

¹⁰¹⁶ Susanne Baer “Verwaltungsaufgaben”, in *Grundlagen des Verwaltungsrecht, I Band: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, 2.ª Auflage, Hoffmann-Riem, Schimidt-Abmann, Voßkuhle (editores literários), Beck, München, 2012, pág. 814-815.

¹⁰¹⁷ Cristiana Cardoso Lopes, *O princípio da boa administração*, cit., pág. 93-95.

¹⁰¹⁸ Neste sentido, vide Cristiana Cardoso Lopes, *O princípio da boa administração*, cit., pág. 93-95. Num sentido também próximo, vide Suzana Tavares da Silva, “O princípio (fundamental) da eficiência”, cit., pág. 12.

¹⁰¹⁹ Carla Amado Gomes considera que se deve distinguir eficiência de boa administração, pois a primeira corresponde uma visão *economicista* da boa administração, constituindo esta uma visão distinta da *jurídica*, de onde conclui que eficiência se apresenta como uma componente não jurídica, e melhor teria sido se o novo CPA distinguisse eficiência de boa administração, adoptando como conteúdo desta boa administração “o macro-conceito de procedimento equitativo importado da Carta dos Direitos Fundamentais”. Cfr. Carla Amado Gomes, “A «Boa Administração» na revisão do CPA”, cit., pág. 144- 145. Do exposto, concordamos que seria melhor distinguir eficiência de boa administração, mas apenas porque o princípio da eficiência não se resume a uma dimensão da boa administração. Pois, em sentido diverso, consideramos que a eficiência se assume hoje como um verdadeiro princípio jurídico, sendo possível considerá-lo como uma das suas dimensões desse *macro-conceito* de *procedimento justo*. No entanto, o princípio da eficiência mas não se resume a esta dimensão do princípio da boa administração, pelo que deve dele distinguir-se.

¹⁰²⁰ Carla Amado Gomes, “A «Boa Administração» na revisão do CPA”, cit., pág. 145.

Suzana Tavares da Silva entende que é, sobretudo, no âmbito do controlo da actividade de implementação das políticas que o princípio da eficiência tem vindo a exigir maior autonomia, procurando impor-se, com carácter de princípio fundamental, como parâmetro operativo no controlo da actividade administrativa prosseguida. Tem vindo a ser o Tribunal de Contas a controlar da “boa gestão financeira” dos fundos públicos¹⁰²¹, fiscalizando, assim, da racionalidade económico-financeira das decisões administrativas que visam a implementação de políticas. Existindo uma significativa auto-contenção judicial administrativa nesta área, com receio de exceder os limites da sua função. Digo de uma forma mais explícita: a tentativa de controlo da legalidade substantiva da actividade administrativa que se destina a implementar políticas têm-se demonstrado difícil, até “desastrosa”¹⁰²², pois que estes tribunais continuam a limitar-se a mobilizar neste sede o instrumentário próprio do controlo da actividade administrativa, o qual consiste, *grosso modo*, na mobilização dos princípios consignados do n.º 2 do artigo 266.º da CRP, como parâmetro do controlo judicial da actividade administrativa, o que se tem vindo a revelar como estreito e insuficiente para estes nossos tempos actuais. Havendo, pois, ainda um caminho a percorrer na adaptação da justiça administrativa às exigências do novo modelo de controlo da actividade administrativa, sobretudo no campo da implementação de políticas e dos procedimentos adoptados para o efeito. O reconhecimento e consagração destes novos princípios, como princípios jurídicos fundamentais, a par dos demais actualmente consagrados, permitirá, designadamente, nestas áreas, o controlo judicial da Administração, pelos tribunais administrativos. Sendo, nestes termos que, segundo a autora citada, o princípio da eficiência caminha, actualmente, para a sua autonomização, tentando impor a sua identidade como um verdadeiro parâmetro jurídico de controlo do agir administrativo, o que tem sido dificultado, entre nós, desde logo, pelo “carácter incerto” do próprio texto constitucional quanto ao papel que confere àquele princípio¹⁰²³.

Assim, apesar da Constituição Portuguesa não colocar, pelo menos para já, os princípios da eficácia e a da eficiência ao lado dos prin-

¹⁰²¹ Cfr. n.º 1, do artigo 1.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, que aprovou a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, na sua actual redacção.

¹⁰²² Expressão utilizada por Suzana Tavares da Silva, em “O princípio (fundamental) da eficiência”, cit., pág. 17.

¹⁰²³ Suzana Tavares da Silva, “O princípio (fundamental) da eficiência”, cit., pág. 5, 6, 19, 20, 23.

cípios gerais da actividade administrativa¹⁰²⁴ (previstos no artigo 266.º da CRP) – ao contrário, *v.g.*, da Constituição Espanhola que prevê o princípio da eficácia (n.º 1, do artigo 103.º)¹⁰²⁵ –, nem por isso aqueles princípios deixam de ser assinalados constitucionalmente à Administração¹⁰²⁶. Produzindo os seus efeitos ao nível da sua organização, sua actividade, seu pessoal, e processamento dessa actividade¹⁰²⁷. Devendo, hoje, entender-se que os princípios da eficiência e da eficácia fazem hoje parte do “bloco da legalidade”, que constitui o princípio da juridicidade¹⁰²⁸, não podendo a Administração renunciar a critérios de eficiência e de eficácia.

Desde modo, têm vindo progressivamente a adquirir importância e autonomia no seio da administração pública os princípios da eficiência e da eficácia – impulsionados em parte pela corrente do *new public management*. Devendo, também, os trabalhadores da administração pautar-se, no exercício das suas funções, por critérios de eficiência e eficácia. Sendo no momento da avaliação de desempenho dos trabalhadores em funções públicas, que se verifica do cumprimento, por parte destes, de objectivos, entre outros, de eficiência e da eficácia previamente definidos.

7.2. *Os princípios da eficiência e da eficácia como subprincípios do princípio do mérito do emprego público*

O princípio do mérito dos trabalhadores da Administração Pública numa acepção ampla conhece diferentes projecções: em sede de recrutamento, da sujeição ao período experimental, na formação profissional, e também na avaliação de desempenho dos trabalhadores¹⁰²⁹. Este princípio do mérito pode considerar-se que tem base constitu-

¹⁰²⁴ Para mais desenvolvimentos sobre esta problemática, *vide* Luís Cabral de Moncada, *Direito Público e eficácia*, cit., pág. 11-17.

¹⁰²⁵ Luís Cabral de Moncada, *Direito Público e eficácia*, cit., pág. 11.

¹⁰²⁶ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes...*, cit., anotação artigo 6.º, pág. 28.

¹⁰²⁷ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 225, Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 31, e João Loureiro, *O procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, cit., pág. 133.

¹⁰²⁸ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 33.

¹⁰²⁹ Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 428-429.

cional no n.º 2, do artigo 47.º, da CRP, constituindo o concurso no acesso ao emprego público uma das suas expressões. Tem, também, base constitucional no seu n.º 2 do artigo 266.º, o qual estabelece critérios orientadores do desempenho/da conduta do trabalhador¹⁰³⁰. Como referimos *supra*, este princípio do mérito numa acepção mais clássica compreende várias projecções¹⁰³¹. Desde logo, em sede de recrutamento, constitui um parâmetro de selecção na perspectiva de um desempenho capaz e da sua conexão com uma capacidade funcional ou prestativa para com a Administração. Por sua vez, é também o mérito que está em causa na sujeição do trabalhador a um período experimental. Do mesmo modo, na formação profissional, para além da motivação pessoal do trabalhador na aquisição de maior qualificação, está em causa a obrigação prestativa para com o empregador e o interesse deste. Por último, é também o mérito, em geral, que está em causa na avaliação de desempenho dos trabalhadores e na associação de uma eventual alteração do posicionamento remuneratório ao mesmo¹⁰³².

Segundo cremos, é no âmbito desta última dimensão do princípio do mérito, da avaliação de desempenho no quadro do novo sistema integrado aprovado no âmbito da mencionada reforma gestionária, que cremos que aqueles princípios da eficiência e da eficácia se desvelam como dois novos e específicos sentidos do princípio do mérito, para além do sentido clássico já referido. Passando, pois, também o mérito naquela avaliação a poder traduzir-se em resultados obtidos em face de objectivos de eficácia, e de eficiência.¹⁰³³

Deste modo, os princípios da eficiência e da eficácia assumem actualmente especial relevância no âmbito da avaliação de desempenho da Administração Pública, no âmbito do actual Sistema Integrado de Gestão e Avaliação do Desempenho na Administração Pública, aprovado pela Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro¹⁰³⁴ – mantido em vigor pelo artigo 5.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, este sistema integrado da avaliação de desempenho, como veremos *infra*, embora não isento de críticas, parece-nos ser um dos pontos mais meritórios introduzidos pe-

¹⁰³⁰ Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág 428-429.

¹⁰³¹ Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág 428-429.

¹⁰³² Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág 428-429.

¹⁰³³ Distinção entre eficácia e eficiência *Vide* Massimo Severo Giannini, “Rapporto...”, cit. pág. 117.

¹⁰³⁴ Lei alterada pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro, que aprovou a Lei do Orçamento de Estado para 2013 (LOE 2013).

las recentes reformas do emprego público mencionadas, podendo contribuir para a revitalização deste. Este pretende avaliar, designadamente, da eficácia e da eficiência dos serviços, dirigentes e trabalhadores, através da fixação prévia de objectivos¹⁰³⁵ e da posterior avaliação dos resultados. Como, aliás, decorre da exposição dos motivos da Proposta de Lei n.º 157/X, de 19 de Julho de 2007 (lei da avaliação de desempenho) este “sistema assenta numa concepção de gestão dos serviços públicos centrada em objectivos. Daí que na avaliação dos serviços, dos dirigentes e demais trabalhadores assumam um papel central os resultados obtidos face aos objectivos previamente fixados, designadamente *objectivos de eficácia, eficiência e qualidade*” (itálico nosso).

Demonstrando a importância do *princípio da eficácia e da eficiência* no âmbito deste sistema de avaliação de desempenho, referem, desde logo, as alíneas e) e f) do artigo 5.º, da lei citada, que o SIADAP subordina-se entre outros aos *princípios*: da “*Eficácia*, orientando a gestão e a acção dos serviços, dos dirigentes e dos trabalhadores para a obtenção dos resultados previstos”; e da “*Eficiência*, relacionando os bens produzidos e os serviços prestados com a melhor utilização de recursos” (itálicos nossos).

Em várias outras disposições legais ao longo de toda a Lei n.º 66-B/2007 se podem encontrar referências quer à *eficácia* quer à *eficiência*, tanto inseridas no subsistema de avaliação dos serviços (SIADAP 1), como no subsistema da avaliação dos dirigentes (SIADAP 2), ou, como no subsistema da avaliação dos trabalhadores (SIADAP 3). Vejamos, em concreto, em cada um destes tipos de SIADAP, algumas destas referências.

Desde logo, no que respeita à *avaliação dos serviços*, no SIADAP 1, refere a alínea a) e b), do n.º 1 do artigo 11.º, da lei citada, que esta avaliação se realiza entre outros *parâmetros* com base em: “«*Objectivos de eficácia*», entendida como medida em que um serviço atinge os seus objectivos e obtém ou ultrapassa os resultados esperados”; e “«*Objectivos de eficiência*», enquanto relação entre os bens produzidos e serviços prestados e os recursos utilizados (itálicos nossos)”.

Já no que concerne à *avaliação do desempenho dos dirigentes superiores*, no SIADAP 2, também a alínea a) do n.º 1 do artigo 30.º da Lei n.º

¹⁰³⁵ No entanto, nem sempre se recorre somente a objectivos para realizar esta avaliação. Pois, tanto a avaliação de desempenho dos dirigentes como dos trabalhadores é feita não só através da fixação de objectivos, mas também através do parâmetro “Competências”, nos termos dos artigos 30.º, 35.º, e 45.º do SIADAP. Só a avaliação dos serviços é feita com base no parâmetro “Objectivos” (embora assente em diferentes objectivos), nos termos do artigo 11.º do mesmo diploma legal.

66-B/2007, refere que esta avaliação se efectua com base em *parâmetros* como: “«Grau de cumprimento dos compromissos» constantes das respectivas cartas de missão, tendo por base os indicadores de medida fixados para a avaliação dos resultados obtidos em *objectivos de eficácia, eficiência* e qualidade nelas assumidos e na gestão dos recursos humanos, financeiros e materiais afectos ao serviço” (itálicos nossos).

Por último, no que respeita à avaliação dos trabalhadores, no SIADAP 3, o artigo 46.º da lei citada, reporta-se a um dos parâmetros de avaliação dos trabalhadores: os *Resultados*.¹⁰³⁶ Quanto a este parâmetro a avaliação dos trabalhadores, os *Resultados* dependem da verificação do grau de cumprimento dos *objectivos* previamente definidos. Contam-se, designadamente, entre esses *objectivos*, nos termos do n.º 2 do artigo 46.º, os de: “[d]e produção de bens e actos ou prestação de serviços, visando a *eficácia* na satisfação dos utilizadores”; e, “[d]e *eficiência*, no sentido da simplificação e racionalização de prazos e procedimentos de gestão processual e na diminuição de custos de funcionamento.”

Creemos que do exposto *supra*, se pode afirmar a importância quer do princípio da eficácia, quer do princípio da eficiência, no âmbito da avaliação de desempenho por *objectivos*, em particular (para o que nos interessa aqui) no âmbito da avaliação de desempenho dos trabalhadores da Administração Pública. Assim, a afirmação destes princípios no seio do princípio do mérito do emprego público parece-nos ser um dos resultados da reforma gestonária do emprego público mencionada. Pelo que, neste contexto e pelas razões *supra* expostas, cremos que este *princípio do mérito*, no que concerne ao mérito na avaliação de desempenho, além do *sentido tradicional e amplo* que lhe é reconhecido, passa abarcar, mais dois novos subprincípios: e o *princípio da eficácia*, e o *princípio da eficiência*¹⁰³⁷⁻¹⁰³⁸. Deste modo, entendemos que se reafir-

¹⁰³⁶ O outro dos parâmetros de avaliação dos trabalhadores é, nos termos do artigo 45.º do SIADAP, o parâmetro “Competências” – que visam avaliar os conhecimentos, capacidades técnicas e comportamentais adequadas ao exercício de uma função.

¹⁰³⁷ De notar que já se falava em *eficácia* no Decreto-Regulamentar n.º 44-A/83, de 1 de Junho, o qual revia o regime de classificação de serviço na função pública. Referindo na alínea b) do seu artigo 3.º que *a classificação de serviço visa “[a] valorização individual e a melhoria da eficácia profissional, permitindo a cada funcionário e agente conhecer o juízo que os seus superiores hierárquicos formulam quanto ao desempenho das suas funções”*. Mas aqui a eficácia apresentava-se como uma das finalidades da classificação (avaliação) e não como um objectivo pré-definido a atingir pelo trabalhador.

¹⁰³⁸ Para mais desenvolvimentos sobre estes dois princípios, *vide* Luciano Parejo Alfonso, “La eficácia...”, *cit.*, pág. 15 e sgs.

ma a importância de atentar-se em geral no mérito dos trabalhadores (em sentido clássico e amplo), mas passa também, claramente, a esperar-se, e a avaliar-se, um exercício eficaz e eficiente das suas funções.

8. Conclusões preliminares

Os ventos da *privatização do emprego público*, pelo menos desde a última década do século passado, também chegaram a Portugal. Este fenómeno da *privatização do emprego público*, no sentido por nós adoptado para efeitos de investigação, enquanto substituição do *estatuto da função pública*, por formas e disciplinas jurídicas de direito privado, é evidente nos dois primeiros níveis apontados *supra*: seja no recurso sistemático a vínculos precários pela Administração para assegurar funções próprias e permanentes desta; seja no recurso a formas de organização jurídico-privadas, e correspondente pessoal, para o desempenho de funções públicas. Não obstante, se nestes dois níveis não há dúvidas que tem vindo a ocorrer uma verdadeira fuga ao tradicional *estatuto da função pública* para disciplinas jurídico-privadas, já quando ao terceiro nível mencionado, dentro das fronteiras orgânicas tradicionais da Administração, não obstante a evidente aproximação do regime público ao regime privado, que teve lugar com as recentes reformas do emprego público, coloca-se a questão de saber se perante os dados juspositivos vigentes, *maxime* perante a LTFP, se o regime laboral privado já se terá substituído o regime de direito administrativo enquanto regime disciplinador da relação jurídica de emprego público, ou se, pelo contrário, a relação de emprego público ainda será disciplinada pelo direito administrativo ou, pelo menos, se ainda subsistem dimensões estatutárias no regime do emprego público (pretendemos dar resposta a esta questão no último capítulo, da *Parte II*, desta dissertação).

Contudo, adiante-se, que por detrás deste fenómeno da *privatização do emprego público*, o qual, ao que parece, muito tem vindo a encantar o legislador ordinário nacional, estão, segundo cremos, mais do que decisões jurídico-legislativas, acima de tudo opções políticas. Opções estas que têm vindo a seguir uma *moda* ou *febre*, sobretudo, europeia da *privatização do emprego público*, tal como, *v.g.*, a do ordenamento jurídico italiano. Contudo, não existe comprovação de que o

recurso ao direito laboral comum seja o meio mais adequado para se conseguir restituir a eficiência e eficácia ao emprego público.

Assim, pela nossa banda, entendemos que a solução para os problemas do emprego público pode ainda ser encontrada dentro de um modelo estatutário, desde que ele sofra algumas adaptações que lhe permita restituir a eficiência e eficácia ao emprego público, correspondendo estes princípios a “dois mitos actuais” da Administração Pública.

Antes de passarmos em concreto à defesa desse modelo estatutário como regime da *função pública*, impõe-se analisar a evolução que as modalidades do emprego público, bem como o seu regime, sofreram com a mencionada grande reforma do emprego público, será o que pretendemos fazer no capítulo seguinte.

CAPÍTULO IV

EVOLUÇÃO DOS VÍNCULOS NA RELAÇÃO JURÍDICA DE EMPREGO PÚBLICO

1. Conceito de “vinculação” dos trabalhadores em funções públicas

A grande reforma do emprego público, mencionada no capítulo anterior, levou a importantes mudanças no regime, bem como nas modalidades de constituição, da relação de emprego público, o que veio contribuir para a aproximação do regime do emprego público ao emprego privado. Restando saber, se perante a lei ordinária em vigor, dentro das tradicionais fronteiras orgânicas da Administração, ocorreu verdadeiramente uma *privatização do emprego público*, no sentido por nós adoptado para efeitos de investigação, ou seja, no sentido de saber se o regime laboral comum já substituiu o direito administrativo enquanto regime disciplinador da relação jurídica de emprego público. Antes de tentarmos dar resposta a esta última questão, o que faremos

infra no capítulo seguinte, impõe-se que primeiramente se faça uma análise da evolução que os vínculos da relação de emprego público sofreram com aquela reforma.

Deste modo, a política relativa aos modelos de vinculação para o exercício de funções públicas sofreu nos últimos anos uma reorganização global. A alteração mais profunda foi introduzida na reforma de 2008/2009, pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, que estabeleceu o novo regime de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores em funções públicas, ao vir generalizar como modalidade preferencial o vínculo do contrato de trabalho em funções públicas¹⁰³⁹. O novo modelo de vinculação foi posteriormente reiterado pela Lei n.º 35/2014.

Contudo, a expressão de *vinculação* pode considerar-se como inovatória, não tendo precedentes no âmbito do emprego público antes da LVCR. Como não foi apresentada nenhuma noção, nem na Lei n.º 12-A/2008 nem na sua sucessora Lei n.º 35/2014, do que se pretende significar por *vinculação*, vamos recorrer a uma noção avançada por Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar. Assim, nas palavras destes autores, vinculação “representa as diversas espécies de relações jurídicas que a Administração Pública pode estabelecer com trabalhadores e demais indivíduos com vista ao exercício de funções públicas perspectivadas organicamente”¹⁰⁴⁰. Esta noção vai ao encontro do critério utilizado para qualificar as funções públicas mencionadas no n.º 1, do artigo 6.º da LTFP. Apresentando-se este como um critério orgânico e já não material. Assim sendo, o regime da vinculação abrange todos aqueles que exercem funções de qualquer tipo para os órgãos e serviços que integram a Administração Pública (mencionados no artigo 3.º da LVCR)¹⁰⁴¹. Pois, o n.º 1, do artigo 6.º da LTFP refere que: “[o] trabalho em funções públicas pode ser prestado mediante vínculo de emprego público ou contrato de prestação de serviço, nos termos da presente lei”. Deste modo, este regime de vinculação previsto na Lei n.º 35/2014, à semelhança do que acontecia na Lei n.º 12-A/2008, abarca no mesmo diploma, não só os vínculos de emprego público estabelecidas entre as

¹⁰³⁹ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 2.ª Edição Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 316.

¹⁰⁴⁰ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 1.º, pág. 10.

¹⁰⁴¹ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 1.º, pág. 10.

peças singulares e a Administração – nas modalidades de nomeação, contrato de trabalho em funções públicas e comissão de serviço (n.º 3, do artigo 6.º, da lei citada) –, mas também as relações de prestação de serviços que as pessoas singulares ou colectivas estabeleçam com a Administração Pública – nas modalidades de avença, e de contrato de tarefa (artigo 10.º da LTFP)¹⁰⁴².

No entanto, neste estudo pretendemos somente desenvolver os vínculos da relação jurídica de emprego público, pelo que iremos centrar-nos apenas na relação jurídica de emprego público. Ora, antes de passarmos à análise dos vínculos da relação de emprego público, bem como da sua evolução, vamos começar por dar conta dos elementos que compõem a relação jurídica de emprego público. De acordo com n.º 2 do artigo 6.º, da LTFP, 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”. Do exposto podem extrair-se como elementos constitutivos da relação jurídica de emprego público: o *trabalhador*; o *empregador público*; a *prestação de trabalho subordinado* como o objecto, o *carácter de continuidade*, e a correspondente *contrapartida remuneratória*¹⁰⁴³.

¹⁰⁴² É a segunda das modalidades de vinculação previstas na LCVR, não dá origem a uma relação jurídica de emprego público, mas apenas uma relação jurídica cujo traço caracterizante é a inexistência de subordinação jurídica (cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 35.º, pág. 106). Não constitui, pois, uma relação de emprego público, pelo que já defendemos neste ensaio, no *Capítulo I da Parte I*, que este contrato não deveria estar previsto no âmbito deste diploma legal mas sim no Código dos Contratos Públicos (CCP). Determinado o n.º 1, do artigo 10.º que o “[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 respectiva disciplina e direcção, nem horário de trabalho”. Pode assumir as modalidades de contrato de avença e de tarefa, nos termos do n.º 2, do artigo 10.º da LTFP. Sendo que o contrato de tarefa tem por objeto a execução de trabalhos específicos, de natureza excepcional, não podendo exceder o termo do prazo contratual inicialmente estabelecido (cfr. alínea a) do n.º 2 do artigo 10 da LTFP). Por sua vez, 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 indemnização (cfr. alínea b) do n.º 2 do artigo 10.º da LTFP). No entanto, uma vez que o objecto da presente dissertação se relaciona directamente com os vínculos na relação de emprego público, e não as vários regimes de vinculação previstos na Lei n.º 35/2014, pelo que não desenvolvemos esta matéria dos contratos de prestação de serviços.

¹⁰⁴³ Neste sentido, Ana Fernanda Neves, “O Direito da...”, cit., pág. 431.

Quanto ao trabalhador na relação jurídica de emprego público diga-se que este corresponde à pessoa singular que se obriga perante um empregador público a realizar, por tempo indeterminado ou durante um certo período de tempo, pessoalmente, uma dada actividade, sob a direcção e autoridade de um ou alguns dos seus órgãos ou serviços, mediante determinada contrapartida remuneratória e prestações sociais. Não sendo, pois, um trabalhador independente, pois encontra-se sujeito à autotutela laboral disciplinar do empregador público¹⁰⁴⁴.

A relação jurídica de emprego público estabelece-se entre um indivíduo (trabalhador) e uma entidade empregadora pública¹⁰⁴⁵. Aquele presta o seu trabalho sob autoridade, direcção e disciplina desta.

O legislador não deixou de identificar a realidade do empregador público para efeitos de contraparte numa relação jurídica, ou melhor, numa situação jurídica que pressupõe sujeições e poderes¹⁰⁴⁶. Em geral, a entidade empregadora pública é a Administração Pública. Ainda que o legislador não se refira directamente ao conceito de empregador público, aquando da delimitação do âmbito de aplicação objectivo da LTFP (cfr. artigo 1.º)¹⁰⁴⁷, podem ser identificados como

¹⁰⁴⁴ Ana Fernanda Neves, “O Direito da...”, cit., pág. 475.

¹⁰⁴⁵ Para mais desenvolvimentos sobre o empregador público, vide Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 95 e seguintes.

¹⁰⁴⁶ Neste sentido, Ana Fernanda Neves, “O Direito da...”, cit., pág. 432.

¹⁰⁴⁷ Assim, quanto ao âmbito de aplicação da LTFP dispõe o seu artigo 1.º que: “1 - A presente lei regula o vínculo de trabalho em funções públicas. 2 - 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 administração autárquica. 3 - A presente lei é também aplicável, com as adaptações impostas pela observância das correspondentes competências, aos órgãos e serviços de apoio do Presidente da República, dos tribunais e do Ministério Público e respetivos órgãos de gestão e outros órgãos independentes. 4 - Sem prejuízo de regimes especiais e com as adaptações impostas pela observância das correspondentes competências, a presente lei é ainda aplicável aos órgãos e serviços de apoio à Assembleia da República. 5 - A aplicação da presente lei aos serviços periféricos externos do Ministério dos Negócios Estrangeiros, relativamente aos trabalhadores recrutados para neles exercerem funções, incluindo os trabalhadores das residências oficiais do Estado, não prejudica a vigência: a) Das normas e princípios de direito internacional que disponham em contrário; b) Das normas imperativas de ordem pública local; c) Dos instrumentos e normativos especiais previstos em diploma próprio. 6 - A presente lei 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”.

Aproveitamos o ensejo para dar conta da exclusão do âmbito de aplicação da mesma lei. Assim, nos termos do artigo 2.º da LTFP: “1 - A presente lei não é aplicável a: a) Gabinetes de apoio dos membros do Governo e dos titulares dos órgãos referidos nos n.ºs 2 a 4 do artigo anterior; b) Entidades públicas empresariais; c) Entidades administrativas independentes com funções

empregadores públicos — a Administração Directa do Estado; a Administração Indirecta do Estado; os órgãos de governo próprio e os serviços das administrações regionais e autárquicas; os órgãos e serviços de apoio de alguns órgãos de soberania (Presidente da República, da Assembleia da República, dos tribunais e do Ministério Público) e outros órgãos independentes (*v.g.*, Provedor de Justiça, Comissão de Acesso a Documentos Administrativos); e, ainda os órgãos e serviços de apoio à Assembleia da República.

O objecto da relação jurídica de emprego público é a prestação de trabalho subordinado. Ou seja, trata-se de uma relação em que um dos sujeitos (trabalhador) presta o seu trabalho sob autoridade, direcção e disciplina de outro (empregador público). Por ausência de subordinação jurídica, estão excluídos os contratos de prestação de serviços¹⁰⁴⁸ — apesar de se encontrarem regulamentados na LTFP (artigo 10.º) —; os acordos de actividade ocupacional e os contratos de formação profissional¹⁰⁴⁹.

de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo e Banco de Portugal. 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.

¹⁰⁴⁸ Nos contratos de prestação de serviços, uma das partes obriga-se para com a outra a prestar de forma autónoma um serviço, o resultado de actividade da qual tem o domínio, sendo esta determinada pelo resultado contratualmente fixado. Pelo serviço prestado há lugar ao pagamento de uma quantia monetária certa, e não, como é típico da relação jurídica de emprego, de retribuição, de suplementos remuneratórios, ditados por particularidades da prestação de trabalho, de subsídio de refeição e de subsídios de férias e de Natal, *cfr.* Ana Fernanda Neves, “O Direito da...”, *cit.*, pág. 434-435. O traço distintivo da prestação de serviços relativamente aos vínculos de emprego público reside, precisamente, na ausência de subordinação jurídica (não sujeição à disciplina e direcção da entidade pública), sendo prestado com autonomia e sem cumprimento de um horário de trabalho, *cfr.* Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, *cit.*, pág. 363, nota n.º 278.

¹⁰⁴⁹ Os acordos de actividade ocupacional e os contratos de formação profissional inscrevem-se dentro da denominada “política activa de emprego” (*cfr.* Manuel Carlos Palomeque López, “Antonomía política y diversidad jurídica en la regulación de trabajo (a propósito de la organización territorial del Estado en España)”, in *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra: 1999/2000, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pág. 207), traduzida na colocação de

A relação jurídica de emprego envolve a prestação de uma actividade com carácter de continuidade, o que exclui a realização de uma tarefa ou funções públicas determinadas, temporalmente circunscritas, sem qualquer relação de dependência, como, *v.g.*, as de membro de mesa eleitoral, de grupo de trabalho, ou de jurado¹⁰⁵⁰.

A remuneração surge como contrapartida económica pela prestação efectiva de serviço por parte do trabalhador à respectiva entidade empregadora pública.

Uma vez, enunciados os elementos constitutivos da relação de emprego público, iremos, em seguida, proceder a uma análise da evolução das modalidades de constituição da relação de emprego público.

A relação de emprego público pode hodiernamente ser constituída, de acordo com a lei ordinária vigente, por *contrato de trabalho em funções públicas*, por *nomeação* ou por *comissão de serviço* (cfr. n.º 3 do artigo 6.º da LTFP). Contudo, nem sempre foram estas as modalidades de constituição da relação de emprego público em Portugal. A análise da evolução destas modalidades será feita em três momentos. Efectivamente, devido às significativas alterações legislativas introduzidas na disciplina do emprego público, sobretudo pela reforma de 2008/2009 e pela reforma de 2014, através da aprovação de verdadeiros marcos legislativos, torna-se possível divisar três grandes momentos: o *primeiro*, até à entrada em vigor em pleno da LVCR, ou seja, até 1 de Janeiro de 2009; o *segundo*, depois de 1 de Janeiro de 2009, durante a vigência da LVCR e do RCTFP; e um *terceiro*, a partir da entrada em vigor da LTFP até ao presente.¹⁰⁵¹ Será em cada um destes três momentos que nos vamos centrar em seguida para analisar a referida evolução.

trabalhadores, no fomento do emprego e na formação profissional, como estímulo à “contratação laboral”, ao estabelecimento de futuras relações de trabalho, subordinado ou autónomo, embora não configurem verdadeiras relações de emprego mas sim de ocupação (cfr. Ana Fernanda Neves, “O Direito da...”, cit., pág. 436-437).

¹⁰⁵⁰ Ana Fernanda Neves, “O Direito da...”, cit., pág. 438-439.

¹⁰⁵¹ Neste ponto seguiremos uma sistematização próxima da por nós adoptada aquando dos contributos na revisão do texto da 4.ª edição do capítulo: “O Pessoal da Administração Pública e a Relação Jurídica de Emprego Público” do Manual de Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 344-354.

2. Enquadramento legislativo da relação jurídica de emprego na Administração Pública anterior a 2009

O regime jurídico a que se encontravam submetidos todos os que mantinham com a Administração Pública uma relação jurídica de emprego até 2009 era enquadrado, essencialmente, pelos Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, que estabelecia os princípios gerais em matéria de emprego público, e o Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, que definia o regime da constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na Administração Pública, os quais estabeleciam os tipos de modalidades de constituição da relação de emprego (por tempo indeterminado ou temporário) com a Administração Pública e a sua regulamentação. Mais tarde completados pela Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que veio definir o regime jurídico do contrato individual de trabalho da Administração Pública. Pretendia-se com a expressa previsão do contrato individual de trabalho no seio das relações de emprego estabelecidas com a Administração Pública a flexibilização da gestão de pessoal¹⁰⁵².

Da conjugação destes diplomas legais poderia concluir-se que a relação jurídica de emprego na Administração Pública, até 2009, constituía-se com base na *nomeação*, ou em *contrato de pessoal*, de acordo com o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro. Este contrato de pessoal poderia assumir a modalidade de *contrato administrativo de provimento* ou de *contrato de trabalho em qualquer uma das suas modalidades*¹⁰⁵³. Sendo que o artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, proibia a constituição a constituição de outras relações de emprego com carácter de subordinação na Administração Pública.

Quanto ao regime constante do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, o Tribunal Constitucional firmou em diversos acórdãos, em especial no Acórdão n.º 36/96, de 17 de Janeiro e no Acórdão n.º 129/99, de 3 de Março, a seguinte linha interpretativa: os princípios fundamentais do regime de constituição, modificação e extinção da relação jurídica de empre-

¹⁰⁵² Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 344.

¹⁰⁵³ De acordo com o disposto nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 7.º, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, alínea b) do n.º 1 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, segundo redacção que lhes foi conferida pelos artigos 28.º e 29.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.

go público na Administração Pública são definidos pelo Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho e pelo Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, que se configuram em conjunto, como bem ensina Licínio Lopes, como uma *verdadeira lei-quadro* do “regime e âmbito da função pública”, abrangendo a disciplina básica neles estabelecida grande parte da Administração – mesmo descentralizada – integrada pelos institutos públicos, nas modalidades de serviços personalizados do Estado e de fundações pública (n.º 1, artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho)¹⁰⁵⁴.

Existia ainda um conjunto de outros diplomas legais que integravam o regime jurídico da Função Pública, como o Decreto-Lei n.º 248/85, de 15 de Julho, que reestrutura as carreiras da função pública, o Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Junho, que regulava o concurso como forma de recrutamento e selecção de pessoal para os quadros da Administração Pública; bem como o Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, que estabelecia regras sobre o estatuto remuneratório dos funcionários e agentes da Administração Pública e a estrutura das remunerações base das carreiras e categorias nele contempladas; também o Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de Março, que estabelecia o regime de férias, faltas e licenças dos funcionários e agentes da administração central, regional e local, incluindo os institutos públicos que revistam a natureza de serviços personalizados ou de fundos públicos; e o Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro, que aprovava o Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local.

À data as carreiras¹⁰⁵⁵ dos funcionários poderiam ser de três espécies, nos termos do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 248/85, de 15 de Julho: i) *verticais*, quando integram categorias com o mesmo conteúdo funcional, diferenciadas em exigências, complexidade e responsabilidade; ii) *horizontais*, quando integram categorias com o mesmo conteú-

¹⁰⁵⁴ Licínio Lopes Martins, “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 – Perspetiva Ibérica no Contexto Pós-crise*, José Carlos Vieira da Andrade e Suzana Tavares da Silva (Coord.), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, pág. 242.

¹⁰⁵⁵ A *carreira* era definida no n.º 1, do artigo 4.º, do Decreto-lei n.º 248/85, como o “...o conjunto hierarquizado de categorias às quais correspondem funções da mesma natureza a que os funcionários terão acesso de acordo com a antiguidade e mérito evidenciado no desempenho profissional”.

do funcional cuja mudança de categoria corresponde apenas à maior eficiência na execução das respectivas tarefas; ou, iii) *mistas*, quando combinam características das carreiras verticais e das horizontais. As carreiras podiam, ainda ser classificadas segundo o tipo de dotação, com dotação global e com dotação por categoria, sendo, respectivamente, quando o número de lugares não estivesse determinado por categoria mas por (ou ao nível da) carreira (carreira com dotação global), e quando exista uma limitação de lugares por categoria, estando, portanto, previamente determinado o concreto número de lugares existentes em cada categoria (carreira com dotação por categoria)¹⁰⁵⁶.

A importância prática desta diferenciação fazia-se sentir no quotidiano dos funcionários, uma vez que o período de tempo necessário à mudança de escalão e, por consequência, no índice pelo qual os funcionários auferem a sua remuneração, era diferente consoante se estivesse na presença de uma carreira vertical, em que a mudança ocorria no final de três anos, ou de uma carreira horizontal no qual eram exigidos quatro anos (cfr. alíneas a) e b), do n.º 2, do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro). De igual modo, enquanto nas carreiras verticais o acesso às categorias¹⁰⁵⁷ imediatamente superiores da carreira fazia-se por promoção, e pressuponha a realização de um concurso, nas carreiras horizontais o acesso fazia-se por progressão e não carecia de concurso (cfr. artigo 27.º da Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho)¹⁰⁵⁸.

Quanto ao ingresso na função pública, no regime clássico da *função pública* existia um procedimento de selecção prévio à nomeação, comumente designado *concurso*, dando cumprimento ao n.º 2 artigo 47.º da CRP, nos termos previstos no Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho. Nos termos deste diploma, em termos abreviados, os concursos eram classificados, quanto à origem dos candidatos, como concursos externos ou internos, consoante eram abertos a todos os

¹⁰⁵⁶ António Barbosa de Melo, Pedro Costa Gonçalves, e Licínio Lopes Martins, *Os Recursos Humanos nas Autarquias Locais e o Novo Regime do Emprego Público*, CEDOUA, Almeida, 2008, pág. 29.

¹⁰⁵⁷ A noção de *categoria* constava do n.º 2 do artigo 4.º, do Decreto-Lei n.º 248/85, considerando-se como tal “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”.

¹⁰⁵⁸ Paulo Veiga e Moura, *Função Pública*, cit., pág. 70; e António Barbosa de Melo, Pedro Costa Gonçalves, e Licínio Lopes Martins, *Os Recursos Humanos nas Autarquias Locais e o Novo Regime do Emprego Público*, cit., pág. 29-30.

indivíduos ou apenas abertos a funcionários (cfr. n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 204/98). Quanto à natureza das vagas, o concurso é de *ingresso* quando vise o preenchimento de lugares da categoria de base e é de *acesso* se visa o preenchimento de lugares das categorias intermédias e de topo das respectivas carreiras; no primeiro caso estávamos perante um concurso de *ingresso na função pública*, no segundo caso de *acesso na carreira* (cfr. n.º 2 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 204/98). Contudo, após a entrada em vigor da Lei n.º 23/2004, que veio generalizar o contrato individual de trabalho na Administração Pública, ao lado daquele procedimento concursal para nomeados, surge um outro, precisamente, o procedimento de selecção dirigido à celebração do contrato do contrato individual de trabalho por tempo indeterminado. Com efeito, por força do n.º 2 do artigo 47.º da CRP, impõe-se a existência de um processo justo e adequado de selecção e recrutamento prévio à celebração daquele contrato. Foi o que o legislador pretendeu fazer estabelecendo no artigo 5.º da Lei n.º 23/2004, um conjunto de regras e princípios destinados a garantir um procedimento de recrutamento e selecção de pessoal público e aberto a todos os candidatos interessados para celebração de contrato de trabalho por tempo indeterminado¹⁰⁵⁹.

Quanto às causas de extinção da relação de emprego dos funcionários, em nome da estabilidade do emprego público, existia um *numerus clausus* previstos na lei, este vínculo só poderia cessar: por morte, por aplicação de pena disciplinar expulsiva, por aposentação, por mútuo acordo e por exoneração, nos termos do artigos 28.º e 29.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro¹⁰⁶⁰. Todas estas causas, como se pode observar, constituíam causas subjectivas de cessação do vínculo, de onde se poderá concluir que até 2009 a relação jurídica de emprego dos funcionários não cessava por motivos objectivos por iniciativa da entidade empregadora pública, sem culpa daqueles. Em situação diversa se encontravam os titulados por contrato individual

¹⁰⁵⁹ Cfr., também para mais desenvolvimentos sobre estes procedimentos de constituição da relação de emprego público até 2009, vide António Barbosa de Melo, Pedro Costa Gonçalves, e Licínio Lopes Martins, *Os Recursos Humanos nas Autarquias Locais e o Novo Regime do Emprego Público*, cit., pág. 32-35.

¹⁰⁶⁰ Cfr., também para mais desenvolvimentos sobre as causas de cessação da relação de emprego público até 2009, vide Paulo Veiga e Moura, *Função Pública*, cit., pág. 455-464.

de trabalho ao abrigo da Lei n.º 23/2004, que podiam ver cessar a sua relação de emprego por causas objectivas.

2.1. Modalidades de constituição da relação de emprego na Administração antes de 2009

Como vimos, a relação jurídica de emprego na Administração Pública, até 2009, constituía-se com base na *nomeação*, ou em *contrato de pessoal*, de acordo com artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 427/89. Por sua vez, o contrato de pessoal podia assumir as modalidades de *contrato administrativo de provimento*; ou de *contrato de trabalho em qualquer uma das suas modalidades*: por tempo indeterminado, a *termo resolutivo certo*, ou a *termo resolutivo incerto*.

A *nomeação* e o *contrato administrativo de provimento* apresentavam-se como formas jurídico-públicas de constituição da relação de emprego com a Administração Pública, enquanto as restantes modalidades contratuais que se constituíam como formas jurídico-privatísticas de constituição deste tipo de relações¹⁰⁶¹. Ou dito de outro modo, apenas aquelas duas primeiras modalidades – a *nomeação* e o *contrato administrativo de provimento* – originavam uma relação disciplinada pelo direito administrativo (enquadrável apenas num sentido estrito do conceito de emprego público próximo do por nós apresentada no *Capítulo I*, da *Parte I* desta dissertação), enquanto as restantes modalidades de contrato de trabalho celebrados com a Administração – por tempo indeterminado e a *termo resolutivo* – apenas davam origem a uma relação de emprego disciplinada pelo direito laboral privado, ainda que com algumas especificidades constantes da Lei n.º 23/2004¹⁰⁶², (quando muito, apenas possível de enquadrar numa noção mais ampla de emprego público tal como a que defendemos no mesmo *Capítulo I* da *Parte I*). Tanto mais que o texto do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 427/89, que definia as modalidades de constituição do emprego com a Administração, omitia a referência à relação jurídica de emprego público, sendo este um artigo que pretendia definir todas as formas de constituição de relações jurídicas de emprego com a Administração, quer sejam públicas quer privadas – a parecer quer corroborar este

¹⁰⁶¹ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 345.

¹⁰⁶² Cfr. n.º 3, do artigo 14.º, do Decreto-Lei n.º 427/89, na redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 23/2004.

entendimento, o n.º 1 do artigo 43.º, do mesmo diploma, vedava à Administração Pública a constituição de outras relações de emprego subordinado diferentes das previstas neste diploma.¹⁰⁶³

2.1.1. A nomeação

A nomeação segundo Marcello Caetano corresponde ao “*acto administrativo que provê um indivíduo na qualidade de agente mas ficando a investidura nas funções dependente de posterior aceitação do nomeado*”¹⁰⁶⁴.

No que respeita à nomeação, o legislador, no Decreto-Lei n.º 427/89, definia-a como “um acto unilateral da Administração pelo qual se preenche um lugar do quadro e se visa assegurar, de modo profissionalizado, o exercício de funções próprias do serviço público que revistam carácter de permanência” (n.º 1, do artigo 4.º).

Configurando-se, pois, a nomeação, de acordo com a generalidade da doutrina¹⁰⁶⁵, como um acto administrativo através do qual a Administração definia de “modo autoritário uma dada situação jurídica”¹⁰⁶⁶, designando um interessado para preencher um lugar do quadro, na sequência de um *procedimento concursal* (externo, se aberto a todos os indivíduos, ou interno, se apenas reservado àqueles que já detinham a qualidade de *funcionário* ou *agente*, nos termos do artigo 6.º, do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Junho)¹⁰⁶⁷. A eficácia da nomeação dependia da aceitação do nomeado¹⁰⁶⁸, pelo que só posteriormente

¹⁰⁶³ Também Paulo Veiga e Moura defendendo de que apenas a nomeação e o contrato administrativo de provimento davam origem a uma relação de emprego público, enquanto o contrato individual de trabalho e o contrato de trabalho a termo davam origem a uma relação de emprego privada. Cfr. Paulo Veiga e Moura, *Função Pública*, cit., pág. 47 a 58, e Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 228.

¹⁰⁶⁴ Marcello Caetano, *Manual*, Vol. II, cit., pág. 655.

¹⁰⁶⁵ Designadamente, Marcello Caetano, *Manual*, Vol. II, cit., pág. 655; e Paulo Veiga e Moura, *Função Pública*, cit., pág. 185-190.

¹⁰⁶⁶ Carlos Alberto Fernandes Cadilha, “Aceitação da nomeação versus aceitação do acto administrativo – Acórdão do Tribunal Central Administrativo (1.ª Secção), de 7.3.2002, P. 10 554”, in *Cadernos da Justiça Administrativa*, n.º 37, Janeiro/Fevereiro de 2003, pág. 44.

¹⁰⁶⁷ Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho”, cit., pág. 285-286; e Carlos Cadilha, “Aceitação da nomeação”, cit., pág. 44.

¹⁰⁶⁸ Cfr. n.º 4, do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 427/89, e n.º 1, do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 184/89.

a este momento este ficava “investido no conjunto de direitos e deveres inerentes ao lugar”¹⁰⁶⁹. A nomeação confere ao nomeado a qualidade de funcionário público (nos termos do n.º 5, do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 427/89).

Refere Cláudia Viana que o conceito de funcionário incluía três notas características: a permanência, que se traduz na ocupação de um lugar do quadro; a profissionalidade, que implica uma ideia de continuidade ao serviço e sujeição a certas restrições; e a subordinação a um estatuto jurídico particular¹⁰⁷⁰.

Deste estatuto singular, que era composto por um conjunto de direitos e deveres prévia e unilateralmente definidos, destacava-se a estabilidade da relação jurídica, enquanto, aquilo que a autora citada chama de “pedra de toque” da relação do funcionário com a Administração Pública¹⁰⁷¹. Uma relação jurídica tradicionalmente tida ou tomada como vitalícia. Gozava assim, nas palavras de Ana Fernanda Neves, de uma “indeterminabilidade segura”¹⁰⁷². Com efeito a nomeação apenas poderia cessar nos casos expressamente previstos na lei, ou seja, as causas extintivas da nomeação eram taxativas, e, eram elas muito poucas, tudo em nome da estabilidade deste tipo de relação jurídica¹⁰⁷³. Ora, as causas extintivas da nomeação eram, de acordo com os artigos 28.º e 29.º, do Decreto-Lei n.º 427/89: a morte; a aposentação; a aplicação de pena expulsiva¹⁰⁷⁴; o mútuo acordo; o pedido de exoneração do funcionário; e se durante o período probatório, o funcionário não relevar aptidão para o exercício das funções para cujo exercício foi admitido, pode ser exonerado a todo o tempo. Já a supressão de empregos, de postos de trabalho e de lugares já não era causa extintiva da relação de trabalho titulada por nomeação¹⁰⁷⁵.

No entanto, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 233/97,

¹⁰⁶⁹ Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, cit., pág. 376.

¹⁰⁷⁰ Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho”, cit., pág. 286.

¹⁰⁷¹ Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho”, cit., pág. 286.

¹⁰⁷² Ana Fernanda Neves, “O contrato de trabalho na Administração Pública”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Volume I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, pág. 110.

¹⁰⁷³ Paulo Veiga e Moura, *Função Pública*, cit., pág. 455 e sgs.

¹⁰⁷⁴ Cfr. Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro, que estabelecia o estatuto disciplinar dos funcionários e agentes da Administração Central, Regional e Local, foi entretanto revogado pela Lei n.º 58/2009, de 9 de Setembro.

¹⁰⁷⁵ Ana Fernanda Neves, “O contrato de trabalho na Administração”, cit., pág. 111.

refere que embora a relação jurídica de emprego na Administração tenha uma certa vocação para a vitaliciedade não existe, contudo, para quem aceda à *função pública*, uma garantia constitucional de exercer vitaliciamente as respectivas funções. Neste sentido, também, o Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 4/2003, explicita que “*a nossa Constituição não afirma qualquer garantia de vitaliciedade do vínculo laboral da Função Pública. Os trabalhadores da função pública não beneficiam de um direito à segurança do emprego em medida diferente daquela em que tal direito é reconhecido aos trabalhadores em geral*”.

Em sentido contrário posicionou-se Maria Fernanda Palma que defendeu, em voto vencido a este último Acórdão, diferentemente do entendimento nele sustentado, que “*apesar de não existir na Constituição garantia de que o emprego na Função pública seja vitalício (...), não pode deixar de se considerar, na situação em apreço, que há uma tradição de estabilidade firmada ao longo de décadas. Sendo, aliás, segundo a mesma, essa estabilidade “manifestação de uma certa credibilidade do Estado empregador e expressão do bom funcionamento de uma Administração Pública baseada na experiência dos seus funcionários, em contraponto a uma maior instabilidade das empresas privadas que se determinam por solicitações por vezes conjunturais do mercado. Uma tal tradição reflecte um valor de estabilidade do Estado de direito democrático nas sociedades modernas*”.

Ainda no que respeita ao mesmo Acórdão citado, Ana Fernanda Neves invoca-o para sublinhar que o regime legal de cessação do vínculo de nomeação, em termos muito estritos, não decorre nem constitui uma imposição constitucional, e contrapõe a estes argumentos de Maria Fernanda Palma que não existe qualquer convicção de juridicidade da referida tradição de estabilidade, antes sendo objecto de reiterado questionamento, e que a estabilidade invocada é também frequentemente tida como factor de descredibilidade e de um menor empenho dos funcionários públicos¹⁰⁷⁶.

Pode, assim, concluir-se, a que a maior parte da doutrina e da jurisprudência não vinham reconhecendo que os trabalhadores da Administração Pública beneficiem, em termos constitucionais, dum direito à segurança no emprego em medida superior à dos restantes trabalhadores¹⁰⁷⁷.

A nomeação podia assumir duas modalidades – nos termos do

¹⁰⁷⁶ Ana Fernanda Neves, “O contrato de trabalho na Administração”, cit., pág. 111 (e nota n.º 127).

¹⁰⁷⁷ Alda Martins, “A laboralização da função pública”, cit., pág. 179.

artigo 5.º, do Decreto-Lei n.º 427/89 – a mais usual: a *nomeação por tempo indeterminado*, e a menos comum: *nomeação em comissão de serviço*.

Na nomeação por tempo indeterminado designava-se uma pessoa para exercer, de modo profissionalizado e por período temporalmente indeterminado, funções que correspondem à satisfação de necessidades permanentes dos serviços. administração¹⁰⁷⁸, da legalidade¹⁰⁷⁹, da igualdade¹⁰⁸⁰, da proporcionalidade¹⁰⁸¹, da justiça¹⁰⁸², da imparcialida-

¹⁰⁷⁸ O princípio da *constitucionalidade da administração* não é outra coisa “*senão a aplicação, no âmbito administrativo, do princípio geral da constitucionalidade dos actos do Estado (cfr. art. 2.º-2 e 3): todos os poderes e órgãos do Estado (em sentido amplo) estão submetidos às normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição*”. Assim, ele exige que “*a Administração: (a) não viole autonomamente a Constituição; (b) se pautar pelos valores constitucionais no exercício dos poderes discricionários que a lei lhe deixe; (c) interprete e aplique as leis no sentido mais conforme à Constituição*”, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 266.º, pág. 798.

¹⁰⁷⁹ Um princípio tradicional do Estado de Direito é o da subordinação da Administração Pública à lei. Este princípio desdobra-se em duas dimensões, por um lado, “*os actos administrativos, inclusive os normativos (regulamentos), devem conformar-se com as leis, sob pena de ilegalidade*” (princípio da *prevalência da lei* ou *princípio da legalidade negativa*), por outro lado, a “*Administração só pode actuar com base na lei ou mediante autorização da lei*” (princípio da *precedência da lei* ou da *legalidade positiva*). Porém, a “*Administração encontra-se subordinada não apenas à Constituição e à lei, tomada esta em sentido genérico (lei da AR, decretos-leis, decretos-regionais) mas também às demais normas constitucionalmente vigentes na ordem jurídica portuguesa, designadamente as normas de direito internacional e europeu (cfr. art. 8.º)*”. No fundo, “*o princípio da legalidade aponta para um princípio de âmbito mais abrangente: o princípio da juridicidade da administração, pois todo o direito – todas as regras e princípios vigentes na ordem jurídico-constitucional portuguesa – serve de fundamento e é pressuposto da actividade da Administração*”, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 266.º, pág. 798-799.

¹⁰⁸⁰ O *princípio da igualdade* surge, nesta sede, como uma refracção do princípio jurídico geral da igualdade consagrada no artigo 13.º da CRP. Pelo que, a Administração deve tratar de modo igual situações iguais. Este princípio quer ainda significar que a Administração no uso de poderes discricionários deve concretizar as normas “*segundo os mesmos critérios, as mesmas medidas e as mesmas condições a todos os particulares a quem venham a ser aplicadas e se encontrem em situação idêntica*”, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 266.º, pág. 801.

¹⁰⁸¹ De acordo com o *princípio da proporcionalidade* os interesses públicos devem ser prosseguidos “*segundo o princípio da justa medida, adoptando, dentre as medidas necessárias e adequadas para atingir esses fins e prosseguir esses interesses, aquelas que impliquem menos gravames, sacrifícios ou perturbações à posição jurídica dos administrados*”, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 266.º, pág. 801.

¹⁰⁸² De acordo com o *princípio da justiça* a Administração deve pautar a sua actividade por critérios de valor constitucionalmente plasmado, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 266.º, pág. 803.

de¹⁰⁸³ e da boa fé¹⁰⁸⁴. Já quanto a nomeação em comissão de serviço era, por natureza, limitada no tempo. De acordo com o n.º 1, do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 427/89, eram nomeados em comissão de serviço: o pessoal dirigente e equiparado; a todos os funcionários a quem a lei impunha este tipo de nomeação; e a todos aqueles que eram nomeados para lugar de ingresso e já estivessem nomeados definitivamente noutra carreira¹⁰⁸⁵.

Por fim diga-se que, o funcionário preenchia um lugar do quadro de pessoal¹⁰⁸⁶, integrado numa dada carreira (vertical, horizontal ou mista) e numa dada categoria, sendo que o ingresso em qualquer

¹⁰⁸³ O princípio da imparcialidade “*respeita essencialmente às relações entre a Administração e os particulares, podendo circunscrever-se a dois aspectos fundamentais: (a) o primeiro (...) consiste em que, no conflito entre o interesse público e os interesses particulares, a Administração deve proceder com isenção da determinação da prevalência do interesse público, de modo a não sacrificar desnecessária e desproporcionalmente os interesses particulares (imparcialidade na aplicação do princípio da proporcionalidade); (b) o segundo refere-se à actuação da Administração em face dos vários cidadãos, exigindo-se igualdade de tratamento dos interesses dos cidadãos através de um critério uniforme de prossecução do interesse público*”, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 266.º, pág. 802.

¹⁰⁸⁴ A revisão constitucional de 1997 veio aditar aos princípios fundamentais da administração o princípio da boa fé. Ora, a “*expressa menção deste princípio, desenvolvido no direito civil, significa que ele é erigido pela Constituição à categoria de princípio jurídico autónomo de direito público. Mas não é transparente a sua especificidade dentro do âmbito dos princípios vinculativos da Administração*”. *Acontece que também não é líquido se o princípio da boa fé é aqui recortado como princípio autónomo em relação ao princípio da protecção da confiança*”. Mas deve entender-se que “[q]uer através do princípio da boa fé, quer através do princípio da protecção da confiança pretende-se erguer uma medida de «fiabilidade» de «confiança», de «esperança», vinculativa da actuação administrativa”. Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 266.º, pág. 804.

¹⁰⁸⁵ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 235.

¹⁰⁸⁶ Por quadro de pessoal entendia-se “o elenco dos lugares permanentes que são necessários para assegurar a satisfação de necessidades de idêntica natureza de uma pessoa colectiva pública”, cfr. Paulo Veiga e Moura, *Função Pública: regime jurídico*, cit., pág. 60 — também se encontra uma noção de quadro de pessoal semelhante à apresentada em: Marcello Caetano, *Manual*, Vol. II, cit., pág. 650; e João Alfaia, *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1985, pág. 68. Os diversos lugares de um quadro de pessoal só podiam ser preenchidos por quem assumia a qualidade de funcionários, e já não de agente administrativo, uma vez que só através da nomeação, por determinação da lei, se ocupava um lugar do quadro, e se exerciam funções próprias de um dado serviço público que revestissem carácter de permanência, cfr. n.º 4, do artigo 14.º do Decreto-lei n.º 248/85, de 15 de Julho, que reestruturou as carreiras da função pública, e o n.º 1, do artigo 5.º do Decreto-lei n.º 116/84, de 6 de Abril, que reviu o regime de organização e funcionamento dos serviços técnico-administrativos das autarquias locais, e n.º 1, artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

carreira se fazia pela categoria mais baixa, n.º 1, do artigo 15.º do Decreto-lei n.º 248/85, de 15 de Julho, que reestrutura as carreiras da função pública.

Assim, o regime da *função pública* assentava num regime de carreiras e categorias, composto por diferentes escalões, aos quais se faziam corresponder distintos índices salariais. O funcionário detinha o direito de progredir na carreira, quer fosse verticalmente, por promoção ou por progressão (como já vimos), quer fosse horizontalmente, por progressão temporal nos escalões de cada categoria, com repercussões no respectivo regime salarial¹⁰⁸⁷, nos termos do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 248/85.

2.1.2. *Contrato administrativo de provimento*

O contrato administrativo de provimento, de acordo com o disposto n.º 1, do artigo 15.º, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, era “o acordo bilateral pelo qual uma pessoa não integrada nos quadros assegura, a título transitório e com carácter de subordinação, o exercício de funções próprias do serviço público, com sujeição ao regime jurídico da função pública”.

A nomeação e o contrato administrativo de provimento tinham algumas características em comum, conquanto se distinguiam em alguns aspectos¹⁰⁸⁸.

Em comum o facto de, em ambas as situações, estar em causa a satisfação de necessidades permanentes dos serviços públicos e a execução de funções próprias destes com carácter de subordinação; compartilhavam, também, do facto da adesão/sujeição voluntária ao regime jurídico da Função Pública¹⁰⁸⁹.

Distinguiam-se, desde logo, por no contrato administrativo de provimento o exercício das funções próprias e necessárias à satisfação das necessidades permanentes dos serviços ser efectuada apenas

¹⁰⁸⁷ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 347.

¹⁰⁸⁸ Neste ponto, dos pontos em comum e dos pontos que diferenciam ambas as situações, seguiremos de perto, por com ela concordarmos, a sistematização apresentada por Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 237-240.

¹⁰⁸⁹ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 237.

a título transitório, enquanto com a nomeação as mesmas funções são executadas permanentemente.

Em segundo lugar, enquanto a nomeação era o meio habitual de constituição da relação jurídica de emprego público, o contrato administrativo de provimento assumia uma feição marcadamente excepcional, só podendo a Administração socorrer-se dele apenas nos casos expressamente previstos na lei. De acordo com o n.º 2, do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 427/89, o contrato administrativo de provimento só poderia celebrar-se nos seguintes casos: quando se tratasse de serviços que se encontrassem em regime de instalação; quando se tratasse de pessoal médico em regime de internato geral ou complementar, de pessoal de enfermagem, pessoal docente e de investigação, assim como durante o período de estágio para ingresso na carreira¹⁰⁹⁰.

A terceira diferenciação para com a nomeação consistia em que o contrato administrativo de provimento assentava num acordo bilateral entre a Administração e o particular, enquanto a nomeação consistia num acto unilateral. Sendo um negócio bilateral, o contrato de provimento correspondia a um mero contrato de adesão, na medida em que o contratado não tinha o menor poder de introduzir qualquer alteração ao regime de Direito Administrativo que ia disciplinar a relação de emprego, pelo que se podia referir que o poder de negociação do trabalhador era insignificante¹⁰⁹¹. Contudo, defendia Paulo Veiga e Moura¹⁰⁹² que não se pensasse que se estava, tal como na nomeação, numa situação objectiva, livre e unilateralmente modificável por lei, pois se, por um lado, fosse inegável a circunstância de se poder estabelecer unilateralmente as cláusulas de uma futura relação de emprego público, por outro lado, isso não invalidava o caso de se estar perante um contrato, pelo que, advogava o autor citado que a possibilidade de no desenvolvimento dessa relação uma das partes modificar unilateralmente o regime disciplinador seria de todo incompatível com a própria natureza do contrato¹⁰⁹³.

¹⁰⁹⁰ A enumeração taxativa prevista neste n.º 2, do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 427/89, não invalidava que por lei fossem criadas outras situações em que era lícito recorrer à contratação em regime de contrato administrativo de provimento. Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 237 (nota n.º 536).

¹⁰⁹¹ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 92.

¹⁰⁹² Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 237

¹⁰⁹³ Neste sentido, também, M. Petrozziello, *Il rapporto di pubblico impiego*, Società Editrice Libreria, Milano, 1935, pág. 97-98.

Em quarto lugar, a diferença do contrato administrativo da nomeação resultava do contrato não permitir ao contratado integrar os quadros de pessoal do organismo público que o contratou, nem conferir a qualidade de funcionário, mas apenas a de agente administrativo¹⁰⁹⁴.

A última especificidade do contrato administrativo de provimento face à nomeação ocorre ao nível da sua celebração e extinção. O legislador entendeu que o concurso para a escolha do candidato a contratar em regime de contrato administrativo de provimento apenas seria composto por um processo sumário de selecção¹⁰⁹⁵, o que encontrava justificação no facto de em causa estarem apenas o exercício transitório de funções ao serviço do Estado.

No que toca ao regime de extinção da relação de emprego, a especificidade do contrato de provimento que era celebrado inicialmente por um prazo de um ano, tácita e sucessivamente renovável até que fosse denunciado oportunamente por qualquer das partes, face à nomeação, residia, pois, na possibilidade de denúncia de qualquer das partes¹⁰⁹⁶.¹⁰⁹⁷

Do regime legal do contrato administrativo de provimento resultava que o mesmo poderia servir como uma antecâmara à constituição de uma relação estável de emprego, ou de acesso aos quadros de pessoal, e aquisição da qualidade de funcionário¹⁰⁹⁸.

Em suma, o *contrato administrativo de provimento* titulava o exercício de uma atividade subordinada na Administração Pública, em situações específicas previstas por lei, com sujeição ao regime jurídico da função pública. Não se destinava a preencher lugares do quadro, sendo o contrato celebrado pelo prazo de um ano, findo o qual caducava (com pré-aviso) ou se renovava de forma tácita e sucessiva até ao seu limite máximo de duração. A relação jurídica que era constituída por seu intermédio era, em parte, estatutária, sem, no entanto, a garantia de emprego e carreira, podendo ser objeto de negociação e não adquirindo o trabalhador a qualidade de funcionário, mas de agente da

¹⁰⁹⁴ Cfr. n.º 2, do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 427/89.

¹⁰⁹⁵ Cfr. artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 427/89.

¹⁰⁹⁶ Cfr. n.º 2, do artigo 16.º, alínea b) do n.º 1 do artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 427/89.

¹⁰⁹⁷ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 92.

¹⁰⁹⁸ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 240-241, e Ana Fernanda Neves, “O contrato de trabalho na Administração”, cit., pág. 113-114.

Administração¹⁰⁹⁹. O contrato administrativo de provimento deixou de existir com o novo regime de vinculação dos trabalhadores que exercem funções públicas – Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro¹¹⁰⁰.

2.1.3. O Contrato de trabalho a termo

O contrato de trabalho a termo, dotada de natureza excepcional, é consagrado legalmente no seio da Administração Pública anteriormente ao contrato de trabalho por tempo indeterminado, ou ao chamado *contrato individual de trabalho*. Sendo este último contrato legislativamente previsto primeiro de uma forma casuística, e excepcional, e só depois, de forma progressiva, se generalizou no seio das relações de emprego da Administração Pública.

Começando pelo contrato de trabalho a termo, diga-se que a celebração deste tipo de contratos no âmbito da Administração Pública não constitui uma inovação do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, uma vez que o Decreto-Lei n.º 781/76, de 28 de Outubro, que regulamentou os contratos de trabalho a prazo¹¹⁰¹, já definia, em geral, o regime jurídico do contrato de trabalho a prazo, e em concreto, o Decreto-Lei 280/85, de 22 de Julho, que estabeleceu o regime dos contratos de trabalho a prazo na Administração Pública, o qual seguindo embora de perto o regime previsto naquele decreto-lei, traça algumas especificidades naquele regime, devido à necessidade acentuar o carácter excepcional e pontual da utilização pelos serviços da Administração deste mecanismo legal, e de fixar uma rigorosa delimitação no tempo deste contrato. O recurso a esta figura tornou-se prática comum para satisfazer as necessidades de pessoal da Administração, o que veio fomentar situações de emprego precário¹¹⁰².

O Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, manteve a tradição, que já decorria daqueles diplomas citados, da admissibilidade do recurso à contratação a termo certo por parte das entidades administrativas. Procurando tal diploma, por um lado regularizar as situações

¹⁰⁹⁹ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 345.

¹¹⁰⁰ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 91.

¹¹⁰¹ Diploma posteriormente revogado pelo Decreto-Lei n.º 64-A/89 de 27 de Fevereiro.

¹¹⁰² Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 242.

irregulares constituídas até à data¹¹⁰³ (nos termos dos artigos 37.º e seguintes, daquele diploma), e por outro, acentuando o carácter de excepionalidade, balizar as situações em que poderia a Administração recorrer à figura do contrato a termo certo (nos termos do artigo 18.º do diploma mencionado)¹¹⁰⁴.

Com a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que aprovou o regime jurídico do contrato individual de trabalho na Administração Pública, o legislador reforçou a possibilidade da Administração recorrer à figura do contrato a termo resolutivo, seja por passar igualmente a permitir a estipulação do contrato de trabalho a termo incerto (se bem que apenas nas situações enumeradas nas alíneas a) a d), e f) a i) do n.º 1 do artigo 9.º daquele diploma), ao lado do contrato de trabalho

¹¹⁰³ Assim, no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, pode ler-se que este diploma teve em conta as “formas de vinculação precária, de raiz irregular, que se institucionalizaram como verdadeiras relações de trabalho subordinado”. Estava em causa “pessoal (...) admitido, impropriamente designado de «tarefeiros»”, ou seja, estava em causa formalmente a contratação de pessoal em regime de prestação de serviços mas na verdade o que estava em causa eram autênticos contratos de trabalho, pois a actividade era exercida com *carácter de subordinação*, característica fundamental dos contratos de trabalho. Estas relações integram o que ficou conhecido como: *relações de emprego público irregulares*. Cfr. António Nunes de Carvalho, “Relações de emprego público irregulares”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano 37, n.º 4, 1995, pág. 475-489.

Daí este diploma ter, nos artigos 37.º e 38.º, consagrado um processo de regularização da situação jurídica destes “trabalhadores” que culminaria “nuns casos, com a contratação a termo certo, e noutros, com a integração nos quadros de pessoal ou nos quadros de efectivos interdepartamentais”. Assim, tal como sucedido no sector privado, também a Administração recorria ao contrato de prestação de serviços para fazer face a faltas de pessoal. No sector privado, o objectivo era fugir às normas do Código de Trabalho, conhecidas pela sua rigidez e inflexibilidade, e também aos custos que acarretava para o empregador o pessoal com contrato de trabalho. No sector público, quando se realizavam contratos de prestação de serviços a intenção era a mesma, fugir quer do regime de emprego público – mais rígido e mais dispendioso do que o do Código de Trabalho –, quer o regime de emprego privado, como forma de colmatar as faltas de pessoal. No entanto, a prática de contratações irregulares manteve-se nos anos subsequentes ao diploma, e, pode acrescenta-se, até aos dias hoje, cfr. Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 95, e António Nunes de Carvalho, “Relações”, cit., pág. 483.

Refere Vera Antunes que o regime da vinculação aprovado pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, e sobretudo previsto na Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, que aprovou o Regime e Regulamento do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, por ser parecido ao privado, fez duvidar que se tenha erradicado o problema, já que no sector privado este problema continua a persistir, cfr. Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 93-95. Pela mesma lógica, mantendo-se a aproximação ao regime laboral privado, o problema também continuou a substituir com a Lei n.º 35/2014.

¹¹⁰⁴ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 243.

a termo certo que já se encontrava previsto, seja por ter alargado os fundamentos justificativos da contratação a termo, seja por ter permitido o aumento do período temporal de duração máxima do contrato a termo¹¹⁰⁵.¹¹⁰⁶ Além disso, a Lei n.º 23/2004 veio revogar (no seu artigo 30.º) o regime dos contratos de trabalho a termo previsto quer no Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, quer no Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, passando os contratos a termo celebrados pela Administração a regular-se pelos artigos 9.º e 10.º daquela Lei, e subsidiariamente, pelo regime do Contrato de Trabalho¹¹⁰⁷.

No entender de Paulo Veiga e Moura, o contrato de trabalho a termo, tal como se encontrava previsto na Lei n.º 23/2004, era configurado como uma medida *limitada*, *excepcional* e *residual*¹¹⁰⁸. Sendo uma medida *limitada* por o legislador apenas ter permitido que se recorresse ao contrato a termo certo para satisfazer necessidades transitórias dos serviços, por oposição à nomeação e ao contrato administrativo de provimento, nos quais estava em causa a satisfação de necessidades permanentes. Tendo constituído uma medida *excepcional* porque não era qualquer necessidade transitória do serviço que legitimava o recurso à contratação a termo, mas pelo contrário, apenas as situações taxativamente enunciadas no n.º 1, do artigo 9.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Janeiro (apenas nas situações enumeradas em algumas des-

¹¹⁰⁵ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 243.

Cfr. artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, e artigo 9.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.

¹¹⁰⁶ O que resultava da remissão prevista do n.º 2, do artigo 10.º, da Lei n.º 23/2004 para o regime de duração do contrato de trabalho a termo previsto no n.º 2 do artigo 139.º, da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, que aprovou o Código do Trabalho. De acordo com este preceito, o contrato a termo certo durava até três anos, e não podia ser objecto de mais de duas renovações. Além deste período de três anos ou verificado o número máximo de renovações, o contrato podia, no entanto, ser objecto de mais uma renovação desde que a respectiva duração não seja inferior a um ano nem superior a três anos. Antes, de acordo com o n.º 1, do artigo 20.º, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, (artigo revogado pela Lei n.º 23/2004), na redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 218/98, de 17 de Julho, os prazos máximos de duração de um contrato de trabalho a termo celebrado com a Administração era por regra de dois anos, podendo ser excepcionalmente de 3 anos.

¹¹⁰⁷ Miguel Lucas Pires, “O contrato individual”, cit., pág. 212.

¹¹⁰⁸ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 244.

Neste sentido, também o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 172/2001, de 18 de Abril, se refere, expressamente, ao “*carácter estritamente taxativo, residual e excepcional dos contratos de trabalho a prazo*”.

sas alíneas no caso do contrato a termo incerto), eram reconduzíveis àquelas necessidades e, nessa medida, tornavam lícita a celebração do contrato temporal. Por último, a natureza *residual* do contrato resolutivo resultava de a sua celebração só dever ser permitida, mesmo que estivesse em causa uma das necessidades transitórias tipificadas na norma anteriormente citada, se a satisfação de tais necessidades não pudesse ser assegurada por pessoal nomeado ou provido em regime de contrato administrativo de provimento.

O contrato de trabalho a termo não conferia ao trabalhador contratado a qualidade de *funcionário público* ou *agente administrativo* e regia-se pelo Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, com as especificidades¹¹⁰⁹ introduzidas pela legislação administrativa, especialmente pelo diploma especial sobre contrato de trabalho na Administração Pública, ou seja, pela Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.

Aquela lei afasta-se, em alguns aspectos, do disposto no Código do Trabalho no que respeita ao contrato a termo.

A primeira dessas especificidades consistia, nos termos do n.º 4 do artigo 9.º da, Lei n.º 23/2004, no facto de celebração do contrato a termo ser precedida de um processo de selecção, simplificado, precedido de publicação da oferta de emprego e a fundamentação da selecção realizada, por forma a assegurar o respeito pelo princípio da igualdade e pelo dever de fundamentação das decisões administrativas.

A segunda das especificidades da contratação a termo resolutivo na Administração Pública decorria das condicionantes impostas por lei à sua celebração. Assim, nos termos do n.º 5 e n.º 6, do artigo 9.º da Lei n.º 23/2004, a celebração de contratos de trabalho a termo resolutivo nas situações previstas nas alíneas e) a j) do n.º 1, do artigo 9.º, dependia da autorização do Ministro das Finanças e do membro do Governo que tivesse a seu cargo a Administração Pública. Nos casos das alíneas a) a d) do n.º 1 a celebração dos contratos a termo devia apenas ser comunicada à Direcção-Geral da Administração Pública.

A terceira peculiaridade dos contratos a termo celebrados pela Administração Pública resultava da obrigatoriedade da sua celebração

¹¹⁰⁹ Quanto as especificidades do contrato de trabalho a prazo celebrado pela Administração Pública face ao regime instituído no Código de trabalho, seguiremos de perto Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 245 e sgs.

ser publicitada no Diário da República (nos termos do artigo 34.º do Decreto-Lei, n.º 427/89, de 7 de Dezembro).

A última especificidade, a qual nos merece mais algumas delongas, da contratação a termo resolutivo na Administração Pública face ao regime instituído pelo Código do Trabalho prendia-se com a estipulação a prazo, com a renovação do contrato e com a sua eventual conversão.

Quanto à estipulação a prazo, no regime constante do Código do Trabalho, o contrato a termo não poderia, em regra, exceder três anos, incluindo renovações, as quais não podiam ser superiores a duas. Uma vez atingidos os três anos ou as duas renovações, poderia ainda o contrato ser objecto de mais uma renovação, que não poderia ser inferior a um ano ou superior a três. Uma vez excedidos os prazos máximos de duração do contrato, ou ultrapassadas as renovações autorizadas, o contrato passava a considerar-se sem termo (cfr. artigos 139.º a 141.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto). Por sua vez, no âmbito do sector público, por força do n.º 3 do artigo 9.º, da Lei n.º 23/2004, o contrato de trabalho a termo resolutivo para assegurar necessidades públicas urgentes de funcionamento das pessoas colectivas públicas não podia ter duração superior a seis meses. Sendo esta a única especificidade que se estabelecia em matéria de duração do contrato de trabalho na Administração Pública em relação à lei geral do trabalho.

No que respeitava à renovação do contrato, a diferença em relação ao Código do Trabalho resultava de o contrato de trabalho a termo resolutivo certo celebrado por pessoas colectivas públicas, ao contrário do previsto naquele código para os contratos de trabalho privados, não se renovava automaticamente, nos termos do n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 23/2004 (afastando assim a aplicação do n.º 2, do artigo 140.º do Código do Trabalho). Estes contratos apenas se renovavam caso existisse uma declaração expressa nesse sentido, normalmente por parte da Administração Pública, caso esta não tivesse lugar, o contrato extinguia-se¹¹¹⁰.

Mas a maior diferenciação em relação à lei geral da contratação a termo respeitava à não conversão de tais contratos, e encontrava-se prevista no n.º 2 do artigo 10.º da Lei n.º 23/2004. Assim, ao contrário do regime previsto no âmbito das relações laborais de direito laboral privado (cfr. n.º 2 do artigo 147.º, do Código do Trabalho), previa-se

¹¹¹⁰ Miguel Lucas Pires, “O contrato individual de trabalho na Administração Pública”, in *Questões Laborais*, Ano XIII (2006), n.º 28, pág. 214.

expressamente a total impossibilidade do contrato de trabalho a termo resolutivo celebrado por pessoas colectivas públicas se converter, em contrato por tempo indeterminado, caducando no termo do prazo máximo de duração previsto no Código do Trabalho (cfr. n.º 2, artigo 10.º daquele diploma)¹¹¹¹.

Contudo, nem sempre a questão da proibição de conversão dos contratos de trabalhos a termo em contratos sem termo celebrados pela Administração foi pacífica. Pois, antes da entrada em vigor da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, existiu uma contenda sobre a possibilidade de conversão, ou proibição da conversão, dos contratos a termo em contratos sem termo, tendo sido essa problemática largamente discutida na Jurisprudência. A questão surgiu devido ao facto do n.º 3, do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, se limitar a remeter a disciplina dos contratos a termo celebrados com a Administração para as normas de direito do trabalho privado sobre contratos a termo, sem fazerem referência expressa a qualquer especificidade quanto à questão da conversão deste tipo contratos. Sendo que no âmbito do regime laboral comum, o Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro administração¹¹¹², da legalidade¹¹¹³, da igualdade¹¹¹⁴,

¹¹¹¹ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 247 e sgs.

¹¹¹² O princípio da *constitucionalidade da administração* não é outra coisa “*senão a aplicação, no âmbito administrativo, do princípio geral da constitucionalidade dos actos do Estado (cfr. art. 2.º-2 e 3): todos os poderes e órgãos do Estado (em sentido amplo) estão submetidos às normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição*”. Assim, ele exige que “*a Administração: (a) não viole autonomamente a Constituição; (b) se pautar pelos valores constitucionais no exercício dos poderes discricionários que a lei lhe deixe; (c) interprete e aplique as leis no sentido mais conforme à Constituição*”, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 266.º, pág. 798.

¹¹¹³ Um princípio tradicional do Estado de Direito é o da subordinação da Administração Pública à lei. Este princípio desdobra-se em duas dimensões, por um lado, “*os actos administrativos, inclusive os normativos (regulamentos), devem conformar-se com as leis, sob pena de ilegalidade*” (princípio da *prevalência da lei* ou princípio da *legalidade negativa*), por outro lado, a “*Administração só pode actuar com base na lei ou mediante autorização da lei*” (princípio da *precedência da lei* ou da *legalidade positiva*). Porém, a “*Administração encontra-se subordinada não apenas à Constituição e à lei, tomada esta em sentido genérico (lei da AR, decretos-leis, decretos-regionais) mas também às demais normas constitucionalmente vigentes na ordem jurídica portuguesa, designadamente as normas de direito internacional e europeu (cfr. art. 8.º)*”. No fundo, “*o princípio da legalidade aponta para um princípio de âmbito mais abrangente: o princípio da juridicidade da administração, pois todo o direito – todas as regras e princípios vigentes na ordem jurídico-constitucional portuguesa – serve de fundamento e é pressuposto da actividade da Administração*”, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 266.º, pág. 798-799.

¹¹¹⁴ O princípio da *igualdade* surge, nesta sede, como uma refacção do princípio

da proporcionalidade¹¹¹⁵, da justiça¹¹¹⁶, da imparcialidade¹¹¹⁷ e da boa fé¹¹¹⁸. estipulava a conversão do contrato de trabalho a termo em contrato sem termo em caso de ausência de motivo justificativo ou de ser excedido o prazo de duração máxima do contrato.¹¹¹⁹ O que levou a que se colocasse a questão de saber da conformidade constitucional da norma do n.º 3 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, mas apenas na interpretação segundo a qual os contratos de trabalho a termo celebrados pelo Estado se convertiam em contratos de trabalho sem termo, uma vez ultrapassado o limite máximo de duração fixado na lei geral sobre contratos de trabalho a termo. Mais

jurídico geral da igualdade consagrada no artigo 13.º da CRP. Pelo que, a Administração deve tratar de modo igual situações iguais. Este princípio quer ainda significar que a Administração no uso de poderes discricionários deve concretizar as normas “*segundo os mesmos critérios, as mesmas medidas e as mesmas condições a todos os particulares a quem venham a ser aplicadas e se encontrem em situação idêntica*”, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 266.º, pág. 801.

¹¹¹⁵ De acordo com o princípio da proporcionalidade os interesses públicos devem ser prosseguidos “*segundo o princípio da justa medida, adoptando, dentre as medidas necessárias e adequadas para atingir esses fins e prosseguir esses interesses, aquelas que impliquem menos gravames, sacrifícios ou perturbações à posição jurídica dos administrados*”, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 266.º, pág. 801.

¹¹¹⁶ De acordo com o princípio da justiça a Administração deve pautar a sua actividade por critérios de valor constitucionalmente plasmado, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 266.º, pág. 803.

¹¹¹⁷ O princípio da imparcialidade “*respeita essencialmente às relações entre a Administração e os particulares, podendo circunscrever-se a dois aspectos fundamentais: (a) o primeiro (...) consiste em que, no conflito entre o interesse público e os interesses particulares, a Administração deve proceder com isenção da determinação da prevalência do interesse público, de modo a não sacrificar desnecessária e desproporcionalmente os interesses particulares (imparcialidade na aplicação do princípio da proporcionalidade); (b) o segundo refere-se à actuação da Administração em face dos vários cidadãos, exigindo-se igualdade de tratamento dos interesses dos cidadãos através de um critério uniforme de prossecução do interesse público*”, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 266.º, pág. 802.

¹¹¹⁸ A revisão constitucional de 1997 veio aditar aos princípios fundamentais da administração o princípio da boa fé. Ora, a “*expressa menção deste princípio, desenvolvido no direito civil, significa que ele é erigido pela Constituição à categoria de princípio jurídico autónomo de direito público. Mas não é transparente a sua especificidade dentro do âmbito dos princípios vinculativos da Administração*”. *Acontece que também não é líquido se o princípio da boa fé é aqui recortado como princípio autónomo em relação ao princípio da protecção da confiança*”. Mas deve entender-se que “[q]uer através do princípio da boa fé, quer através do princípio da protecção da confiança pretende-se erguer uma medida de «fiabilidade» de «confiança», de «esperança», vinculativa da actuação administrativa”. Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 266.º, pág. 804.

¹¹¹⁹ Cfr. Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 96-97.

tarde, o Decreto-Lei n.º 218/98, de 17 de Junho, viria a solucionar a questão ao aditar o n.º 4 ao artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 427/89, nos termos do qual “o contrato de trabalho a que se refere o presente diploma não se converte, em caso algum, em contrato de trabalho sem termo”¹¹²⁰.

Contudo, neste intermédio temporal, a jurisprudência não foi unânime na resolução do problema, existindo acórdãos nos dois sentidos. As decisões favoráveis à conversão¹¹²¹ argumentavam, essencialmente, no sentido da inexistência de especificidades no regime dos contratos a termo celebrados pela Administração quanto a este ponto. Pelo que, seria de aplicar as normas respeitantes à conversão do contrato a termo que regem a relação privada laboral previstas no Decreto-Lei n.º 64-A/89 (designadamente, n.º 3, do artigo 42.º, e artigo 47.º, e artigo 51.º) àqueles contratos celebrados por entes públicos. Concluindo-se que a remissão feita do n.º 3, do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, para o regime geral sobre contratos a termo não poderia deixar de incluir as normas respeitantes a tal conversão. No entanto, a conversão deste tipo de contrato em contrato de trabalho por tempo indeterminado não se traduzia na aquisição da qualidade de agente administrativo, mas apenas de trabalhador do Estado, não sujeito ao regime da *função pública*, mas apenas vinculado à Administração por uma relação de emprego privado.

Contra a conversão¹¹²², as decisões desfavoráveis, argumentavam com base na redacção original do artigo 5.º e n.º 2, do artigo 7.º, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e na dos artigos 3.º, e n.º 1, do artigo 14.º, e artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, nos termos dos quais a relação de emprego público cons-

¹¹²⁰ Cfr. Licínio Lopes Martins, “A Relação de Emprego Público: Nótulas sobre as Principais Vicissitudes da sua Evolução Recente e (Algumas) Incoerências do Regime”, cit., pág. 242.

¹¹²¹ Acórdãos a favor da conversão do contrato de trabalho a termo em contrato sem termo no seio da Administração Pública: Acórdão da Relação do Porto, de 20 de Dezembro de 1999, in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano 24, Tomo V, pág. 252-255; e o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 21 de Outubro de 1997, *Colectânea de Jurisprudência*, Ano 22, Tomo IV, pág. 299-310.

¹¹²² Acórdãos contra a conversão do contrato de trabalho a termo em contrato sem termo no seio daquela: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Setembro de 1998, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 479, Outubro de 1998, pág. 351-357; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de Março de 1996, Proc. n.º 004395; e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9 de Julho de 1998, Processo n.º 0023094.

tituía-se com base na nomeação ou no contrato de pessoal, sendo que este só poderia revestir as modalidades de contrato administrativo de provimento ou de contrato de trabalho a termo certo, encontrando-se assim vedada a possibilidade de constituição da relação subordinada por qualquer outra forma contratual, nomeadamente por contrato de trabalho a termo incerto, ou contrato sem termo. Assim, a “conversão de contrato de trabalho a termo em contrato de trabalho sem termo representaria a possibilidade de, por via lateral, ínvia e em fraude à lei, obter o efeito proibido excluindo-se assim a hipótese da conversão do contrato a termo em sem termo”¹¹²³.

A questão foi colocada ao Tribunal Constitucional várias vezes pedindo-se a declaração de inconstitucionalidade do artigo 14.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, por violação do artigo 47.º, n.º 2, da CRP, “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 fixado na lei geral sobre contratos de trabalho a termo”¹¹²⁴. A querela foi solucionada pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 368/2000, de 11 de Julho, tendo declarado, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade do n.º 3, do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, na interpretação referida.¹¹²⁵ Aquele

¹¹²³ Citação extraída do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9 de Julho de 1998, Processo n.º 0023094.

¹¹²⁴ Vide Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 683/99, de 21 de Dezembro de 1999, n.º 73/2000, de 9 de Fevereiro de 2000, e n.º 82/2000, de 10 de Fevereiro de 2000 (sendo estes Acórdãos que acabariam por estar na origem da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral do n.º 3, do artigo 14.º, do Decreto-Lei n.º 427/89, na interpretação referida, pelo Acórdão n.º 368/2000).

Na verdade, nos acórdãos citados, bem como no Acórdão n.º 368/2000, de 11 de Julho (este com força obrigatória geral), o Tribunal Constitucional vem afirmar a relevância da regra constitucional do concurso como forma de acesso à *função pública* (previsto no n.º 2 do artigo 47.º da CRP), pelo que a celebração dos contratos individuais de trabalho deveria ser precedida de um procedimento concursal, cfr. Licínio Lopes Martins, “A Relação de Emprego Público: Nótulas sobre as Principais Vicissitudes da sua Evolução Recente e (Algumas) Incoerências do Regime”, cit., pág. 242.

¹¹²⁵ Francisco Liberal Fernandes concorda com a decisão do Tribunal Constitucional mas não com os fundamentos invocados. O autor entende que a proibição da conversão dos contratos a termo decorre não do n.º 2, do artigo 47.º, da CRP, mas antes do n.º 2, do artigo 266.º, do diploma fundamental, e das normas do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho e Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro. Cfr., também para mais desenvolvimentos, Francisco Liberal Fernandes, “Sobre a proibição da conversão dos contratos de trabalho a termo certo no emprego público: comentário à jurisprudência do Tribunal

tribunal decidiu que não só a Constituição da República não impõe – nem pela garantia da segurança do emprego, nem por força do princípio da igualdade – a aplicação aos contratos de trabalho a termo certo celebrados pelo Estado de um regime de conversão em contratos de trabalho por tempo indeterminado, como tal conversão, e a correspondente forma de acesso à *função pública* se revelariam violadoras da regra da igualdade e do princípio do concurso, consagrados no n.º 2, do artigo 47.º, da Constituição.¹¹²⁶ Tendo aquele declarado inconstitucional, com força obrigatória geral, do n.º 3 do artigo 14.º, 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, por violação do disposto no n.º 2 do artigo 47.º da Constituição.

Entretanto, como já vimos, o Decreto-Lei n.º 218/98, de 17 de Junho vem a aditar um n.º 4 ao artigo 18.º ao Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, com a seguinte redacção: “o contrato de trabalho a termo certo a que se refere o presente diploma não se converte, em caso algum, em contrato sem termo”. Este artigo foi revogado pela Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que aprovou o regime jurídico do contrato individual de trabalho da Administração Pública, mas que manteve no n.º 2, do artigo 10.º, a mesma solução legislativa¹¹²⁷.¹¹²⁸

Constitucional”, in *Questões Laborais*, n.º 19, 2002, pág. 77 a 95.

¹¹²⁶ Para mais desenvolvimentos, vide Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 250 e sgs.; e Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 97-100.

¹¹²⁷ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 99.

¹¹²⁸ Em casos pontuais, a par de um contrato de trabalho específico regulado pela Lei n.º 23/2004, existiam trabalhadores da Administração Pública sujeitos unicamente à disciplina do Código do Trabalho, cfr. Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 109 (nota n.º 209). Nos termos do n.º 3, do artigo 1.º, do mesmo diploma, estipula-se que “sem prejuízo do disposto em legislação especial”, excepcionam-se certas categorias de pessoas colectivas públicas do âmbito de aplicação daquela lei, através de um critério formal ou institucional (cfr. sobre o tipo de delimitação e de critérios utilizados, Maria do Rosário Palma Ramalho e Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho...*, cit., pág. 9-12). Era o caso dos trabalhadores das empresas públicas. Ora, quanto a estas, para além da Lei n.º 23/2004 determinar que estas se encontravam excluídas do seu âmbito de aplicação, nos termos da sua alínea a), do n.º 3 do artigo 1.º, a mesma solução já resultava da respectiva legislação

2.1.4. O contrato individual de trabalho

Além do recurso excepcional ao contrato de trabalho a termo, começa a admitir-se, aos poucos e de forma progressiva, por legislação especial ou avulsa, o contrato individual de trabalho na Administração Pública¹¹²⁹. Assim, na perspectiva de Maria do Rosário Palma Ramalho, em consonância com uma visão publicista tradicional do emprego público (de estrita separação entre os vínculos de trabalho privado e os de serviço público), o sistema jurídico português foi, até à entrada em vigor da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, pouco aberto à contratação laboral por das entidades públicas. Deste modo, à excepção das empresas públicas¹¹³⁰, que poderiam recorrer, globalmente, ao contrato de trabalho segundo o regime laboral comum, nas restantes pessoas colectiva que integravam à administração indirecta do Estado, em especial, os institutos públicos, o recurso à contratação laboral dependia de previsão expressa nas respectivas leis orgânicas¹¹³¹, e apresentava-se como excepcional¹¹³². No âmbito da administração directa do Estado, a

(cfr. artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, que estabelecia o regime jurídico do sector empresarial do Estado e das empresas públicas). Pelo que, já resultava de tal lei que no âmbito das empresas públicas devia a Administração celebrar contratos individuais de trabalho nos termos regulados no Código do Trabalho e sem necessidade de qualquer adaptação, cfr. Miguel Lucas Pires, “O contrato individual”, cit., pág. 197.

¹¹²⁹ Licínio Lopes Martins, “A Relação de Emprego Público: Nótulas sobre as Principais Vicissitudes da sua Evolução Recente e (Algumas) Incoerências do Regime”, cit., pág. 241.

¹¹³⁰ Encontrando-se, assim, já no Decreto-Lei 260/76, de 8 de Abril, que estabeleceu as bases gerais das empresas públicas, no seu artigo 30.º, a sujeição genérica do estatuto do pessoal das empresas públicas ao regime laboral comum, com algumas particularidades quanto ao pessoal das empresas que explorassem serviços públicos. Com a redefinição do sector empresarial do Estado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, consolidou-se esta opção: nos termos do artigo 16.º deste diploma, o pessoal das empresas públicas regia-se pelo regime geral do contrato de trabalho comum, sem qualquer necessidade de adaptação, cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do trabalho, Parte II*, cit., pág. 308-309 (nota n.º 202).

¹¹³¹ A título de exemplo, vide o artigo 45.º do Decreto-lei n.º 96/2001, de que aprovou a Lei Orgânica do Instituto Nacional de Medicina Legal (revogado pelo Decreto-Lei n.º 131/2007, de 27 de Abril).

¹¹³² Cfr. Artur Galvão Teles Tomé, Rui Pessoa de Amorim e Vital Moreira, “O universo dos institutos públicos em Portugal”, in Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública/Grupo de Trabalho para os Institutos Públicos, *Relatório e proposta de lei-quadro sobre os Institutos Públicos*, Coordenação de Vital Moreira, Lisboa, 2001, pág.

contratação laboral limitava-se ao contrato a termo, previsto em moldes excepcionais e o seu regime apresentava algumas diferenças face ao regime comum do contrato a termo.¹¹³³

Neste ponto do excursus não surpreenderá a afirmação de que no seio da Administração Pública começou por se prever o contrato administrativo de provimento, só depois se passando a prever no âmbito daquela o contrato individual de trabalho.

O contrato administrativo como meio constitutivo da relação de emprego público vem fazendo parte da tradição da nossa *função pública*¹¹³⁴, o que por certo se explicará por vigorar no Direito Administrativo português o *princípio da permissibilidade do recurso à forma jurídica do contrato administrativo* para regular relações jurídico-administrativas¹¹³⁵.

No que respeita ao emprego público a previsão do contrato administrativo de provimento encontra-se desde logo no artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 26 115, de 23 de Novembro de 1935, que promulgou a reforma de vencimentos do funcionalismo público¹¹³⁶, encontrando-se também referência ao contrato no artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 26 117, de 23 de Novembro de 1935 que reorganizou os serviços do Ministério das Obras Públicas e Comunicações, e promulga diversas disposições acerca dos respectivos funcionários¹¹³⁷.

Pode considerar-se que foi só com o Decreto-lei n.º 49 397, de 24 de Novembro de 1969, que teve por objectivo simplificar as formalidades necessárias para o recrutamento e investidura dos servidores do Estado, que foi introduzido o contrato individual de trabalho na Administração Pública¹¹³⁸. Este diploma veio efectuar uma distinção

81-83; e Rui Pessoa de Amorim, “Regime Laboral e estatuto e remunerações do pessoal dirigente dos institutos públicos”, in Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública/Grupo de Trabalho para os Institutos Públicos, *Relatório e proposta de lei-quadro sobre os Institutos Públicos*, Coordenação de Vital Moreira, Lisboa, 2001, pág. 113-203.

¹¹³³ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do trabalho, Parte II*, cit., pág. 308-309.

¹¹³⁴ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 236.

¹¹³⁵ José Manuel Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, Reimpressão da edição de 1987, 2003, pág. 676.

¹¹³⁶ Tendo aprovado o que já foi designado como “Estatuto dos Funcionários dos Ministérios Cívicos”, ver, neste sentido, Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, *A função Pública Portuguesa, Estatuto Novo ou nova Política?*, cit., pág. 86 e 71 (e nota n.º 69); e relatório do Decreto-Lei n.º 26 115, Capítulo III, n.º 2.

¹¹³⁷ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 236; e João Alfaia, *Regime Jurídico do Funcionalismo*, cit., pág. 90.

¹¹³⁸ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 77, e Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 257.

entre o contrato administrativo de provimento, através do qual o pessoal necessário a satisfazer necessidades normais do serviço poderia ser provido nos quadros a par da nomeação, do contrato de pessoal para além dos quadros¹¹³⁹. Com efeito, o artigo 4.º, do Decreto-Lei n.º 49 397, de 24 de Novembro de 1969, estipulava que “o disposto no artigo anterior é aplicável, com as devidas adaptações, aos contratos de pessoal além dos quadros, desde que sejam feitos por tempo indeterminado, ou pelo prazo de um ano ou superior, prorrogável”; sendo que o artigo anterior, o artigo 3.º, deste diploma se referia ao contrato administrativo de provimento, efectuando, pois, este diploma uma distinção entre o contrato administrativo de provimento e contrato de pessoal. Assim, ao lado do contrato administrativo de provimento passou a existir outro contrato, como modalidade de constituição de relação de emprego com a Administração: o contrato de pessoal ou contrato de trabalho (civil)¹¹⁴⁰.

No entanto, para além dos contratos a prazo, o regime posterior continuou a prever apenas a figura do contrato administrativo de provimento como único instrumento contratual¹¹⁴¹, pelo que a presença do contrato de trabalho por tempo indeterminado era insignificante, e decorria a maior parte das vezes da prorrogação dos contratos a prazo para além do período máximo permitido, nos termos do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 781/76, de 26 de Outubro¹¹⁴².

Esta tendência manteve-se com os Decretos-Lei n.º 184/89 de, 2 de Junho, e n.º 427/89, de 7 de Dezembro, que apenas previam a nomeação, o contrato administrativo de provimento e o contrato de trabalho a termo certo como instrumentos constitutivos da relação de emprego com a Administração Pública, vedando expressamente o recurso a outros meios. O contrato por tempo indeterminado permaneceu, assim excluído da generalidade das relações de emprego estabelecidas com as pessoas colectivas públicas, limitando o seu campo de acção às empresas públicas¹¹⁴³, e de alguns institutos públicos – daqueles que revestissem a forma de serviços personalizados ou de fundos

¹¹³⁹ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 257.

¹¹⁴⁰ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 77-78. Referindo a autora citada que assim se iniciou chamada “*laboralização do emprego público*”.

¹¹⁴¹ Cfr. artigos 14.º e 15.º do Decreto-Lei n.º 41/84, de 3 de Fevereiro.

¹¹⁴² Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 258.

¹¹⁴³ Cfr. artigo 30.º do Decreto-lei n.º 260/76, de 8 de Abril.

públicos, e que cujas disciplinas estatutárias especiais remetessem a disciplina do seu pessoal para o regime do contrato de trabalhos (pois, como regra de princípio, era aplicável ao pessoal dos institutos públicos o regime da *função pública*, contudo a lei permitia que disposições estatutárias especiais de institutos públicos que assumissem a forma de fundos públicos ou de serviços personalizados sujeitassem o seu pessoal ao regime do contrato individual de trabalho, sendo esta a leitura que se extrai em conjunto do n.º 1 do artigo 2.º e do n.º 1 do artigo 44.º do Decreto-lei 427/89, de igual modo, do n.º 1 do artigo 2, e do n.º 4 do artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 184/89)¹¹⁴⁴.

Começa, pois, a admitir-se em legislação especial ou avulsa, o contrato individual de trabalho na Administração Pública em alguns institutos públicos, constituindo exemplos de diplomas legislativos que testemunham essa progressiva generalização do regime do contrato individual de trabalho, naqueles institutos, e consequentemente, na Administração Pública, entre outros, os seguintes casos: com o Decreto-Lei n.º 133/98, de 15 de Maio, que criou o Instituto Nacional de Aviação Civil, o Decreto-Lei n.º 342/99, de 25 de Agosto, que criou o Instituto Português de Conservação e Restauro e extinguiu o Instituto de José de Figueiredo; e com o Decreto-Lei n.º 96/2003, de 7 de Maio, que criou o Instituto do Desporto de Portugal¹¹⁴⁵.

Esta progressiva generalização do contrato individual de trabalho, casuisticamente prevista, viria a ser assumida, em termos de princípio, para os institutos públicos, como regra de princípio, somente com a Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, que aprovou a lei quadro dos institutos públicos. Este diploma, na sua redacção original, do seu n.º 1 do artigo 34.º, sob a epígrafe “Pessoal”, disponha que os institutos públicos poderiam adoptar o regime do contrato individual de trabalho em relação à totalidade ou parte do respectivo pessoal, sem prejuízo de, quando tal se justificasse, adoptarem o regime jurídico da *função pública*. Resultando do texto desta lei que o contrato individual de trabalho foi assim convertido no regime-regra da relação de emprego público nos institutos públicos, passando o regime jurídico da função

¹¹⁴⁴ Cfr. n.º 1 do artigo 44.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

¹¹⁴⁵ Licínio Lopes Martins, “A Relação de Emprego Público: Nótulas sobre as Principais Vicissitudes da sua Evolução Recente e (Algumas) Incoerências do Regime”, cit., pág. 241.

públicaa assumir carácter residual e somente poderia ser adoptado nas situações em que tal se justificasse¹¹⁴⁶.

Neste percurso, contudo, só com a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que aprovou o regime jurídico do contrato individual de trabalho da Administração Pública, se vem generalizar o recurso ao contrato de trabalho por tempo indeterminado pelas pessoas colectivas públicas, regulando as especificidades do contrato de trabalho na Administração Pública¹¹⁴⁷.

Do exposto resulta que, o contrato individual de trabalho começou por ser utilizado pelo sector empresarial público (cfr. artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril), para depois se estender aos institutos públicos¹¹⁴⁸ (ainda que só se tenha tornado regime-regra destes institutos com a Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, que aprovou a Lei Quadro dos Institutos Públicos)¹¹⁴⁹. Mais tarde com a Lei n.º 25/98, de 26 de Maio, o contrato individual de trabalho, embora de uma forma assaz limitada, aparece como instrumento constitutivo de relações de emprego na generalidade da Administração Pública. Na verdade este diploma veio aditar o artigo 11.º-A ao Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, estabelecendo no seu n.º 2 que “o pessoal que integre o grupo do pessoal auxiliar pode ser contratado sob o regime do contrato individual de trabalho, quando a duração semanal do trabalho não exceder dois terços do horário normal fixado para a Administração Pública”. Institui-se, assim, no Decreto-lei n.º 184/89, uma quarta modalidade de constituição da relação jurídica de emprego público: ao lado da nomeação, do contrato administrativo de provimento e do contrato a termo certo, surge o contrato individual de trabalho (ou contrato por tempo indeterminado)¹¹⁵⁰, ainda que restrita apenas àqueles que integrassem o grupo de pessoal auxiliar e que não prestas-

¹¹⁴⁶ Licínio Lopes Martins, “A Relação de Emprego Público: Nótulas sobre as Principais Vicissitudes da sua Evolução Recente e (Algumas) Incoerências do Regime”, cit., pág. 241.

¹¹⁴⁷ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 79.

¹¹⁴⁸ O regime regra de vinculação nos institutos públicos a 1 de Janeiro de 2009, data de entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, era dado pelo contrato individual de trabalho, e tal vínculo mantém-se embora, como veremos, com conteúdo diferente do que resultava do Código do Trabalho. Cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., artigo 1.º da LTFP, pág. 80.

¹¹⁴⁹ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 78-79.

¹¹⁵⁰ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 78, e Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 259.

se mais do que dois terços das trinta e cinco horas, à data, cumpridas pela generalidade dos funcionários públicos.¹¹⁵¹

Porém, o legislador não alterou o Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, de acordo com esta realidade, pelo que, continuou este a prever as mesmas modalidades¹¹⁵².¹¹⁵³ Sendo certo que o *contrato de trabalho por tempo indeterminado* só viria a ser permitido no seio da Administração Pública de forma generalizada apenas pela Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho¹¹⁵⁴, que aprovou o regime jurídico do contrato individual de trabalho da Administração Pública.

Assim, embora o recurso ao contrato individual de trabalho no seio da Administração fosse já permitido, não o era de forma generalizada, tendo o n.º 2, do artigo 1.º daquele diploma legal consagrado, pela primeira vez, uma admissibilidade generalizada do recurso a esta figura por parte das pessoas colectivas públicas, incluindo o Estado¹¹⁵⁵. Esta admissibilidade genérica veio permitir uma certa alternatividade entre o regime da nomeação e do contrato de trabalho por tempo indeterminado. Todavia, essa alternatividade não era plena¹¹⁵⁶, porque o recurso à contratação para satisfação de necessidades permanentes da Administração Pública passava a ficar dependente da existência de quadros de pessoal específicos para o efeito (nos termos do artigo 7.º, da lei mencionada), e no caso da administração directa do Estado ficava dependente da natureza das funções a exercer – não podendo, neste caso, ser “objecto de contrato de trabalho por tempo indeterminado actividades que impliquem o exercício directo de poderes de autoridade que definam situações jurídicas subjectivas de terceiros ou o exercício de poderes de soberania”, que seriam específicas por decreto-lei (nos termos do

¹¹⁵¹ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 259.

¹¹⁵² Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 78, e Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 259.

¹¹⁵³ Para ver críticas a esta solução legislativa, vide Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 259.

¹¹⁵⁴ Esta lei veio dar cumprimento à previsão do Código de Trabalho de 2003 de uma legislação especial, que adaptasse as normas gerais do contrato individual de trabalho à especificidade da relação jurídica de emprego na Administração – artigo 6.º do preâmbulo da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, artigo já revogado pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro.

¹¹⁵⁵ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 103.

¹¹⁵⁶ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 104 (nota 199).

n.º 4 do artigo 1.º, e artigo 25.º do mesmo diploma legal)¹¹⁵⁷.

Contudo, no âmbito daquela lei, excluindo, pois, as funções de autoridade, de soberania ou que definissem situações jurídicas de terceiros (no caso da administração directa do Estado), e desde que existisse de um quadro de pessoal para o efeito, não se previa mais nenhuma limitação à Administração Pública de recorrer ao contrato individual de trabalho para satisfazer as suas necessidades de pessoal¹¹⁵⁸⁻¹¹⁵⁹.

O contrato de trabalho na Administração Pública, cujo regime constava da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, era um contrato de trabalho especial. A sua especificidade decorria da qualidade do empregador e dos interesses que ele pretende prosseguir com o exercício da sua actividade: a entidade empregadora era uma pessoa colectiva pública que tinha por fim uma actividade a prossecução do interesse público. A natureza pública da entidade empregadora e a necessidade de conciliar interesses laborais e públicos neste vínculo, justificavam as especificidades deste regime¹¹⁶⁰.

De acordo com o n.º 1, do artigo 2.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, aos contratos de trabalho celebrados por pessoas colectivas públicas era aplicável o regime do Código do Trabalho e respectiva legislação especial, com as especificidades constantes daquele diploma.

A disciplina aplicável a estes contratos constava, essencialmente, do Código do trabalho, mas com as adaptações constantes da Lei n.º 23/2004¹¹⁶¹.

Sendo, assim, este contrato foi formalmente reconhecido como contrato de trabalho especial, com a instituição de um regime jurídico específico por aquela lei, precisamente pelo facto de o trabalhador desempenhar as funções no seio da Administração Pública. '

De destacar, no entanto, que, o regime criado pela Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, é ainda um regime laboral, apesar das suas especificida-

¹¹⁵⁷ Maria do Rosário Palma Ramalho e Pedro Madeira de Brito, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 10.

¹¹⁵⁸ Ana Fernanda Neves, "O contrato de trabalho na Administração", cit., pág. 127-128; e Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do trabalho, Parte II*, cit., pág. 313.

¹¹⁵⁹ Determinando-se nos termos do artigo 6.º, da Lei n.º 23/2004, que quando a actividade a desempenhar correspondesse a uma função dirigente, o contrato deveria, obrigatoriamente, ser celebrado no regime da comissão de serviço previsto no Código do Trabalho.

¹¹⁶⁰ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do trabalho, Parte II*, cit., pág. 307; e Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 106.

¹¹⁶¹ Miguel Lucas Pires, "O contrato individual", cit., pág. 198.

des – o que justifica a norma remissiva geral para o Código do Trabalho e respectiva legislação especial, constante no n.º 1 do artigo 2.º daquela lei. Assim, o contrato de trabalho em ambiente público sujeita-se ao regime laboral comum nas matérias não reguladas especificamente, constituindo-se com este contrato um vínculo jurídico privado¹¹⁶².

Com a entrada em vigor da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, abriu-se caminho à substituição do modelo comum de emprego público¹¹⁶³ – a nomeação – pelo contrato de trabalho. No entanto, a nomeação manteve-se como modalidade regra¹¹⁶⁴ até à entrada em vigor, em pleno, da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro.

2.2. *Confronto entre o regime previsto na Lei n.º 23/2004 com outros regimes*

O regime previsto pela Lei n.º 23/2004 afasta-se em alguns aspectos quer do regime estabelecido no Código do Trabalho, quer do *regime da função pública*, pretendemos aqui salientar os principais traços de distinção entre os regimes em confronto mencionados¹¹⁶⁵.

Assim, começando pelo confronto entre o regime previsto na Lei n.º 23/2004 e o regime estabelecido pelo Código de Trabalho, diga-se antes de mais que, nos termos do n.º 1, do artigo 2.º daquela lei, aos contratos de trabalho celebrados por pessoas colectivas públicas era aplicável o regime do Código do Trabalho e respectiva legislação especial, com as especificidades constantes daquele diploma.

Apesar desta remissão genérica feita para o direito laboral comum, existem especificidades de regime previstas naquele diploma, justificadas pela entidade empregadora ser pública e pela prossecução

¹¹⁶² Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do trabalho, Parte II*, cit., pág. 315.

¹¹⁶³ Ana Fernanda Neves, “O contrato de trabalho na Administração”, cit., pág. 126.

¹¹⁶⁴ Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho”, cit., pág. 292.

¹¹⁶⁵ Para uma análise da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, *vide*, designadamente, Maria do Rosário Palma Ramalho, “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, in *Questões Laborais*, Ano XI, n.º 24, 2004, pág. 121-136, e Maria do Rosário Palma Ramalho e Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho na Administração Pública: anotação à Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005.

do interesse público, que tornam o contrato individual de trabalho previsto naquela num contrato de trabalho especial.¹¹⁶⁶

Antes de mais, uma destas especificidades prende-se com um conjunto acrescido de deveres que resultam para os trabalhadores da Administração em comparação com os trabalhadores que prestem serviço numa empresa. Assim, estabelece o n.º 1 do artigo 4.º, da Lei n.º 23/2004, que para além dos deveres gerais constantes do Código do Trabalho, de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho ou do próprio contrato, os trabalhadores das pessoas colectivas públicas encontram-se sujeitos à prossecução do interesse público e ao dever de agir com isenção e imparcialidade perante os cidadãos – a necessidade de qualquer servidor da Administração Pública se encontrar ao serviço do interesse público resulta do n.º 1 do artigo 269.º da CRP¹¹⁶⁷.

Outra das especificidades prevista na Lei n.º 23/2004, em comparação com o Código do Trabalho, respeita à existência obrigatória para a celebração de contrato individual de trabalho previsto naquela, ao contrário deste, de um procedimento prévio de selecção, garantindo a publicitação da oferta de trabalho, a igualdade e condições e oportunidades e ainda a tomada de uma decisão fundamentada em critérios objectivos de selecção, nos termos previstos no n.º 1, do artigo 5.º, da Lei n.º 23/2004¹¹⁶⁸. Indo este preceito ao encontro do que já havia decidido, anteriormente à aprovação dessa lei, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 81/2004, de 27 de Janeiro. Nos termos do n.º 2 do artigo 47.º, da CRP, determina-se que todos os cidadãos têm direito de acesso á função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via do concurso. Poder-se-ia, todavia questionar a aplicabilidade deste preceito constitucional, no que respeita à obrigatoriedade de abertura de concurso no que respeita aos contratos individuais de trabalho na Administração Pública, sobretudo tem em conta que o preceito citado se refere expressamente à função pública, ao invés, de outros preceitos constitucionais como é o caso do artigo 269.º da Constituição que recorre à expressão mãos ampla de “trabalhadores da Administração pública e demais agentes do Estado

¹¹⁶⁶ Neste ponto acompanhamos Miguel Lucas Pires, “O contrato individual”, cit., pág. 199-212.

¹¹⁶⁷ A definição do interesse público é efectuada por lei, cabendo à Administração Pública e aos seus servidores prosseguir-lo, cfr. Miguel Lucas Pires, “O contrato individual”, cit., pág. 200.

¹¹⁶⁸ Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho”, cit., pág. 291.

e de outras entidades públicas”¹¹⁶⁹. Naquele Acórdão n.º 61/2004, o Tribunal Constitucional ajuda a dissipar estas dúvidas, tendo decidido no sentido da aplicabilidade do n.º 2 do artigo 47.º da Lei Fundamental – nas palavras do Acórdão “*a possibilidade de contratação do pessoal (...) mediante contrato individual de trabalho, sem que se preveja qualquer procedimento de recrutamento e selecção dos candidatos à contratação que garanta o acesso em condições de liberdade e igualdade, viola o n.º 2 do artigo 47.º da CRP*”¹¹⁷⁰ – aos contratos individuais de trabalho no seio da Administração. Afirma aquele tribunal que esta norma impõe a igualdade no acesso ao emprego, a publicitação da oferta de emprego e a garantia da imparcialidade na apreciação dos candidatos, assegurada pela fundamentação da decisão de contratar, mesmo para a celebração de contratos individuais de trabalho. Seriam estes os requisitos que a Lei n.º 23/2004 imporia no seu artigo 5.º (cfr. alíneas a), b) e c) do n.º 1). Apesar deste preceito permitir respeitar o n.º 2 do artigo 47.º da Lei Fundamental, o processo de selecção previsto naquele diploma não se equiparava ao exigido para a contratação de *funcionários públicos*. Pode considerar-se que processo de recrutamento previsto naquela lei correspondia a um “sistema intermédio” entre uma plena liberdade de escolha por parte de contratava e a necessidade de observar o procedimento concursal estabelecido por lei para o recrutamento de funcionários públicos, permitindo-se uma maior celeridade e menos burocratização da contratação, sem desrespeitar aquele preceito constitucional¹¹⁷¹. A não realização de um processo de selecção, ou a sua efectivação em desrespeito de alguns dos requisitos mencionados,

¹¹⁶⁹ Miguel Lucas Pires, “O contrato individual”, cit., pág. 199.

¹¹⁷⁰ No mesmo sentido do Tribunal Constitucional, também Vital Moreira referia, antes da aprovação da Lei n.º 23/2004, que estabelecendo a Constituição que “*«todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso» (CRP, n.º 2, do artigo 47.º), seria naturalmente uma verdadeira fraude à Constituição se a adopção do regime de contrato individual de trabalho incluísse 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*”, cfr. Vital Moreira, “Projecto de Lei-Quadro dos Institutos Públicos”, in Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública/Grupo de Trabalho para os Institutos Públicos, *Relatório e proposta de lei-quadro sobre os Institutos Públicos*, Coordenação de Vital Moreira, Lisboa, 2001, pág. 435.

¹¹⁷¹ Miguel Lucas Pires, “O contrato individual”, cit., pág. 200.

inquinar a contratação subsequente, por violação daquele n.º 2 do artigo 47.º da CRP¹¹⁷².

Por fim, o regime previsto na Lei n.º 23/2004 também diferia do regime do Código do Trabalho, no que concerne à existência de limites à celebração daquele contrato de trabalho especial, prevendo aquela lei limites de *natureza procedimental*, com a existência da obrigatoriedade de determinadas comunicações e notificações; de *natureza quantitativa*, somente era permitido tal contratação nos limites do quadro de pessoal criado para o efeito; e de *natureza sancionatória*, sempre que não fossem respeitadas exigências legais¹¹⁷³. Estes limites resultam do artigo 7.º da Lei mencionada, de entre os quais se salientava a necessidade de existência de um quadro de pessoal para este efeito e nos limites desse quadro (consistindo este quadro de pessoal num quadro distinto do que vigorava para os funcionários públicos no seio da mesma pessoa colectiva pública), sendo que os contratos celebrados fora deste condicionalismo eram considerados nulos, e geravam responsabilidade civil, disciplinar e financeira dos titulares dos órgãos que celebravam estes contratos individuais de trabalho (cfr. n.º 4 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2004)¹¹⁷⁴.

Tal como existiam especificidades entre a Lei n.º 23/2004 e o regime previsto no Código do Trabalho, também existiam particularidades no confronto entre o regime previsto naquela lei e o regime a que se encontravam sujeitos os funcionários públicos, pretendemos dar conta *infra* das por nós consideradas principais.

Uma, destas particularidades, respeitava às formas de extinção dos vínculos, especificamente quanto às promovidas pelo empregador, assim enquanto no regime dos funcionários públicos se previam apenas causas de cessação subjectivas para o vínculo da nomeação — que se resumia a pena disciplinar expulsiva para funcionários públicos (cfr. artigos 28.º e 30.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro) —, já no regime do contrato de trabalho especial se previa que este, a par daquele tipo de causas, também cessava por causas objectivas (cfr. artigos 396.º a 450.º do Código do Trabalho e artigo 18.º, da Lei n.º 23/2004).

Por outro lado, enquanto os funcionários públicos se encontravam sujeitos ao Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Ad-

¹¹⁷² Miguel Lucas Pires, “O contrato individual”, cit., pág. 203.

¹¹⁷³ Miguel Lucas Pires, “O contrato individual”, cit., pág. 204.

¹¹⁷⁴ Miguel Lucas Pires, “O contrato individual”, cit., pág. 204-205.

ministração Central, Regional e Local, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro, já aos trabalhadores com contrato individual de trabalho, abrangidos pela Lei n.º 23/2004, aplicava-se o regime disciplinar comum e, portanto, já não aquele estatuto – não obstante, estarem sujeitos aos deveres especiais de prossecução do interesse público, imparcialidade e isenção (cfr. n.º 1, do artigo 4.º da Lei n.º 23/2004)¹¹⁷⁵.

Por outro lado, os litígios emergentes desta relação do contrato de trabalho especial eram da competência dos tribunais do trabalho, enquanto a resolução dos conflitos resultantes da relação submetida ao regime da função pública eram dirimidos pelos tribunais administrativos¹¹⁷⁶.

Por último, o direito à contratação colectiva (reconhecido em geral no n.º 3 do artigo 56.º da Constituição) era garantido em termos inequívocos para os trabalhadores contratados, no sentido em que os empregadores se encontravam obrigados a cumprir o conteúdo dos respectivos acordos (cfr. artigo 19.º a 22.º da Lei n.º 23/2004), enquanto relativamente aos funcionários públicos existia apenas um direito à negociação colectiva, que se traduzia num acordo que obrigava o Governo a adoptar as medidas legislativas ou administrativas destinadas ao seu cumprimento (n.º 3, do artigo 5.º, da Lei n.º 23/98, de 26 de Maio, que estabeleceu o regime de negociação colectiva e a participação dos trabalhadores da Administração Pública em regime de direito público)¹¹⁷⁷⁻¹¹⁷⁸.

Tais diferenças de regimes que surgem com a aprovação da Lei n.º 23/2004, que ao generalizar o contrato individual de trabalho no seio da Administração, vem criar uma certa alternatividade entre contrato individual de trabalho e nomeação, levou ao surgimento da possibilidade de coexistência na mesma pessoa colectiva pública de trabalhadores sujeitos a regimes de trabalho distintos, ainda que exercendo, frequentemente a mesma actividade¹¹⁷⁹. De facto, refere Cláudia Viana que a situação se caracterizava pela convivência, no seio do mesmo ente público, de tra-

¹¹⁷⁵ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 114, e Miguel Lucas Pires, “O contrato individual”, cit., pág. 211.

¹¹⁷⁶ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 114.

¹¹⁷⁷ Miguel Lucas Pires, “O contrato individual”, cit., pág. 211.

¹¹⁷⁸ Para mais desenvolvimento sobre esta matéria do direito à negociação colectiva, vide Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., esp.^{te} pág. 244, 314 e 316.

¹¹⁷⁹ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 105.

balhadores submetidos a regimes jurídicos distintos, sem que se descor-
tinasse o critério distintivo e justificativo dessa diferenciação¹¹⁸⁰.

Havia inclusive quem defendesse que este sistema violava o prin-
cípio da igualdade. Neste sentido, Paulo Veiga e Moura referia que ao
permitir-se o recurso indistinto a uma ou outra daquelas figuras, a Lei
n.º 23/2004 sempre colidiria com o princípio constitucional da igual-
dade, pois legitimaria que dois trabalhadores que trabalhassem para a
mesma entidade e exercessem as mesmas funções, estivessem sujeitos
a regimes substancialmente distintos, numa “esquizofrenia organizati-
va dificilmente explicável e claramente infundada”¹¹⁸¹. No mesmo sen-
tido, e com os mesmos fundamentos, também Vera Antunes defendia
que existência na mesma pessoa colectiva de dois trabalhadores que
exercem as mesmas funções, mas sujeitos a regimes jurídicos laborais
distintos colocava em causa o princípio da igualdade, pelo que defendia
a necessidade da criação de um regime uniforme¹¹⁸².

Resulta do exposto, que com a Lei n.º 23/2004, de 22 de Ju-
nho, se vem generalizar o recurso ao contrato de trabalho por tempo
indeterminado no seio da Administração. Estava, assim, lançada a polí-
tica de expansão do contrato de trabalho no âmbito da Administração
Pública, a que se referia a Resolução do Conselho de Ministros n.º
95/2003. Como referia Ana Fernanda Neves, aquela lei veio abrir ca-
minho à substituição do modelo comum de vinculação do trabalhador
– a nomeação – pelo contrato individual de trabalho¹¹⁸³.

Também Paulo Veiga e Moura, em 2004, alertava que a expansão
do contrato individual de trabalho na Administração Pública, propor-
cionada por este diploma legal, iria fazer-se numa razão proporcional à
diminuição do número de funcionários e agentes, a qual abriria cami-
nho à eliminação dos “funcionários”, dos “agentes”, os quais tenderiam
a desaparecer progressivamente para dar lugar, no plano do emprego
público, à ascensão da figura do trabalhador¹¹⁸⁴. Não se revelou neces-
sário aguardar muitos anos até que o legislador viesse a concretizar
grande parte desta antevisão do autor citado (primeiramente com a

¹¹⁸⁰ Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho”, cit., pág. 292.

¹¹⁸¹ Paulo Veiga e Moura, “Implicações Jurídico-Constitucionais da Introdução do Contrato Individual de Trabalho na Administração Pública”, in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 11, 2006, pág. 69, e, do mesmo autor, *A privatização*, cit., pág. 402-403

¹¹⁸² Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 104, (nota n.º 200).

¹¹⁸³ Ana Fernanda Neves, “O contrato de trabalho na Administração”, cit., pág. 126.

¹¹⁸⁴ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 260-261.

Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, e, posteriormente, com a Lei n.º 35/2014).

Em jeito de análise crítica a esta opção legislativa de generalizar o contrato individual de trabalho defendia (e continua a defender como veremos) Paulo Veiga e Moura que a Constituição consagrou uma *garantia institucional de função pública*, pelo que, o contrato individual trabalho não poderia ser introduzido em termos de significar uma alternativa à nomeação enquanto meio preferencial de constituição das relações de emprego necessárias à satisfação de necessidades permanentes dos serviços. Pelo que, só excepcionalmente, seria lícito afastar-se o regime estatutário e consagrar o contrato individual de trabalho no seio das relações de emprego com a Administração Pública¹¹⁸⁵. No entanto, não seria este o rumo que tomaria o legislador nem na Lei n.º 23/2004, nem, na Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro como veremos adiante.

Contudo, apesar da Lei n.º 23/2004 abrir a porta a uma generalizada *privatização do emprego público*, o regime e vínculo tradicional da *função pública*, a nomeação, manteve-se como a regra¹¹⁸⁶ até à entrada em vigor em pleno da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro.

3. Enquadramento legislativo da relação de emprego público entre 2009 e 2014

A grande reorganização global em matéria de modelos de vinculação para o exercício de funções públicas¹¹⁸⁷, aconteceu a 1 de Janeiro de 2009, com a entrada em vigor em pleno da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro. Com este diploma legal foram introduzidas importantes alterações no que respeita a matéria de vínculos da relação jurídica de emprego público. A principal alteração neste âmbito foi a da substituição, da até à data, modalidade rainha da *função pública*, a nomeação, pelo contrato de trabalho em funções públicas, actual vínculo-regra do emprego público em Portugal, o qual arrastou consigo todo um regime e institutos do direito laboral comum, contribuindo ao que tudo

¹¹⁸⁵ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 261; e, do mesmo autor, “Implicações Jurídico-Constitucionais”, cit., pág. 68-69.

¹¹⁸⁶ Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho”, cit., pág. 292.

¹¹⁸⁷ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do trabalho, Parte II*, cit., pág. 316.

parece, em larga escala, para dar continuidade ao progressivo fenómeno da *privatização do emprego público*.

O enquadramento legislativo do regime jurídico a que se encontram submetidos os trabalhadores que mantêm com a Administração uma relação jurídica de emprego público constava até à entrada em vigor da Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, que aprovou a LTFP, no seu essencial, da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro que estabelece o regime de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, da Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, que aprovou o regime de contrato de trabalho em funções públicas¹¹⁸⁸, da Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro, que estabelece o sistema integrado de gestão e avaliação do desempenho na administração pública, da Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro, que define o estatuto disciplinar dos trabalhadores que exercem funções públicas, e da Portaria n.º 83-A/2009, de 22 de Janeiro, que regula a tramitação do procedimento concursal na Administração Pública, na redacção que lhe foi conferida pela Portaria n.º 145-A/2011, de 6 de Abril, que alterou aquela.¹¹⁸⁹

De acordo com a legislação mencionada, sobretudo com a Lei n.º 12-A/2008, de 22 de Fevereiro, as relações de emprego público passam a ser constituídas por via de *nomeação* – nas modalidades de nomeação definitiva, e de nomeação transitória –, de *comissão de serviço* ou de *contrato de trabalho em funções públicas* – nas modalidades de contrato por tempo indeterminado, e de contrato a termo resolutivo (certo ou incerto).

A constituição de uma relação jurídica de emprego público pelas vias acabadas de referir pressupõe o recrutamento e selecção de pessoal assente *num procedimento concursal*. Quanto aos procedimentos concursais, eles poderiam ser para *ingresso* (categoria de base de uma carreira), ou *acesso às carreiras* (categorias intermédias ou superiores de uma carreira). Podendo, em qualquer um dos tipos de procedimentos, ser *internos*, quando estejam reservados a pessoas que tenham uma relação

¹¹⁸⁸ A Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, entrou paulatinamente em vigor no período compreendido entre dia 28 de Fevereiro e o dia 1 de Janeiro de 2009, cfr. Ida Teixeira, *A Constituição da Relação Jurídica de Emprego Público*, cit., pág. 55. Foi nesta última data que entrou, pois, plenamente em vigor, no mesmo dia que entra também vigor a Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro.

¹¹⁸⁹ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 347.

de emprego com a Administração; ou *externos*, quando também puderem candidatar-se pessoas que não têm relação de emprego com ela¹¹⁹⁰.

O procedimento concursal de *acesso às carreiras* era, em regra, na falta de uma previsão esclarecedora da lei, *interno e geral* (cfr. artigo 6.º da Lei n.º 12-A/2008), sendo também deste tipo o procedimento concursal para ingresso: quando se destinasse à constituição de relações de emprego público por tempo indeterminado, começava sempre de entre trabalhadores que fossem titulares de uma relação jurídica de emprego público indeterminado previamente estabelecida (cfr. artigo 6.º, n.º 4, da Lei n.º 12-A/2008); e quando se destinasse à constituição de relações de emprego público por tempo determinado ou determinável, iniciava-se sempre de entre trabalhadores que sejam titulares de uma relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado previamente estabelecida, e que não pretendessem conservar essa qualidade ou trabalhadores que se encontrem em situação de *mobilidade especial* (cfr. artigo 6.º, n.º 5, daquela Lei).

Excepcionalmente, porém, era permitida a promoção de um concurso externo, que dependia da verificação de requisitos específicos, que acrescem aos requisitos gerais (cfr. artigo 6.º, n.º 6, da Lei n.º 12-A/2008): impossibilidade de ocupação de todos ou alguns postos de trabalho através de concurso interno; e parecer favorável dos membros responsáveis pelas finanças e pela Administração Pública. Nesse caso, poderia proceder-se ao recrutamento de trabalhadores que fossem titulares de uma relação jurídica de emprego público por tempo determinado ou determinável (ainda concurso interno e geral) mas, também, de trabalhadores sem relação de emprego previamente estabelecida (concurso externo e geral). Para além do regime que constava dos artigos 50.º e seguintes da Lei n.º 12-A/2008, o procedimento concursal (especificamente a sua tramitação, embora não apenas esta) encontrava-se regulado na Portaria n.º 83-A/2009, do Ministério das Finanças e da Administração Pública, de 22 de janeiro¹¹⁹¹.

Quanto à cessação do vínculo passaram a ser permitidos causas objectivas de cessação na modalidade de contrato de trabalho em funções públicas (cfr. artigo 33.º da LVCR), com excepção dos trabalhadores que transitaram, automaticamente, por determinação da lei,

¹¹⁹⁰ Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010., pág. 362-364.

¹¹⁹¹ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 347.

com a entrada em vigor em pleno da Lei n.º 12-A/2008, do vínculo da nomeação para o vínculo do contrato de trabalho em funções públicas, ficando estes abrangidos pela já chamada *cláusula de segurança* prevista no n.º 4, do artigo 88.º da LVCR. Decorre do exposto, que neste âmbito passou a existir uma dualidade de regimes quanto às causas de cessação da relação de emprego público fundada no contrato de trabalho em funções públicas: assim, por um lado, os que eram nomeados, e transitaram para o modalidade de contrato de trabalho em funções públicas, continuam a não poder ver o seu contrato cessar por causas objectivas, e, por outro lado, os restantes trabalhadores titulados com contrato de trabalho em funções públicas que podem ver o seu contrato cessar por causas objectivas¹¹⁹². Quem também permanece incólume àquelas causas objectivas de cessação do vínculo são os trabalhadores que se mantém nomeados, nos termos do artigo 10.º da LVCR.

3.1. *Modalidades de constituição da relação jurídica de emprego público entre 2009 e 2014*

De acordo com o artigo 9.º, da LVCR, as relações de emprego público passaram a ser constituídas por via de *nomeação*, de *comissão de serviço* ou de *contrato de trabalho em funções públicas*, este nas modalidades de *contrato por tempo indeterminado* e de *contrato a termo resolutivo* (certo ou incerto). Estas modalidades de emprego público estão sujeitas a uma legislação que aparece qualificada como de direito público¹¹⁹³. No entanto, se é certo que essa legislação é verdadeiramente de direito público — *maxime* de direito administrativo — para a nomeação e para a comissão de serviço, já quanto ao contrato de trabalho em funções públicas, apesar de ele ser qualificado legislativamente como administrativo, e por isso mesmo, comungar de alguns pontos do regime jus-administrativo com as restantes modalidades de emprego público, levantam-se sérias dúvidas sobre a sua verdadeira natureza, uma vez que a sua disciplina é em grande parte decalcada pelo Código do Trabalho, como veremos mais adiante.

A modalidade regra de constituição da relação jurídica de em-

¹¹⁹² Licínio Lopes Martins, “A Relação de Emprego Público: Nótulas sobre as Principais Vicissitudes da sua Evolução Recente e (Algumas) Incoerências do Regime”, cit., pág. 249.

¹¹⁹³ Ida Sofia Carreira Teixeira, *A Constituição da Relação Jurídica de Emprego Público na Atualidade*, (dissertação de mestrado do ISCTE-IUL), policopiado, 2012, pág. 55.

prego público, deixa de ser a nomeação neste novo quadro normativo, cedendo lugar ao contrato de trabalho em funções público, sendo legítimo afirmar, como Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, que “inverte-se a regra vigente até 1 de Janeiro de 2009, pois se até aí o meio normal de constituição das relações de emprego público era a nomeação, tendo o contrato administrativo de provimento uma feição marcadamente excepcional, a partir daquela data a contratação dita administrativa passa a constituir o meio normal e maioritário de constituição das relações de emprego e a nomeação a representar o meio excepcional”¹¹⁹⁴.

3.1.1. A nomeação

O carácter estatutário da relação jurídica de trabalho titulada por nomeação é tradicionalmente reconhecido. De salientar, desse carácter, a falta de disponibilidade das partes quanto ao modo de constituição e ao objecto, com definição unilateral do respectivo regime jurídico, em termos que o afastam do regime laboral comum dos trabalhadores do sector privado.¹¹⁹⁵ Por regra, o conteúdo da actividade desenvolvida não era relevante para a identificação da relação jurídica de emprego titulada pela nomeação. No entanto, actualmente, por sua vez, a nomeação associa-se a carreiras cujo conteúdo funcional prevê o exercício de funções de soberania e/ou funções de autoridade pública.¹¹⁹⁶

De acordo com o n.º 2, do artigo 9.º da LVCR, a nomeação apresentava-se como o acto unilateral da entidade empregadora pública cuja eficácia depende da aceitação do nomeado.

Quanto à situação jurídica dos trabalhadores em funções públicas nomeados era de *natureza legal e regulamentar*. A situação jurídica dos nomeados consiste numa situação jurídica objectiva pois trata-se de uma situação geral e impessoal, porque tem um conteúdo geral, antecipadamente estabelecido na lei e abrange todos aqueles que estiverem nas mesmas condições de facto. Como essa situação jurídica deriva da lei, ela pode ser livremente modificada, sem consentimento do trabalhador, pela autoridade legislativa ou regulamentar que a esta-

¹¹⁹⁴ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 9.º, pág. 51.

¹¹⁹⁵ Ana Fernanda Neves, “O contrato de trabalho na Administração”, cit., pág. 97.

¹¹⁹⁶ Ana Fernanda Neves, “O Direito da...”, cit., pág. 441-442.

beleceu.¹¹⁹⁷ Neste sentido, também, o Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 187/2013, de 5 de Abril, referindo: a “*principal consequência dessa sua vinculação ao interesse público é a sujeição a uma situação estatutária, que se distingue de um estatuto tipicamente contratual, por se tratar de uma situação jurídica objetiva, definida legal e regulamentarmente, e que pode ser modificada unilateralmente pelo Estado através de uma nova norma jurídica. O legislador dispõe de liberdade conformativa para adaptar o regime da função pública às necessidades de interesse público que em cada momento se façam sentir*”.

A nomeação, que até à entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, era legalmente a forma de constituição da relação jurídica de emprego por excelência, cede agora lugar ao contrato de trabalho que passa a constituir a modalidade comum de constituição da relação de emprego público, passando aquela, a assumir um papel residual, e limitado na constituição de relações de emprego público. O seu préstimo fica, no essencial, reservado ao exercício de funções em carreiras cuja atribuição ou competência esteja associada a poderes de soberania e autoridade, nos termos do artigo 10.º, da LVCR¹¹⁹⁸. Nos termos deste preceito, são nomeados os trabalhadores a quem compete, em função da sua integração nas carreiras adequadas para o efeito, o cumprimento ou a execução de atribuições, competências e actividades 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; e, inspecção. Sem prejuízo da existência de outras, as carreiras referidas constituem todas elas carreiras especiais, nos termos do n.º 3, do artigo 41.º, da LVCR.

Como inovação a destacar em matéria de nomeação introduzidos pelo novo regime, refira-se, desde logo, que a nomeação passa a ficar restrita às carreiras que prevejam o exercício de funções predominantemente não técnicas, que contendem com o *potestas* do Estado.

De notar que o legislador não enunciou as carreiras que terão por objecto uma nomeação, tendo optado antes por enunciar as áreas de actividade onde se podem inserir as carreiras cujo provimento se fará através de nomeação, o que significa que apesar da enumeração

¹¹⁹⁷ Luiz Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, cit., pág. 87-88.

¹¹⁹⁸ Cfr. Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 127, e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013, de 5 de Abril.

taxativa destas áreas, nem todas as carreiras inseridas em tais áreas serão necessariamente objecto de nomeação, mas serão apenas aquelas cujo conteúdo funcional envolva o cumprimento de atribuições ou o exercício de competências nas áreas enunciadas nas diversas alíneas do artigo 10.º da LVCR. Ou dito de outro modo, nem todos os empregos nestes domínios, previstos no artigo 10.º, estão excluídos do vínculo contratual, mas apenas aqueles que envolvam o exercício de funções próprias e específicas dos mesmos¹¹⁹⁹. Além disso, a nomeação deixa de atribuir a qualidade especial de *funcionário público*, passando a atribuir, como qualquer da modalidade de emprego público, a partir da entrada em vigor da LVCR, a qualidade de *trabalhador que exerce funções públicas*.¹²⁰⁰

Quanto às modalidades que a nomeação pode assumir estabeleceu aquele diploma legal que ela pode ser *definitiva* – constituindo, neste caso, uma relação ou um vínculo de emprego público por tempo indeterminado, sem prejuízo do período experimental –, ou *transitória* – constituindo um vínculo por tempo determinado ou determinável, observando as disposições do contrato de trabalho em funções públicas referentes ao contrato a termo resolutivo (cfr. n.º 1, do artigo 11.º, e artigo 13.º da LCVR). Constituindo, esta última modalidade, mais uma das inovações, introduzidas por aquele diploma, nesta modalidade de vinculação, pois, pela primeira vez a nomeação passa a poder revestir natureza precária, o que poderá representar uma revolução nos conceitos jurídicos¹²⁰¹.

No entanto, esta nova figura da nomeação transitória gerou alguma controvérsia quanto ao seu sentido. Pois, por força de indicação expressa do artigo 10.º, da LVCR, apenas poderiam ser nomeados trabalhadores que estivessem integrados em carreiras, das áreas funcionais ali mencionadas, – o que parecia ser bem compreensível, por estarem em causa funções que contendiam com o exercício de funções de autoridade e soberania, evitando-se que as mesmas fossem exercidas por pessoas com vínculos precários, e tendencialmente, mais susceptíveis a influências e interesses alheios –, e se os nomeados transitoriamente

¹¹⁹⁹ Ana Fernanda Neves, “O Direito da...”, cit., pág. 442.

¹²⁰⁰ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 10.º, pág. 57.

¹²⁰¹ Cfr., também para uma análise crítica sobre esta nova figura da nomeação transitória, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 10.º e 11.º, pág. 57-58.

não se encontravam integrados em qualquer carreira (artigo 40.º, *a contrario*, daquela lei), parecia desprovido de sentido que alguém fosse designado com base neste tipo de vínculo¹²⁰².

Numa observação crítica sobre esta figura da nomeação transitória, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar começam por referir que a nomeação transitória não apresentava qualquer fundamento que a justificasse, parecendo mesmo apresentar-se como uma contradição por parte do legislador, acabando por concluir, na tentativa de atribuir algum sentido à nomeação transitória, que esta nova figura constituiria essencialmente um meio que possibilitaria à Administração Pública encontrar temporariamente substitutos para o pessoal nomeado definitivamente, ou para fazer face a aumentos temporários de serviço na área das actividades que legitimariam o recurso a esta forma de vinculação¹²⁰³.

Por sua vez, Miguel Lucas Pires entendia que o legislador, ao prever esta figura da nomeação transitória, teria pretendido criar um sucedâneo do contrato administrativo de provimento, ou seja, um tipo de vínculo submetido a um regime semelhante ao dos nomeados definitivamente, mas distinguindo-se dele sobretudo relativamente à sua duração. Acrescenta o autor que se assim foi, surgiria aqui um problema relacionado com a natureza das funções que poderiam ser exercidas ao abrigo da nomeação transitória: se no regime anterior nomeados e agentes administrativos poderiam desempenhar qualquer tipo de actividade, de natureza predominante técnica ou não, no âmbito deste quadro normativo tal não sucede, reservando-se o exercício de funções de autoridade para os trabalhadores nomeados. O que colocava as seguintes questões: será que a nomeação transitória não serviria para o exercício de funções de autoridade ou soberania, reservando-se a sua função para o exercício de funções essencialmente técnicas, assim a equiparando aos contratos a termo; ou, pelo contrário, aquela figura deveria ficar reservada para o exercício temporário de funções de autoridade? Entendia o autor citado que esta segunda proposta se apresentaria como a mais adequada, se bem que a remissão do n.º 1, do artigo 13.º da LVCR, para vários aspectos do regime do contrato

¹²⁰² Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 11.º, pág. 58-59, e Miguel Lucas Pires, *Os regimes de vinculação*, cit., 62-63.

¹²⁰³ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 11.º, pág. 58-59.

de trabalho, possa sugerir a resposta contrária, ao mesmo passo que reduzia significativamente o alcance da figura¹²⁰⁴.

De facto, por força da mencionada remissão, apenas seria legítimo o recurso à nomeação transitória nos termos e condições em que a lei permitia a celebração dos contratos a prazo (n.º 1, do artigo 93.º do RCTFP), destes se distinguindo, sobretudo, pela natureza das funções que podem ser desempenhadas ao abrigo de uma ou de outra figura¹²⁰⁵. Mas a remissão para o regime do contrato a termo para além dos pressupostos que tornavam lícita a sua utilização, alargavam-se também ao período experimental e à sua duração e renovação, sendo aplicáveis pois, com as necessárias adaptações, as disposições adequadas do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas relativas ao contrato a termo resolutivo (nos termos do n.º 1, do artigo 13.º, da LVCR). Assim, embora esta nomeação transitória, correspondesse a um acto administrativo unilateral de constituição de uma relação de emprego público, era contratualizada quanto ao seu regime substantivo, aplicando-se-lhe o regime do contrato a termo previsto no Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas¹²⁰⁶.

Ainda sobre a nomeação transitória, diga-se que a respectiva área de recrutamento era constituída apenas pelos trabalhadores que não tivessem ou não pretendessem conservar a qualidade de sujeitos de relações jurídicas de emprego público constituídas por tempo indeterminado, bem como por aqueles que se encontrem em situação de *requalificação* (cfr. n.º 2, do artigo 13.º LVCR, e artigo 48.º, da Lei n.º 80/2013, de 28 de Novembro).

Assim, uma vez que a nomeação transitória seria constituída por tempo determinado ou determinável, assumindo pois uma natureza precária, somente a nomeação definitiva permitia o exercício de funções por tempo indeterminado. Pelo que, só esta última modalidade de nomeação assegurava a tradicional estabilidade da relação de emprego público, sem prejuízo da sua sujeição a um período experimental (em substituição do anterior estágio das carreiras técnica e técnica superior, nos termos do artigo 5.º, do Decreto-Lei n.º 265/88, de 28 de Julho), destinado a comprovar se o trabalhador possui as competências

¹²⁰⁴ Cfr. Miguel Lucas Pires, *Os regimes de vinculação*, cit., 62-63.

¹²⁰⁵ Miguel Lucas Pires, *Os regimes de vinculação*, cit., 64.

¹²⁰⁶ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, 2.ª edição, cit., pág. 359.

exigidas pelo posto de trabalho que vai ocupar, sendo que na falta de lei especial em contrário, esse período experimental tem a duração de um ano (n.ºs 1 e 2, do artigo 12.º da LVCR)¹²⁰⁷.

De referir que de acordo com a Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, eram-lhe aplicáveis aos trabalhadores que exercem funções públicas na modalidade de nomeação, com as necessárias adaptações, algumas disposições do RCTFP (cfr. artigo 8.º da Lei Preambular).¹²⁰⁸

3.1.2. *Comissão de serviço*

A comissão de serviço constituía outra das modalidades de constituição da relação de emprego público enunciada pelo legislador no artigo 9.º da LVCR, tendo sido autonomizada por aquela lei em face da nomeação por parte do legislador (uma vez que no regime anterior era apenas uma modalidade de nomeação)¹²⁰⁹. O seu âmbito de aplicação era restrito, limitando-se apenas a duas situações taxativamente previstas na lei: o exercício de cargos não inseridos em carreiras, designadamente dos dirigentes; e a 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, nos termos do n.º 4 do artigo 9.º da LVCR. Era exemplificativo desta segunda situação, o que se passava com as carreiras médicas, cujo efectivo acesso à respectiva categoria de base pressuponha, além da habilitação académica de base, a frequência e aprovação do que vulgarmente se designa por “internato médico”¹²¹⁰.

A *comissão de serviço* apresentava-se como um acto unilateral da Administração que designava um indivíduo para ocupar um cargo dirigente ou para a frequência de uma formação, estando a respectiva eficácia dependente da aceitação do designado, que reveste a forma de

¹²⁰⁷ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 11.º, pág. 58.

¹²⁰⁸ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do trabalho, Parte II*, cit., pág. 318-319.

¹²⁰⁹ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 129-130.

¹²¹⁰ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 9.º, pág. 54.

posse (cfr. n.º 1, do artigo 24.º, da LCVR). Comparativamente com o regime anterior, ocorreu uma mudança terminológica de *nomeação em comissão de serviço* para, simplesmente, *comissão de serviço*: muito embora o título jurídico constitutivo continue a ser um acto administrativo unilateral, assiste-se a uma flexibilização do regime da comissão de serviço que deixou de integrar o *género* da nomeação¹²¹¹.

A comissão de serviço era uma forma de emprego temporária, tendo por regra a duração de três anos, sucessivamente renovável por iguais períodos, salvo estipulação de lei especial em contrário. O tempo de serviço decorrido em comissão de serviço era contado na carreira e categoria às quais o trabalhador regressava, não sendo prejudicado por ter exercido tais funções (cfr. artigo 23.º, a LVCR).

Nos termos do n.º 3, do artigo 24.º da Lei n.º 12-A/2008, aplicava-se à comissão de serviço, o regime da nomeação quanto à forma do acto (artigo 14.º), à forma da aceitação (n.ºs 2 e 3, do artigo 15.º), ao prazo para a aceitação (artigo 17.º), aos efeitos da aceitação (n.º 1, do artigo 18.º) e aos efeitos da falta de aceitação (artigo 19.º).

3.1.3. *Contrato de trabalho em funções públicas*

O *contrato de trabalho em funções públicas* era um acto bilateral, celebrado entre uma entidade empregadora pública e um particular, nos termos do qual se constitui uma relação de trabalho subordinado, que o legislador afirmava expressamente ser de natureza administrativa (cfr. n.º 3, do artigo 9.º da LVCR). Tal como também assumiam natureza administrativa as outras modalidades de constituição da relação de emprego público: a nomeação e a comissão de serviço — embora neste caso do contrato só formalmente o venha a ser¹²¹². Por regra, eram contratados todos os que não devessem ser nomeados, nem devessem ver a sua relação ser constituída por comissão de serviço (nos termos do artigo 20.º, da LVCR). Tornando-se este contrato a modalidade por excelência de constituição da relação de emprego público, e

¹²¹¹ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, 2.ª edição, cit., pág. 360.

¹²¹² Como ensina Liberal Fernandes: “o contrato de trabalho em funções públicas possui dimensão materialmente laboral, embora formalmente administrativa”, cfr. Francisco Liberal Fernandes, “A flexibilidade como novo modo de ser da relação de emprego público: necessidade ou estratégia de domínio”, cit., pág. 288.

como deveriam ser nomeados, à partida, nos termos do artigo 10.º, da LVCR, os que exercessem funções de autoridade ou soberania, ficaria reservado para o contrato de trabalho em funções públicas as relações constituídas para o exercício de funções essencialmente técnicas.

Embora se tratasse de um contrato administrativo, a sua regulação está excluída do âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos (cfr. artigo 12.º da Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, que alterou o artigo 4.º daquele Código), encontrando-se este tipo de contratos sujeitos a uma regulamentação própria. Esta regulamentação especial constava da Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, o qual aprovou o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (RCTFP)¹²¹³.

Resulta desta regulamentação própria, prevista no RCTFP, que apesar de o legislador conferir natureza administrativa ao contrato de trabalho em funções públicas, uma grande parte da sua disciplina aproxima-se da prevista no Código do Trabalho, o que legitima que se suscitem dúvidas quanto à natureza deste tipo de contrato. Pois, este novo diploma não se limita a disciplinar os aspectos em que o regime jurídico se afastava do regime laboral comum – como fazia a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, remetendo nos restantes aspectos para o Código do Trabalho e para a respectiva Regulamentação. Antes se apresentava como um regime legal completo deste tipo de contrato de trabalho, com a pretensão de disciplinar aspectos relativos à sua formação, execução e cessação do contrato, constituindo uma grande parte dessa disciplina um verdadeiro decalque da disciplina prevista no Código do Trabalho¹²¹⁴.

Passam a ser contratados, com esta nova legislação, os trabalhadores que não devam ser nomeados, e cuja relação jurídica de emprego público não deva ser constituída por comissão de serviço (artigo 20.º, da LVCR). Aos contratados cabem, assim, todas as outras actividades ou funções predominantemente técnicas, as quais são a grande maioria na Administração¹²¹⁵. O *contrato de trabalho em funções públicas* passa, assim, a ser o modo normal de constituição da relação de emprego pú-

¹²¹³ A Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, era composta por três partes: 1.ª Lei Preambular, 2.ª Anexo I – Regime do contrato de trabalho em funções públicas, 3.ª Anexo II – Regulamento do contrato de trabalho em funções públicas.

¹²¹⁴ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do trabalho, Parte II*, cit., pág. 318.

¹²¹⁵ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 128-129.

blico (artigo 20.º da Lei n.º 12-A/2008), abrangendo, assim, a maior parte dos recursos humanos da Administração Pública¹²¹⁶.

Esta opção legislativa de disseminar o vínculo, e regime, do contrato de trabalho no seio da Administração Pública, contribuindo para dar um novo passo no fenómeno da *privatização do emprego público*, foi novamente criticada por Paulo Veiga e Moura, e, agora também juntamente com Cátia Arrimar, ao considerarem que a generalização de um “regime de vinculação que tem por substracto maioritário o regime laboral privado, conduz ao esvaziamento de uma realidade constitucionalmente protegida – a Função pública e o seu regime jurídico – e à eliminação por via legislativa de uma classe partícula de trabalhadores com expressa previsão constitucional – os funcionários e agentes”¹²¹⁷.

Nesta perspectiva, afirmam os autores citados que as soluções legais que têm vindo a ser tomadas em matéria de contratação de trabalhadores da Administração Pública se apresentam desconformes com o texto constitucional, já que ainda que se possa considerar que o contrato de trabalho em funções públicas se caracteriza por ter um regime onde confluem normas de direito administrativo com normas de direito laboral apenas em situações meramente excepcionais, devidamente justificadas e alicerçadas na defesa de outros valores ou interesses constitucionalmente protegidos, poderia o legislador ordinário vir a afastar o regime-regra de direito público e substituí-lo por um regime assente no direito laboral comum¹²¹⁸. Como melhor veremos mais adiante, concordamos com a opinião destes autores, quanto ao facto de consideramos que deve ser de direito público o regime jurídico que regula a generalidade das relações de emprego público, e apenas a título excepcional, e devidamente fundamentado, se pode recorrer ao contrato de trabalho no âmbito da Administração Pública.

O exercício de funções de natureza predominantemente técnica – tal como acontece no regime laboral privado, e também acontecia no seio da Administração desde a entrada em vigor da Lei n.º 23/2004 – poderia ocorrer ao abrigo de vínculos de natureza temporária ou duradoura. Ou, seguindo a terminologia legal, o contrato pode ser ce-

¹²¹⁶ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, 2.ª edição, cit., pág. 361.

¹²¹⁷ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 9.º, pág. 50.

¹²¹⁸ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 9.º, pág. 50.

lebrado *por tempo indeterminado* ou *a termo resolutivo*, que tanto pode ser *certo* como *incerto*. Embora ambas as modalidades gerassem a inclusão do trabalhador no mapa de pessoal (cfr. n.º 1 do artigo 5.º, da LVCR), apenas o primeiro deste tipo de contratos implicaria a integração do trabalhador numa carreira (cfr. n.º 1, do artigo 39.º, da LVCR).¹²¹⁹

Quanto ao período experimental do contrato de trabalho vinha disciplinado nos artigos 73.º e seguintes do RCTFP, e tem como objectivo, tal como na nomeação destinava-se a comprovar se o trabalhador possui as competências exigidas pelo posto de trabalho que vai ocupar. Nos contratos por tempo indeterminado a duração do período experimental dependia da carreira em causa (90 dias para os trabalhadores integrados na carreira de assistente operacional, 180 dias para os trabalhadores integrados na carreira de assistente técnico, ou 240 dias para os trabalhadores integrados na carreira de técnico superior), e na contratação a termo, variava em função do tempo de duração do contrato (30 dias para contratos de duração igual ou superior a seis meses; e 15 dias para contratos de duração inferior a seis meses).

Quanto ao recurso contrato de trabalho em funções públicas a termo resolutivo (certo ou incerto, n.º 1 do artigo 21.º, da LVCR), este assumia sempre uma natureza excepcional e residual, pois embora o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas não o referisse expressamente, deduzia-se pela enumeração taxativa das causas justificativas (cfr. n.º 1, do artigo 93.º do RCTFP), que só poderia ser utilizado para fazer face a necessidades temporárias da Administração, e mesmo assim, só se as necessidades de natureza transitória que se pretendessem satisfazer com a mesma não pudessem ser satisfeitas ou asseguradas através de pessoal provido por tempo indeterminado no serviço.¹²²⁰ O contrato a termo incerto tinha a sua aplicabilidade mais reduzida que o contrato a termo certo (cfr. artigo 106.º que remete para o alíneas a) a d) e f) a l) do n.º 1 do artigo 93.º, do RCTFP)¹²²¹.

O contrato a termo resolutivo continuava, tal como na legislação anterior, a não se poder converter, em caso algum, em contrato por tempo indeterminado, caducando, no caso de contrato a termo

¹²¹⁹ Miguel Lucas Pires, *Os regimes de vinculação*, cit., pág. 88-89.

¹²²⁰ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 21.º, pág. 74.

O regime destes contratos a termo encontra-se fixado nos artigos 91.º a 107.º do RCTFP.

¹²²¹ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 129.

certo, no termo do prazo máximo de duração previsto no Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas ou, tratando-se de contrato a termo incerto, quando deixe de se verificar a situação que justificou a sua celebração. Por sua vez, o contrato a termo certo continuava a não estar sujeito a renovação automática (nos termos do artigo 92.º e 104.º do, RCTFP). Já quanto à duração, o contrato a termo certo não poderia exceder três anos, incluindo renovações, nem ser renovado mais de duas vezes, sem prejuízo de disposição especial (cfr. artigo 103.º, daquele diploma legal)¹²²².

Resulta do exposto dois dos aspectos mais significativos em que o regime do RCTFP, em matéria de contratos a termo, se afasta do Código do Trabalho (aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro): por um lado, neste último ao contrário do estipulado naquele, o contrato a termo pode converter-se em contrato sem termo; por outro lado, ainda no Código do Trabalho, e também ao contrário do regime previsto no RCTFP, vigora a regra da renovação automática dos contratos a termo certo uma vez verificado este, salvo declaração das partes em contrário, (respectivamente, artigo 147.º, e 149.º do Código do Trabalho).

Por sua vez, o regime do contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado tornar-se-ia, com a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, no regime-regra do emprego público. Senão veja-se. Passam-se a incluir no regime do contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado, a partir de 1 de Janeiro de 2009 (data da entrada em vigor do artigo 88.º daquele diploma legal), por um lado, os trabalhadores que exerciam funções predominantemente técnicas e estavam nomeados definitivamente transitaram, por deter-

¹²²² Cfr. a propósito desta matéria da renovação e caducidade do contrato de trabalho a termo certo, o Acórdão do (Pleno) Supremo Tribunal Administrativo n.º 3/2015, de 21 de Maio, uniformiza a jurisprudência nos seguintes termos: no domínio da redacção inicial do n.º 3, do artigo 252.º, do RCTFP, aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, a caducidade de um contrato de trabalho a termo certo cuja renovação fosse já legalmente impossível não conferia ao trabalhador direito à compensação referida nessa norma — de notar que através da Lei n.º 66/2012, de 31 de Dezembro, o n.º 3 do artigo 252.º foi alterado, passando a prever que a caducidade do contrato a termo certo conferia sempre ao trabalhador o direito a compensação, salvo se a caducidade decorresse da vontade dele. Havia decidido de modo diverso, o Acórdão do STA n.º 01132/13, de 3 de Abril de 2014, o acórdão fundamento deste acórdão de uniformização de jurisprudência, entendendo que naquelas condições no âmbito da vigência da redacção original do n.º 3 do artigo 252.º o trabalhador teria direito a compensação em caso de caducidade do contrato a termo.

minação da lei, para o regime do contrato de trabalho em funções públicas (cfr. n.º 4, do artigo 88.º, da LVCR); por outro lado, os trabalhadores que à data da entrada em vigor daquela lei tinham contratos individuais de trabalho celebrados ao abrigo da Lei n.º 23/2004, transitaram para o regime do contrato em funções públicas, que é o mesmo que dizer que se convertem *ex vi legis* num contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado (cfr. n.º 3, do artigo 88.º, da LVCR)¹²²³; e por fim, é também os cidadãos que constituíram depois daquela data novas relações de emprego público, destinadas ao exercício de funções predominantemente técnicas. Pelo que, seguramente o contrato de trabalho em funções públicas, bem como o seu regime, se tornou na modalidade maioritária e comum de constituição de relações de emprego no seio da Administração Pública¹²²⁴.

Era, no entanto, assegurado um “estatuto reforçado de estabilidade”¹²²⁵ ou uma “cláusula de salvaguarda” no n.º 4 do artigo 88.º da LVCR aos trabalhadores que se encontravam nomeados à data da entrada em vigor desta lei, e que transitaram, por determinação da lei, para o regime do contrato de trabalho em funções públicas. Consistindo aquela em que os trabalhadores mantêm os regimes de cessação da relação jurídica de emprego público e de reorganização dos serviços e colocação em situação de *requalificação* próprios da nomeação definitiva.

O que significa, por um lado, que a relação jurídica de emprego destes trabalhadores só podia cessar através das formas previstas nas alíneas b) a f) do n.º 1, do artigo 32.º da LVCR – exoneração; mútuo acordo; pena disciplinar expulsiva; morte; ou aposentação –, e nunca através de por causas objectivas; e, por outro lado, estes trabalhadores mantêm o regime de colocação em situação de *requalificação*¹²²⁶ do pessoal nomeado.

¹²²³ Quanto à transição dos trabalhadores vinculados pelas outras modalidades de emprego público existentes à data da entrada em vigor da LVCR (nomeação para o exercício de funções de autoridade, comissão de serviço, contrato administrativo de provimento, e contrato a termo) encontra-se prevista entre os artigos 88.º a 92.º da LVCR.

¹²²⁴ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 9.º, 20.º, 88.º, pág. 50, 73, 242.

¹²²⁵ Cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 88.º, pág. 243.

¹²²⁶ Esta situação era anteriormente designada de “*mobilidade especial*” passando com a Lei n.º 80/2013, de 28 de Novembro, que estabelece o regime jurídico da requalificação de trabalhadores em funções públicas, a designar-se de “*requalificação*”.

Deste modo, mesmo que aqueles trabalhadores fossem colocados nesta situação de requalificação a sua relação de emprego não cessava por não terem sido colocados noutra órgão ou serviço ao fim de um ano em situação de *requalificação*. Pelo que, este estatuto, estabelecido em nome do respeito pelo princípio constitucional da protecção da confiança destes trabalhadores, traduz-se no direito à manutenção do posto de trabalho sempre que ocorra alguma causa objectiva de extinção da relação de emprego público (cfr. n.º 4, do artigo 88.º, daquela lei), nomeadamente decorrente da reorganização dos serviços que implique a cessação das necessidades de pessoal.

Isto ao contrário, do que passou a poder ocorrer com os restantes trabalhadores com vínculo de contrato de trabalho em funções públicas, que com a entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, passam a poder ver os seus contratos cessarem, caso não ocorra o reinício das suas funções, no término de um ano em situação de *requalificação*. Deste modo, passando a prever-se, legislativamente, que a relação de emprego público na modalidade do contrato possa cessar pela existência de causas objectivas. Consubstanciando esta previsão da possibilidade de cessação do contrato de trabalho por causas objectivas uma inovação (como veremos melhor *infra*), no âmbito do emprego público (cfr. artigo 33.º, da LVCR, e n.º 5 do artigo 15.º, da Lei n.º 80/2013, de 28 de Novembro)¹²²⁷.¹²²⁸

Voltaremos a esta questão da previsão das causas objectivas de cessação do contrato de trabalho mais adiante no nosso estudo, no entanto, não poderemos prosseguir sem tecer aqui dois breves comentários: por um lado, esta previsão das causas objectivas é uma marca clara da aproximação do regime do emprego público ao regime laboral comum, regime no qual também há muito se encontram previstas causas objectivas de cessação do contrato – aproximação que resultou de intenção legislativa expressa – proposta de lei n.º 152/X (lei dos

¹²²⁷ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 33.º, pág. 100.

¹²²⁸ Sem prejuízo de, pelo menos desde 2004, se consagrarem causas objectivas de cessação do contrato individual de trabalho celebrado com a Administração, regulado, essencialmente, pelo direito laboral privado. Cfr. artigo 16.º a 18.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, e Miguel Lucas Pires, *Será mesmo inadmissível “despedir funcionários públicos”?*, cit. pág. 10. Sendo, pois, apenas uma inovação, a consagração das causas objectivas na Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, no que respeita à relação jurídica de emprego público, regulada (pelo menos formalmente) pelo direito administrativo e titulada por contrato de trabalho por tempo indeterminado em funções públicas.

vínculos) e proposta de lei n.º 209/X (3.ª), do RCTFP – ; e por outro lado, a consagração legislativa da possibilidade de cessação do contrato de trabalho em funções públicas vem abalar a tradicional estabilidade, quase vitaliciedade, que caracterizou até aqui a relação típica de emprego público.

Em tudo o mais aqueles trabalhadores, que transitaram da nomeação para o contrato de trabalho em funções públicas, ficaram sujeitos ao regime previsto para este contrato. Assim, nomeadamente, as fontes normativas da sua relação de emprego serão, e pela ordem ali enunciada, as constantes do artigo 81.º da LCVR¹²²⁹. Das quais salientamos aqui os instrumentos de regulamentação colectiva como fonte normativa do contrato de trabalho em funções públicas, por representarem mais uma inovação em matéria de emprego público¹²³⁰. Com efeito, uma vez que grande parte dos trabalhadores da Administração Pública com a antiga qualidade de funcionários transitaram para a condição de trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas, passou a prever-se a susceptibilidade de aplicação à sua situação jurídica dos instrumentos de regulamentação colectiva previstos no RCTFP¹²³¹, tal como referimos já no *Capítulo I*, na *Parte I*, desta dissertação. O facto de ser reconhecido e garantido o exercício do direito à contratação colectiva aos trabalhadores na modalidade de contrato de trabalho em funções públicas representa mais uma marca clara de aproximação do regime daquele contrato ao regime laboral comum¹²³².

Quanto a esta alteração legislativa unilateral do regime jurídico dos trabalhadores que transitaram da modalidade da nomeação para o contrato de trabalho em funções públicas, o que segundo Paulo Veiga e

¹²²⁹ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 88.º, pág. 243-244, e Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho”, cit., pág. 302-303.

¹²³⁰ Cfr. para mais desenvolvimentos Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 318-319.

¹²³¹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 318, 323-324.

Também neste sentido, pode ler-se no Parágrafo n.º 9 da exposição dos motivos da Proposta de Lei n.º 209/X (3.ª), do RCTFP que: “[o]ra, tendo-se adoptado o contrato de trabalho como a modalidade-regra de vinculação na Administração Pública, passa a garantir-se aos trabalhadores que exercem funções públicas, na modalidade de contrato, o exercício do direito de contratação colectiva”.

¹²³² Ana Fernanda Neves, “O Direito da...”, cit., pág. 455.

Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 134.

Moura e Cátia Arrimar não se revelaria compatível com o texto constitucional, violando o princípio constitucional da protecção da confiança e o direito fundamental de acesso à função pública, podendo dizer-se que se “expropria” o trabalhador de uma qualidade, de um regime, e de uma identidade que constitucionalmente lhes é assegurada – a de funcionário público¹²³³. Porém, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 154/2010, de 20 de Abril, decidiu não declarar a inconstitucionalidade do n.º 4, do artigo 88.º da LVCR.

O que o mesmo Tribunal já considerou inconstitucional, precisamente por violação do princípio constitucional da tutela da confiança ínsito no artigo 2.º da CRP, foi uma norma, constante do Decreto n.º 177/XII, que pretendia revogar esta tal *norma de segurança* prevista no n.º 4 do artigo 88.º da LVCR. Assim, aquele tribunal, no seu Acórdão n.º 474/2013, de 29 de Agosto, começa por considerar que as razões da existência desta *norma de segurança* terão sido atribuídas à vontade do legislador de 2008 de preservar o núcleo essencial do estatuto jurídico-laboral desses trabalhadores, de que o regime de cessação da relação de emprego constitui elemento identificativo principal. Entendendo aquele que se mostra como seguro reconhecer que os trabalhadores abrangidos por aquela *norma de salvaguarda* criaram expectativas fundadas, assentes num comportamento positivado do Estado, no sentido da continuidade do respectivo estatuto quanto às causas de cessação da relação de emprego público, podendo apenas ser despedidos nos mesmos termos dos trabalhadores com nomeação definitiva. Ensina, por sua vez, aquele tribunal que o oferecimento das razões de interesse público que poderiam justificar tal medida revogatória constituiria ónus do legislador. Ora, notou, aquele que da exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 154/XII/2ª, bem como dos respectivos trabalhos preparatórios (que levariam à aprovação do Decreto n.º 177/XII do qual consta a norma revogatória analisada por aquele), não resultou qualquer razão objectiva específica para a revogação da *norma de salvaguarda* do n.º 4, do artigo 88.º, da Lei n.º 12-A/2008. Pelo que, concluindo que não se demonstraram razões de interesse público idóneas a postergar a tutela de confiança legítima quanto à continuidade do comportamento do Estado relativamente a peça nuclear do estatuto jurídico-laboral dos trabalhadores abrangidos pela norma do n.º 4, do

¹²³³ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 88.º, pág. 244.

artigo 88.º, da Lei n.º 12-A/2008, decidiu aquele tribunal pronunciar-se pela inconstitucionalidade da norma, constante do Decreto n.º 177/XII, que revogava aquele n.º 4, do artigo 88.º, por violação do princípio da tutela da confiança insito no artigo 2.º da CRP.

Por fim, esse resguardo previsto no n.º 4, do artigo 88.º da LVCR, significava que as causas objectivas de extinção do contrato não eram aplicáveis aos antigos funcionários públicos que transitaram para a modalidade de contrato de trabalho em funções públicas a 1 de Janeiro de 2009, mas estas causas já se aplicam ao contrato de trabalho celebrado posteriormente àquela data, bem como aos contratados antes dessa data, nomeadamente ao abrigo do contrato individual de trabalho (n.º 3, do artigo 88.º, LVCR). Esta disparidade de soluções, como melhor veremos *infra*, não escapa às críticas de algum doutrina que considera que esta põe em causa o princípio constitucional da igualdade, pois não se vislumbra um critério objectivo que possa justificar tal disparidade e duplicidade de regimes¹²³⁴.

3.2. *Confronto entre o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas com outros regimes*

O regime traçado no RCTFP apresenta particularidades quer em relação à anterior Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho quer em relação ao Código do Trabalho, pretendemos dar conta, em seguida, das principais diferenças entre estes regimes em confronto.

Começando pelo confronto entre o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas em relação ao regime previsto na anterior Lei n.º 23/2004, diga-se que aquele apresenta algumas diferenças em relação à esta lei, destacaremos de seguida principais (adiantando que apresenta mais elementos publicistas do que o regime instituído pela Lei n.º 23/2004¹²³⁵).

Os litígios emergentes dos contratos de trabalho em funções públicas passam a ser da competência dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal, ao contrário do que acontecia anteriormente com os litígios emergentes dos contratos de trabalho especiais ao abrigo da Lei n.º 23/2004 que ficavam submetidos aos tribunais do trabalho.

¹²³⁴ Neste sentido, Miguel Lucas Pires, *Os regimes de vinculação*, cit., pág. 118.

¹²³⁵ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do trabalho, Parte II*, cit., pág. 318-319.

Assim, a alínea d), do n.º 3, do artigo 4.º da Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro, que aprovou o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, que na sua redacção originária, previa que estavam excluídas da jurisdição administrativa e fiscal a “apreciação de litígios emergentes de contratos individuais de trabalho, que não conferem a qualidade de agente administrativo, ainda que uma das partes seja uma pessoa colectiva de direito público”, passa, posteriormente, com a redacção que lhe vem a ser conferida pelo artigo 10.º da Lei n.º 59/2008, que aprovou o RCTFP, a estipular que ficam excluídos da jurisdição administrativa e fiscal a “apreciação de litígios emergentes de contratos individuais de trabalho, ainda que uma das partes seja uma pessoa colectiva de direito público, com excepção dos litígios emergentes de contratos de trabalho em funções públicas”. Daqui decorre que continuam a ser excluídos da jurisdição administrativa e fiscal os contratos individuais de trabalhos (leia-se contratos de trabalho regidos pela legislação laboral comum), mas já submetidos a esta jurisdição os litígios emergentes de contratos de trabalho em funções públicas¹²³⁶.

Quanto ao estatuto disciplinar passa a ser o mesmo para todos os trabalhadores que exercem funções públicas (cfr. artigo 88.º do RCTFP e artigo 1.º da Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro, que aprovou o Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas), abrangendo-se assim também aos trabalhadores da Administração com contrato de trabalho em funções públicas, diferentemente do que estipulava o regime estabelecido pela Lei n.º 23/2004, que sujeitava ao regime disciplinar comum, os trabalhadores da Administração com contrato individual trabalho, os quais estavam sujeitos, além dos deveres gerais do Código do Trabalho, em especial, aos deveres de prossecução do interesse público, imparcialidade e isenção (cfr. n.º 1, do artigo 4.º, da Lei n.º 23/2004)¹²³⁷.

Quanto ao recrutamento passou a ser realizado por procedimento concursal também para o contrato de trabalho em funções públicas, ao contrário do que estipulavam anteriormente os artigo 5.º e n.º 4,

¹²³⁶ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 566.

¹²³⁷ Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 135.

do 9.º, da Lei n.º 23/2004 para os trabalhadores da Administração com contrato de trabalho especial.

Já quando ao confronto entre o RCTFP e o regime do Código de Trabalho diga-se que, não obstante, as semelhanças entre ambos, existem diferenças entre os dois regimes jurídicos, como veremos *infra*.

Começando pelas semelhanças diga-se que, apesar do contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado – que passa a constituir a *modalidade rainha* de constituição da relação jurídica de emprego público –, ter sido qualificado pelo legislador expressamente como um contrato administrativo (cfr. n.º 3, do artigo 9.º da LVCR), este basicamente replicou o regime do contrato de trabalho comum, constante do Código de Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, com as necessárias alterações – revogado pouco depois pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, que aprovou a revisão do Código do Trabalho¹²³⁸. Pelo que, na verdade só formalmente o contrato de trabalho em funções públicas se tratava de um contrato administrativo, sendo materialmente um contrato próximo do laboral comum.

A aproximação do regime do contrato de trabalho em funções públicas ao regime laboral comum resulta, desde logo, de expressa intenção legislativa. Refere-se na *exposição dos motivos da proposta de lei n.º 152/X* (lei dos vínculos): o “regime do contrato de trabalho na Administração Pública, tornado modalidade comum, seguirá um regime adaptado do fixado no Código de Trabalho”. Constituía uma, das muitas, aproximações a este regime o facto de aos trabalhadores contratados ser garantido o exercício do direito à contratação colectiva (cfr. n.º 2, do artigo 81.º da LVCR, e artigo 1.º do RCTFP, em comparação com o artigo 1.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro)¹²³⁹.

Outras das aproximações àquele regime consiste na previsão de causas objectivas de cessação do contrato de trabalho em funções públicas (cfr. artigo 33.º da LVCR, em comparação com o artigo 340.º e 343.º do Código do Trabalho)¹²⁴⁰.

Em termos terminológicos surgem também aproximações com o regime laboral comum, desde logo, o contrato de trabalho regido

¹²³⁸ João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 89.

¹²³⁹ Ana Fernanda Neves, “O Direito da...”, cit., pág. 455.

Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 134.

¹²⁴⁰ Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho”, cit., pág. 302.

pelo RCTFP, confere ao contratado, a mesma qualidade que a lei confere a todos os outros trabalhadores vinculados à Administração Pública: trabalhador que exerce funções públicas (n.º 1, do artigo 2.º da LVCR).

No entanto, o regime que disciplina o contrato de trabalho em funções públicas, o RCTFP, não se limitou a disciplinar os aspectos em que se afasta do regime laboral comum, remetendo nos restantes para o Código do Trabalho e respectiva regulamentação; antes pelo contrário preferiu apresentar-se como um regime legal completo desta modalidade de contrato de trabalho, disciplinando os aspectos relativos à formação, execução e cessação do contrato, ainda que em muitos desses correspondesse a seja um decalque do Código do Trabalho.¹²⁴¹ O seu regime era dado, essencialmente, pelo Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (que compreendia 407 artigos) e sua Regulamentação (que compreendia originalmente 302 artigos) – cumprindo assim o comando normativo do artigo 87.º da LVCR, a Lei n.º 59/2008 veio aprovar o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (RCTFP)¹²⁴².

Como resulta do exposto, apesar do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas ser bastante similar ao Código do Trabalho, existiam algumas diferenças entre eles¹²⁴³.

Desde logo, enquanto no direito laboral privado a regra era a da liberdade de forma, no regime do contrato de trabalho em funções públicas todos os contratos tinham de ser reduzidos à forma escrita (cfr. artigo 110.º do Código do Trabalho, e n.º 1, do artigo 72.º, do RCTFP).

Por outro lado, o recrutamento de trabalhadores públicos era concretizado, ao contrário do previsto no regime laboral comum, através de procedimento concursal que se caracteriza pela transparência, objectividade¹²⁴⁴ e publicidade, em qualquer uma das modalidades de emprego público existentes, cumprindo na íntegra o direito de igualdade de acesso à função pública prevista no n.º 2, do artigo 47.º, da CRP¹²⁴⁵.

Por sua vez, o regime de contrato de trabalho a termo, em funções públicas, mantém as especificidades que já decorriam da Lei n.º

¹²⁴¹ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do trabalho, Parte II*, cit., pág. 318-319.

¹²⁴² Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do trabalho, Parte II*, cit., pág. 318-319.

¹²⁴³ Neste ponto seguimos de perto Vera Antunes, *O contrato...*, cit., pág. 132, e Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do trabalho, Parte II*, cit., pág. 319.

¹²⁴⁴ Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho”, cit., pág. 294.

¹²⁴⁵ Cfr. artigo 50.º e sgs., da LVCR, e Portaria n.º 83-A/2009, de 22 de Janeiro, alterada pela Portaria n.º 145/2009, de 6 de Abril, e artigo 30.º e 32.º do Código do Trabalho.

23/2004, nomeadamente, a enumeração das situações em que é permitida a utilização do contrato a termo é taxativa; a renovação dos contratos a termo certo não é automática; vigora a regra da não conversão do contrato de trabalho por tempo indeterminado (respectivamente, artigo 93.º; artigo 104.º; e, do n.º 2, artigo 92.º do RCTFP). Enquanto no Código do Trabalho as situações nas quais se pode recorrer ao contrato a termo encontram-se previstas a título meramente exemplificativo; a renovação de contrato de trabalho a termo certo é automática; o contrato a termo converte-se em contrato sem termo (n.º 2, do artigo 140.º; n.º 2, do artigo 149.º; e n.º 2, do artigo 147.º do Código do Trabalho).

Por outro lado, os trabalhadores públicos estavam sujeitos a um estatuto disciplinar próprio – Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores Que Exercem Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro¹²⁴⁶ –, do qual se destacam deveres especiais não aplicáveis os trabalhadores privados: prossecução do interesse público, imparcialidade, isenção e informação, ao contrário dos trabalhadores privados sujeitos ao regime disciplinar comum (cfr. artigo 88.º do RCTFP, e alíneas a) a d), do n.º 2 do artigo 3.º, do Estatuto Disciplinar, e artigos 128.º e 328.º do Código do Trabalho).

Quanto ao regime da cessação do contrato de trabalho, o RCTFP não prevê nem o despedimento por extinção do posto de trabalho, nem o despedimento colectivo, ou a caducidade por extinção da pessoa colectiva – motivos objectivos de cessação do contrato por iniciativa do empregador –, ao contrário do Código do Trabalho (artigos 248.º do RCTFP, e artigo 340.º do Código do Trabalho). Encontram-se, contudo, previstos no artigo 33.º da LVCR, e equacionados entre os artigos 16.º a 18.º da Lei n.º 23/2004 (mantidos em vigor pela Lei Preambular do RCTFP, que revogou o restante diploma).

Ainda que considerando a vigência destas últimas normas, como nos refere Maria do Rosário da Palma Ramalho¹²⁴⁷, ficam por satisfazer dúvidas importantes nesta matéria, designadamente, em que termos estas causas de despedimento são de aplicar ao contrato de trabalho em funções públicas, como devem ser apreciados os respectivos fun-

¹²⁴⁶ Depois revogado pela Lei n.º 35/2014 que aprovou a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas.

¹²⁴⁷ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do trabalho, Parte II*, cit., pág. 319-320 (nota n.º 215).

damentos destas causas de cessação, quais os procedimentos a adoptar para a sua efectivação¹²⁴⁸.

No que diz respeito ao direito colectivo, o RCTFP exige que as associações sindicais usufruam de certa representatividade, de forma a terem legitimidade para a celebração de determinados instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, o que não tem paralelo no regime laboral comum (alínea a) do n.º 1, do artigo 347.º, n.º 1 do RCTFP, e artigos 476.º e sgs. do Código do Trabalho). A tipologia de instrumentos de regulamentação colectiva também é diferente (cfr. artigo 2.º do RCTFP, e artigo 2.º do Código do Trabalho).

Por outro lado, o trabalho em regime da comissão de serviço é regulado pela LVCR em moldes que se afastam do regime previsto para a comissão de serviço no regime laboral comum (cfr. artigos 23.º e 24.º, da LVCR e artigos 161.º a 164.º do Código do Trabalho)¹²⁴⁹.

Por último, uma importante inovação o facto do contrato de trabalho em funções públicas se encontrar sujeito à jurisdição administrativa e fiscal, e já não aos tribunais do trabalho, como acontece com os contratos de trabalho privados ao abrigo do Código do Trabalho (cfr. alínea d) do n.º 3 do artigo 4.º, do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, que aprovou o RCTFP).

Resulta do exposto que o regime do contrato de trabalho em funções públicas apresenta alguns elementos publicistas. Podendo considerar-se que alguns desses elementos publicistas correspondem a um “denominador comum” de natureza jus-administrativa¹²⁵⁰ aplicável a todos os trabalhadores da Administração Pública independentemente do modalidade de constituição da relação de emprego público. Designadamente, por um lado, em matéria disciplinar todos os trabalhadores em funções públicas estão subordinados ao estatuto disciplinar especial, ou seja, ao Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas ; por outro lado, todos eles estão sujeitos a um procedimento concursal de recrutamento e selecção, caracterizado

¹²⁴⁸ Para mais desenvolvimentos sobre estas causas de cessação do contrato, *vide* Miguel Lucas Pires, *Os regimes de vinculação*, cit., pág. 208 a 224.

¹²⁴⁹ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do trabalho, Parte II*, cit., pág. 320.

¹²⁵⁰ Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho”, cit., pág. 294.

por ser transparente e objectivo¹²⁵¹; por último, a jurisdição competente para dirimir litígios emergentes dos vínculos de emprego público constituídos por contrato é por expressa determinação da lei é a administrativa e fiscal (artigo 83.º da LVCR, e alínea d) do n.º 3 do artigo 4.º, do ETAF).

4. Enquadramento legislativo do Emprego Público depois de 2014

A Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, vem aprovar a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas. Este diploma embora não assuma a natureza de um Código¹²⁵², vem reunir num único diploma muitas matérias, até então tratadas em legislação dispersa, contando hoje com 406 artigos. Ela revoga, entre outros diplomas legais: a Lei n.º 12-A/2008, com excepção das normas transitórias abrangidas pelos artigos 88.º a 115.º, a Lei n.º 58/2008, e a Lei n.º 59/2008¹²⁵³. Seguindo a tendência há muito sentida de aproximação do regime do emprego público ao regime laboral comum¹²⁵⁴, e dando, eventualmente, mais um passo no fenómeno da *privatização do emprego público*.

O vínculo do emprego público passa a ser disciplinado por *três blocos legislativos*: sendo o primeiro grande bloco a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas; o segundo deles o *Código do Trabalho*, e respectiva *legislação complementar*, como regime subsidiário, que com as necessárias adaptações, em determinadas matérias, se aplica ao vínculo de emprego público (nos termos do artigo 4.º da LTFP); e terceiro a *legislação complementar*, que devido à especificidade das matérias em causa terá justificado a sua disciplina em diplomas próprios (artigo 5.º da LTFP)¹²⁵⁵.

É inegável que a LTFP pretendeu estabelecer uma exaustiva disciplina sobre a relação de emprego público mas não obstante regista-se

¹²⁵¹ Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho”, cit., pág. 294.

¹²⁵² Vide Exposição dos Motivos dos Motivos da Proposta de Lei n.º 184/XII (da Lei geral do Trabalho em Funções Públicas).

¹²⁵³ Para uma análise dos diplomas renovados, vide artigo 42.º da Lei n.º 35/2014, que aprovou a LTFP.

¹²⁵⁴ Neste sentido, Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 351- 352.

¹²⁵⁵ Neste sentido, Carlos José Batalhão, “Função Pública: novo regime laboral”, in *Artigo de Opinião*, Porto Editora, Julho de 2014 (disponível no endereço <http://www>).

uma ampla, mas meramente exemplificativa, remissão para o Código do Trabalho e respectiva legislação complementar, nos termos do artigo 4.º da LTFP¹²⁵⁶. Com efeito, se na reforma do emprego público de 2008/2009 o legislador na Lei n.º 59/2008, que aprovou o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, decalcou praticamente a disciplina do direito laboral comum, na reforma de 2014, o legislador optou por remeter um amplo conjunto de matérias para o Código do Trabalho e respectiva legislação complementar. Assim, naquele preceito artigo 4.º da LTFP dispõe-se que é aplicável ao vínculo de emprego público, sem prejuízo do disposto na LTFP e com as necessárias adaptações, o disposto no Código do Trabalho e respectiva legislação complementar, com as exceções legalmente previstas, nomeadamente nas seguintes matérias: relação entre a lei e os instrumentos de regulamentação coletiva e entre aquelas fontes e o contrato de trabalho em funções públicas; direitos de personalidade; igualdade e não discriminação; 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 prevenção; comissões de trabalhadores, associações sindicais e representantes dos trabalhadores em matéria de segurança e saúde no trabalho; mecanismos de resolução pacífica de conflitos coletivos; greve e *lock-out*.

Sabendo que uma das finalidades da LTFP era compilar a legislação e combater a proliferação de diplomas que regulam o emprego público, parece-nos resultar como evidente que tal objectivo não foi alcançado por aquela. Pois além da remissão que aquela lei faz para o Código do Trabalho e respectiva legislação complementar, aquela ainda remete para outra legislação complementar prevista em diplomas próprios, nos termos do artigo 5.º da LTFP. De acordo com este preceito constam de diploma próprio: o sistema integrado de gestão e avaliação do desempenho na Administração Pública; o regime de acidentes de trabalho e doenças profissionais dos trabalhadores que exercem funções públicas; o regime de formação profissional dos trabalha-

portoeditora.pt/sites/ funcao-publica-novo-regime-laboral, consultado a 20/08/2014).

¹²⁵⁶ Licínio Lopes Martins, “A Relação de Emprego Público: Nótulas sobre as Principais Vicissitudes da sua Evolução Recente e (Algumas) Incoerências do Regime”, cit., pág. 251.

dores que exercem funções públicas; os estatutos do pessoal dirigente da Administração Pública.

Não se pense que esse elenco é taxativo e que não existem toda uma panóplia de legislação dispersa que se mantém em vigor, designadamente, a título meramente exemplificativo, mantêm-se em diplomas próprios a disciplina a aposentação, o regime de protecção social dos trabalhadores públicos, a reposição de dinheiros públicos, só para enumerar alguma da legislação que continuará a constar de outros diplomas próprios, o que testemunha que a LTFP falha com aquele seu objectivo de acabar com a proliferação de legislação avulsa¹²⁵⁷.

Provavelmente a inovação mais relevante da Lei n.º 35/2014 residirá no facto de ter estabelecido (algumas) “*bases do regime e âmbito da função pública*”, no seu artigo 3.º, dando concretização à alínea t), do n.º 1, do artigo 165.º da Constituição, nos termos da qual constitui reserva relativa da Assembleia estabelecer as “Bases do regime e âmbito da função pública”¹²⁵⁸. A LTFP constitui, entre nós, a que pode considerar-se como *primeira lei de bases do regime e âmbito da função pública*, pois, nos termos da própria lei, constituem normas base definidoras do regime e âmbito do vínculo de emprego público: os artigos 6.º a 10.º, sobre as modalidades de vínculo e prestação de trabalho para o exercício de funções públicas; os artigos 13.º a 16.º, relativos às fontes e participação na legislação do trabalho; os artigos 19.º a 24.º, relativos às garantias de imparcialidade; o artigo 33.º, sobre o procedimento concursal; os artigos 70.º a 73.º, sobre direitos, deveres e garantias do trabalhador e do empregador público; os artigos 79.º a 83.º, relativos às disposições gerais sobre estruturação das carreiras; os artigos 92.º a 100.º, sobre a mobilidade; os artigos 144.º a 146.º, sobre princípios gerais relativos às remunerações; os artigos 176.º a 240.º, sobre o exercício do poder disciplinar; os artigos 245.º a 275.º, relativos à reafectação e requalificação dos trabalhadores; os artigos 288.º a 313.º, relativos à extinção do vínculo; e os artigos 347.º a 386.º, sobre a negociação colectiva. Contudo, antes da existência desta lei que fixa pela primeira vez de forma expressa as bases do regime e âmbito da função pública, o Tribunal Constitucional já se tinha pronunciado, em diver-

¹²⁵⁷ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 1.º da Lei n.º 35/2014 que aprovou a LTFP, e artigo 5.º da LTFP, pág. 11 e 100.

¹²⁵⁸ Licínio Lopes Martins, “A Relação de Emprego Público: Nótulas sobre as Principais Vicissitudes da sua Evolução Recente e (Algumas) Incoerências do Regime”, cit., pág. 250.

sos acórdãos¹²⁵⁹, sobre esta temática, tentando, por um lado, delimitar o conceito constitucional (indeterminado) de “bases do regime e âmbito da função pública”, e, por outro lado, delimitar as matérias que entendia que integravam esse núcleo de *bases do regime da função pública*¹²⁶⁰.

Neste último, no Acórdão n.º 793/2013, de 21 de Novembro¹²⁶¹, sobre o horário de trabalho na *função pública* nos Açores, o Tribunal Constitucional considerou que deve entender-se como bases do *regime da função pública* aquelas que, num acto legislativo, definam as opções político-legislativas fundamentais cuja concretização normativa se justifique que seja ainda efectuada por via legislativa de reserva do legislador do Estado. Tendo considerado como uma dessas opções fundamentais a duração do período normal de trabalho dos trabalhadores da Administração Pública¹²⁶². Pelo que, se o Governo ou as Assembleias

¹²⁵⁹ Designadamente, sobre a matéria e/ou conceito de bases no regime jurídico da função pública, *v.g.*, entre muitos outros, todos do Tribunal Constitucional: Acórdão n.º 142/85, de 30 de Julho; Acórdão n.º 285/92, de 22 de Julho; o Acórdão n.º 261/2004, de 14 de Abril; Acórdão n.º 695/2005, de 14 de Dezembro; Acórdão n.º 620/2007, de 20 de Dezembro; Acórdão n.º 491/2008, de 7 de Outubro; Acórdão n.º 74/2009, 11 de Fevereiro; Acórdão n.º 302/2009, de 22 de Junho de 2009; Acórdão n.º 474/2013, de 29 de Agosto; Acórdão n.º 794/2013, de 21 de Novembro; e Acórdão n.º 793/2013, de 21 de Novembro.

¹²⁶⁰ Licínio Lopes Martins, “A Relação de Emprego Público: Nótulas sobre as Principais Vicissitudes da sua Evolução Recente e (Algumas) Incoerências do Regime”, *cit.*, pág. 250.

¹²⁶¹ Neste Acórdão n.º 793/2013 o Tribunal Constitucional decidiu pronunciar-se pela inconstitucionalidade da norma do n.º 1 do artigo 3.º, do Decreto n.º 22/2013, aprovado pela Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores, em 21 de outubro de 2013, enviado para assinatura ao Representante da República para a Região Autónoma dos Açores, por violação das alíneas b) e t) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição, e pela inconstitucionalidade consequente das restantes normas do mesmo diploma, que estabelecia o regime da duração do período normal de trabalho dos trabalhadores da Administração Pública Regional.

¹²⁶² Em 2013, através da Lei n.º 68/2013, de 29 de Agosto, aumenta-se a duração máxima diária e semanal de trabalho dos trabalhadores da Administração Pública, estabelecendo-se a mesma em 8 horas diárias e 40 horas semanais, numa aproximação ao direito laboral privado (no Acórdão n.º 794/2013, o Tribunal Constitucional decidiu não declarar a inconstitucionalidade das normas do artigo 2.º, em articulação com os artigos 10.º, 3.º 4 e 11.º, da Lei n.º 68/2013, que estabeleceu a duração do período normal de trabalho dos trabalhadores em funções públicas). O artigo 105.º da LTFP mantém a tradição instituída em 2013 e fixa como regime-regra, pelo menos para as carreiras gerais, a prestação de 8 horas diárias de trabalho e de 40 horas por semana (cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, *cit.*, anotação ao artigo 105.º, pág. 379).

Por sua vez, a Constituição prevê na alínea d), do n.º 1, do artigo 59.º que os trabalhadores têm direito ao repouso, e a um limite máximo da jornada de trabalho. Entendendo Gomes Canotilho e Vital Moreira em anotação a tal artigo que o direito ao repouso e os

Legislativas das regiões autónomas aprovarem actos legislativos, seja no exercício da sua competência legislativa *primária*, seja no exercício da sua competência legislativa *complementar*, que tenham por objecto a modificação ou a definição de opções político-legislativas correspondentes a bases integradas na reserva de competência legislativa da Assembleia da República, tais actos enervam, nessa medida, de inconstitucionalidade orgânica¹²⁶³. Contudo, apesar da jurisprudência constante do citado Acórdão n.º 793/2013, sobre o horário da *função pública* nos Açores, que considerou tal matéria como uma das *bases do regime da função pública*, o horário de trabalho não consta expressamente entre as matérias que constituem bases gerais a que se refere o artigo 3.º da LTFP, pelo que nos parece legítima a dúvida de saber se o período normal de trabalho na Administração Pública constitui, ou não, uma das *bases do regime da função pública*. De todo o modo, nesta matéria, deverá sempre ter-se em conta a jurisprudência do acórdão citado, nos termos da qual a matéria do horário de trabalho da Administração Pública não é uma questão meramente regional ou local, mas sim uma matéria de carácter e âmbito nacional¹²⁶⁴⁻¹²⁶⁵.

direitos com ele conexados devem ser contados por um lado, entre os *direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias*, e, por outro lado, entre os *direitos fundamentais derivados*, de tal modo que, uma vez obtido um determinado grau de concretização, este não pode ser reduzido (a não ser nas condições previstas no artigo 18.º da CRP), impondo-se directamente a entidades públicas e privadas, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. I, cit., anotação artigo 59.º, pág. 773). A propósito da alínea d), do n.º 1, do artigo 59 da CRP entendem, contudo, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar que, uma vez que se respeite a injunção constante deste artigo, o legislador goza de liberdade para fixar a carga máxima diária e semanal de trabalho na Administração Pública, acrescentando que “não nos parecendo que a duração do trabalho seja um direito adquirido dos trabalhadores públicos no activo ou que nessa matéria se deva defender uma petrificação legislativa e a consequente impossibilidade do legislador aumentar aquela duração para o fazer face ao contexto social e às necessidades sentidas pelos serviços públicos (v., neste sentido, o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 794/2013”, cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 105.º, pág. 379.

De acrescentar que nos termos do n.º 3, do artigo 105.º da LTFP, o período normal de trabalho pode ser reduzido por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, não podendo daí resultar diminuição dos trabalhadores.

¹²⁶³ Licínio Lopes Martins, “A Relação de Emprego Público: Nótulas sobre as Principais Vicissitudes da sua Evolução Recente e (Algumas) Incoerências do Regime”, cit., pág. 251.

¹²⁶⁴ Neste sentido, Licínio Lopes Martins, “A Relação de Emprego Público: Nótulas sobre as Principais Vicissitudes da sua Evolução Recente e (Algumas) Incoerências do Regime”, cit., pág. 251 e 255.

¹²⁶⁵ Também, na celebração de acordos colectivos de trabalho pelas autarquias locais

4.1. *As modalidades de emprego público depois de 2014 com a entrada em vigor da LTFP*

Com a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (doravante LTFP) o vínculo de emprego público continua a assumir as mesmas modalidades aprovadas pela Lei dos Vínculos Carreiras e Remunerações, relembre-se: o contrato de trabalho em funções públicas; a nomeação; e a comissão de serviço (cfr. n.º 3, do artigo 6.º da LTFP). Esta lei define o vínculo de emprego público como “aquele pelo qual uma pessoa singular presta a sua atividade a um empregador público, de forma subordinada e mediante remuneração” (cfr. n.º 2, do artigo 6.º). Determinado o legislador, de forma expressa, que o vínculo de emprego público continua a constituir-se, em regra, por *contrato de trabalho em funções públicas* (cfr. artigo 7.º da LTFP). Mantendo aquele na LTFP a grande maioria das soluções legislativas consagradas na LVCR e no RCTFP.

Deste modo, o contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado mantém-se como a modalidade preferencial do âmbito do emprego público (cfr. artigo 7º). Já o contrato de trabalho em funções públicas a termo resolutivo passa a ser considerado como uma modalidade especial do vínculo de emprego público (cfr. artigo 56.º e sgs.)¹²⁶⁶, contudo, entendemos tal modificação como uma mera questão de arrumação sistemática, sem que tal transporte alguma alteração substancial, uma vez que, na prática, se mantém as mesmas modalidades de contrato de trabalho em funções públicas pré-existentes, ou seja, por tempo indeterminado ou a termo resolutivo. Quanto a esta última, esta forma de contratação precária continua a revestir na-

não estão apenas presentes interesses meramente locais, mas também interesses de carácter e âmbito nacional. Contudo, o Tribunal Constitucional, recentemente, no Acórdão n.º 494/2015, de 7 de Outubro de 2015, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas que conferem aos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da Administração Pública legitimidade para celebrar e assinar acordos colectivos de empregador público, no âmbito da administração autárquica, resultantes do alínea b) do n.º 3 e do n.º 6 do artigo 364.º da LTFP, por violação do princípio da autonomia local, consagrado no n.º 1 do artigo 6.º da Constituição. Também encontramos referência a este acórdão em Licínio Lopes Martins, “A Relação de Emprego Público: Nótulas sobre as Principais Vicissitudes da sua Evolução Recente e (Algumas) Incoerências do Regime”, cit., pág. 255.

¹²⁶⁶ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 352.

tureza excepcional, uma vez que só se pode recorrer a ela nas situações taxativamente previstas na lei (cfr. artigo 57.º da LTFP)¹²⁶⁷. Mantendo-se a mesma duração do contrato a termo, prevista no anterior RC-TFP, assim, 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 (artigo 60.º, da LTFP). O que também se mantém é a proibição de conversão dos contratos a termo no universo do emprego público, tal como o contrato a termo continua a não estar sujeito a renovação automática, nos termos, respectivamente, do n.º 2, artigo 63.º da LTFP, e do n.º 1 do artigo 61.º LTFP, o que continuam a representar desvios relativamente ao que sucede no mundo laboral privado e na disciplina do Código do Trabalho¹²⁶⁸.

Quanto ao vínculo da nomeação mantém-se reservado a funções relacionadas com funções de autoridade ou soberania (cfr. artigo 8º da LTFP), determinado o legislador, de forma expressa, que as mesmas funções se desenvolvem no âmbito de carreiras especiais (cfr. n.º 2 do artigo 8.º da LTFP). A nomeação transitória parece perder a autonomia, referindo-se hoje, a lei, dentro do vínculo da nomeação a funções que devam ser exercidas a título transitório, permitindo-lhe o exercício de funções de soberania, mas sujeitando-o como já acontecia anteriormente ao regime do contrato a termo (cfr. n.º 3, do artigo 8º, da LTFP)¹²⁶⁹.

Quanto à comissão de serviço continua 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 indeterminado (cfr. n.º 1, do artigo 9º da LTFP)¹²⁷⁰.

Por sua vez, quanto ao procedimento concursal mantém-se no geral as soluções legislativas já consagradas na LVCR (*maxime* no seu artigo 6.º), podendo este ser para *ingresso* (categoria de base de uma carreira), ou de *acesso às carreiras* (categorias intermédias ou superiores de uma carreira). Tanto num caso como noutro, os procedimentos concursais podem ainda ser: *internos*, quando estejam reservados a

¹²⁶⁷ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 6.º e 57.º, pág. 104 e pág. 259.

¹²⁶⁸ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 63, pág. 271.

¹²⁶⁹ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 352.

¹²⁷⁰ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 352.

peças que tenham uma relação de emprego com a Administração; ou *externos* quando também puderem candidatar-se pessoas que não têm relação de emprego com ela. O procedimento concursal de acesso às carreiras é, em regra, na falta de uma previsão esclarecedora da lei, *interno e geral* (cfr. artigo 30º da Lei nº 35/2014), sendo também deste tipo o procedimento concursal para *ingresso*¹²⁷¹. Neste caso, estando em causa a constituição de uma relação jurídica de emprego público, quer por tempo indeterminado, quer a termo, por regra, o procedimento de recrutamento será interno, ou seja, o recrutamento será restrito aos trabalhadores com vínculo de emprego público, sendo tal vínculo por tempo indeterminado (cfr. n.º 3, do artigo 30.º, da LTFP)¹²⁷². Só podendo o procedimento concursal, para além dos casos em que se comprove a impossibilidade de se preencherem os lugares postos a concurso — solução que já decorria da LVCR, do seu n.º 6 do artigo 6.º, agora prevista no n.º 4., do artigo 30.º da LTFP —, ser aberto *ab initio* a trabalhadores ou cidadãos sem vínculo prévio permanente nos casos excepcionais em que a lei expressamente o permita, devidamente fundamentada, ou em que os membros do Governo responsáveis pela área das Finanças e da Administração Pública o autorizem de forma devidamente fundamentadas (cfr. n.ºs 5 e n.º 6 do artigo 30.º da LTFP). Mesmo nestas situações deverá entender-se que se mantém a prioridade de quem já tenha um vínculo previamente constituído por tempo indeterminado, pelo que, o recrutamento considerado “fora de portas” deverá ter-se como a *ultima ratio* da Administração para ocu-

¹²⁷¹ Nos termos do artigo 17.º da LTFP, para além de outros requisitos especiais que a lei preveja, a constituição do vínculo de emprego público depende da reunião, pelo trabalhador, dos seguintes requisitos: a) nacionalidade portuguesa, quando não dispensada pela Constituição, por convenção internacional ou por lei especial; b) 18 anos de idade completos; c) não inibição do exercício de funções públicas ou não interdição para o exercício daquelas que se propõe desempenhar; d) robustez física e perfil psíquico indispensáveis ao exercício das funções; e) cumprimento das leis de vacinação obrigatória. O n.º 2 do mesmo preceito determina expressamente que a nacionalidade portuguesa para o desempenho de funções públicas só pode ser exigida nas situações previstas no n.º 2 do artigo 15.º da Constituição, ou seja, quando estiver em causa o desempenho de funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico. O exercício de funções públicas pode ser condicionado à titularidade de grau académico ou título profissional, nos termos definidos nas normas reguladoras das carreiras, nos termos do n.º 1, do artigo 18.º da LTFP, cfr. Cláudia Nunes, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas*, cit., pág. 33-34, e nota n.º 21.

¹²⁷² Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 353.

par os lugares indispensáveis à satisfação das suas necessidades¹²⁷³. De notar que aos trabalhadores colocados em situação de requalificação é reconhecido legalmente o direito de serem recrutados com primazia sobre todos os demais concorrentes, existindo pois uma prioridade absoluta destes trabalhadores (cfr. artigo 37.º e 265.º da LTFP), pois nem chega sequer a ser aberto o procedimento concursal se houver trabalhadores em situação de requalificação, quer o concurso seja interno ou externo¹²⁷⁴. Além do regime constante da Lei n.º 35/2014, o procedimento concursal continua a ser regulado pela Portaria n.º 83-A/2009, de 22 de Janeiro (na sua redacção actual) – portaria que a Lei n.º 35/2014 não revogou. Numa lógica de aceleração e simplificação inerente ao programa “simplex”, este procedimento concursal é *simplificado* e *urgente*, nos termos do n.º 1, do artigo 37.º, da LTFP (tal como acontecia na Lei n.º 12-A/2008)¹²⁷⁵.¹²⁷⁶

Em traços gerais, diga-se que se mantêm nesta lei do emprego público de 2014 a grande maioria das soluções legislativas de 2008/2009. Designadamente, como já vimos, o vínculo-regra continua a ser o do contrato de trabalho em funções públicas. Os mapas de pessoal continuam dotados de instabilidade (ou uma estabilidade de duração anual), pois continuam a ser aprovados anualmente, com a hipótese de aumento ou redução dos mesmos. Quanto às carreiras mantêm-se a distinção consagrada na Lei n.º 12-A/2008 entre *carreiras gerais* e *carreiras especiais*, nos termos do artigo 84.º e sgs., da LTFP. As carreiras gerais continuam a ser: a carreira de técnico superior, a de assistente técnico e a de assistente operacional (n.º 1, do artigo 88.º da LTFP), as especiais correspondem, em sentido lato, às tradicionais carreiras dos corpos especiais, sendo especiais as carreiras cujos conteúdos funcionais caracterizam postos de trabalho de que apenas

¹²⁷³ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 10.º, pág. 177.

¹²⁷⁴ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 10.º, pág. 177-178, e Miguel Lucas Pires, *Lei Geral*, cit., anotação artigo 30.º, pág. 80-81.

¹²⁷⁵ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 354.

¹²⁷⁶ Quando estejam em causa postos de trabalho de que o serviço carece pertencerem à carreira técnica superior e se destinarem à satisfação de necessidades permanentes desse mesmo serviço podem, em alternativa à abertura do procedimento concursal, ser recrutados diplomados pelo Curso de Estudos Avançados em Gestão Pública (CEADGP), nos termos do artigo 39.º da LTFP. Cfr. Miguel Lucas Pires, *Lei Geral*, cit., anotação artigo 30.º, pág. 80-81, e Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 39.º, pág. 217.

um ou alguns órgãos ou serviços carecem para o desenvolvimento das respectivas actividades (n.º 3, do artigo 84.º da LTFP). Continuando também como subdivisão classificatória as carreiras gerais ou especiais são unicategoriais ou pluricategoriais, consoante lhes correspondam uma ou mais categorias (artigo 85.º da LTFP). As carreiras de pessoal continuam ainda a ser classificadas em função do seu grau de complexidade (artigo 86.º da LTFP).

Além disso, o vínculo do contrato de trabalho em funções públicas continua a ser o único a poder cessar por causas objectivas, sem prejuízos dos trabalhadores abrangidos pela chamada *cláusula de segurança* prevista no n.º 4, do artigo 88.º da LVCR (que a Lei n.º 35/2014 não revogou, *vide* n.º 1, alínea c), do artigo 42.º, da Lei n.º 35/2014, que aprovou a LTFP). Com efeito, nos termos do n.º 2 do artigo 289.º da LTFP, é “causa específica de cessação do contrato de trabalho em funções públicas a extinção do vínculo na sequência de processo de requalificação de trabalhadores em caso de reorganização de serviços ou racionalização de efetivos na Administração Pública em conformidade com o disposto no n.º 2 do artigo 245.º”, constituindo-se, nestes termos, a requalificação uma das causas de extinção do vínculo do emprego público, que se configura como um despedimento por causas objectivas (artigo 245.º a 275.º da LTFP)¹²⁷⁷.

Mantém-se também a solução legislativa de só os trabalhadores titulados com contrato de trabalho em funções públicas terem direito de celebrar instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho (cfr. alínea b) do n.º 3 do artigo 347.º da LTFP). Estes instrumentos podem ser convencionais: o acordo colectivo de trabalho, o acordo de adesão e a decisão de arbitragem voluntária; ou podem ser instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho não convencionais, que actualmente, se encontra reduzida, como veremos, à decisão de arbitragem necessária. Por sua vez, constituem acordos colectivos de trabalho: o acordo colectivo de carreira (a convenção coletiva aplicável no âmbito de uma carreira ou de um conjunto de carreiras, independentemente do órgão ou serviço onde o trabalhador exerça funções) e o acordo colectivo de empregador público (a convenção coletiva aplicável no âmbito do órgão ou serviço onde o trabalhador exerça funções), nos termos do artigo 13.º da LTFP. As matérias que podem ser objecto de instru-

¹²⁷⁷ Licínio Lopes Martins, “A Relação de Emprego Público: Nótulas sobre as Principais Vicissitudes da sua Evolução Recente e (Algumas) Incoerências do Regime”, cit., pág. 256.

mentos de regulamentação colectiva de trabalho constam do artigo 355.º da LTFP. Para além de outras, previstas na LTFP ou em norma especial, os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho só podem dispor sobre: suplementos remuneratórios; sistemas de recompensa do desempenho; sistemas adaptados e específicos de avaliação do desempenho; regimes de duração e organização do tempo de trabalho; regimes de mobilidade; acção social complementar. Uma das matérias que podem ser objecto de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, *v.g.*, é a duração de trabalho. O período normal de trabalho está fixado em 8 horas diárias e 40 horas semanais (artigo 105.º da LTFP). No entanto, confere-se, relembre-se, a possibilidade de reduzir esses limites por instrumentos de regulamentação colectiva, desde que não haja diminuição do trabalhador (n.º 3 do artigo 105.º da LTFP)¹²⁷⁸.

Por sua vez, por regra, só estes, os contratados, podem também negociar à entrada a sua posição remuneratória (cfr. n.º 1, do artigo 38.º da LTFP). Por outro lado, perpetuam-se também as opções legislativas consagradas com a LVCR, de aproximar o emprego público do sistema de emprego, como, *v.g.*, por um lado, a atribuição aos dirigentes de amplas competências em matéria da gestão dos recursos humanos¹²⁷⁹. Mantendo-se ainda, tal como resultava da LVCR, como jurisdição competente para dirimir litígios emergentes das relações de emprego público os tribunais administrativos e fiscais (cfr. artigo 12.º da LTFP) — embora até à penúltima versão Anteprojecto da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas se previsse que a jurisdição competente para dirimir tais litígios das relações de emprego público deveriam ser os tribunais do trabalho.¹²⁸⁰

Resulta do exposto, que permanecem, assim, a maioria das soluções legislativas consagradas na reforma do emprego público de 2008/2009, ao mesmo tempo que se deixa antever que dentro do mundo do emprego público existem na verdade dois distintos regimes jurídicos: o dos nomeados e o dos contratados, apresentando-se o primeiro como o mais próximo do tradicional regime estatutário (mais

¹²⁷⁸ Cfr. Licínio Lopes Martins, “A Relação de Emprego Público: Nótulas sobre as Principais Vicissitudes da sua Evolução Recente e (Algumas) Incoerências do Regime”, *cit.*, pág. 254.

¹²⁷⁹ Neste sentido, Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho em Funções Públicas”, *cit.*, pág. 295.

¹²⁸⁰ Neste sentido, Cláudia Sofia Nunes, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas*, *cit.*, pág. 18, nota n.º 7.

publicizado), e o segundo mais próximo do regime previsto no direito laboral comum (mais privatizado).

Como alterações a dar conta entre a reforma do emprego público de 2008/2009 e a reforma de 2014, assinalamos, uma de carácter técnica, relacionada com a técnica legislativa utilizada pelo legislador, se naquela primeira o legislador decalca em muitos aspectos o regime do Código do Trabalho, na segunda o legislador opta por remeter determinadas matérias para o Código do Trabalho (cfr. artigo 4.º da LTFP); e, outra alteração, de carácter substancial, que nos parece sintomática, como veremos *infra*, da intenção do legislador vir a criar um direito comum laboral para todos os trabalhadores (dos sectores público e privado), que consiste no seguinte: enquanto a Lei n.º 12-A/2008, qualificou expressamente o contrato de trabalho em funções públicas como um contrato de natureza administrativa, já a Lei n.º 35/2014, apesar de manter a opção do contrato de trabalho em funções públicas como modalidade-regra da constituição da relação de emprego público, deixa de o qualificar expressamente como contrato administrativo, embora entendamos que da análise do seu regime ainda se pode concluir pela sua qualificação como contrato administrativo¹²⁸¹.

4.2. Situação jurídica dos trabalhadores em funções públicas contratados

O contrato de trabalho em funções públicas apesar de se tratar de um contrato, e portanto, constituir um negócio bilateral, que até pode ser integrado por instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, é um verdadeiro contrato de adesão a um regime imposto unilateralmente pela lei, conforme, aliás, vem sendo comprovado pela própria tradição legislativa dos últimos anos (sobretudo as últimas leis do orçamento de Estado), a qual vem alterando sucessivamente aspectos fundamentais do regime jurídico dos trabalhadores públicos sem o consentimento de quem já era titular de uma relação de emprego público¹²⁸².

O contrato de trabalho de trabalho em funções públicas insere o trabalhador no seio da Administração Pública deixando-o sujeito a

¹²⁸¹ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 8.º, pág. 108.

¹²⁸² Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 7.º, pág. 108.

um regime unilateralmente imposto, e que pode vir a ser alterado, em nome do interesse público, ao longo da execução da relação de emprego público também unilateralmente quer pela lei quer, segundo cremos, pela Administração Pública. Uma vez que quando se trata de uma relação titulada por contrato o que está em causa um negócio bilateral, existe doutrina que apresenta reservas quanto à possibilidade da Administração Pública, no desenvolvimento da relação de emprego público, poder unilateralmente alterar o regime disciplinador do contrato¹²⁸³.¹²⁸⁴ Nomeadamente, Ana Fernanda Neves, citando Lopes Navarro¹²⁸⁵, defende que os trabalhadores com contrato de trabalho se encontram, “em parte, numa situação jurídica subjectiva e em parte, numa situação jurídica objectiva”, ao contrário do que acontece com os trabalhadores “nomeados que estão exclusivamente numa situação legal ou regulamentar”¹²⁸⁶. A parte subjectiva fica a dever-se a especificidades que derivam da natureza deste vínculo residir num contrato, e por isso mesmo individuais, e a parte objectiva deriva, em especial, da subordinação ao interesse público deste tipo de contratos, bem como pelas especificidades que decorrem da entidade empregadora ser um órgão ou serviço da Administração Pública¹²⁸⁷. Mais: refere, a este propósito, Ana Fernanda Neves que como acordo de vontades que é, o poder dispositivo sobre o contrato deve, por princípio, nele assentar e não na imposição unilateral de efeitos jurídicos. Seja porque é o legislador quem define quer a medida da intervenção unilateral, quer a me-

¹²⁸³ Neste sentido parecem ir, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 81.º, pág. 233, e Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 238, e Ana Fernanda Neves, “O Direito da...”, cit., pág. 462-463

¹²⁸⁴ Neste sentido parece ir o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 9 de Maio de 2002, no Processo n.º 047720, ao referir que na “fase de execução do contrato a relação é essencialmente bi-polar, importando regular os interesses das partes no contrato”, ao contrário 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 a regras gerais da capacidade de exercício podem não ser suficientes”.

¹²⁸⁵ Luiz Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, cit., 91.

¹²⁸⁶ Ana Fernanda Neves, “O Direito da...”, cit., pág. 462-463.

¹²⁸⁷ Luiz Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, cit., 91.

dida de intervenção por acordo (incluindo colectivo) no conteúdo da relação jurídica, seja porque a relação jurídica assenta num contrato, a respectiva decisão do empregador fica, em regra, sujeita à concordância do trabalhador.¹²⁸⁸

Pelo contrário, nós entendemos que, por regra de princípio, em nome do interesse público, o contrato de trabalho em funções públicas, ao longo da sua execução pode vir a sofrer modificações unilaterais por parte da entidade empregadora pública, enquanto parte no contrato, ainda que a Administração deva, sempre que possível, tentar, ao alterar unilateralmente tal disciplina, evitar violar direitos já adquiridos pelo pessoal com relações de emprego público previamente constituídos¹²⁸⁹.¹²⁹⁰ Pelo que, aproveitemos este ensejo (ainda que pretendamos regressar a este ponto *infra*), para darmos conta que entendemos que o contrato de trabalho em funções públicas pode ser livre e unilateralmente alterado pela Administração¹²⁹¹. Podemos chegar, segundo cremos, a esta conclusão seguindo pelo menos três diferentes caminhos. O *primeiro caminho*, decorre do facto deste contrato constituir uma das modalidades de constituição da relação de emprego público. Devido ao facto da entidade empregadora ser pública, e de prosseguir o interesse público, sempre se reconheceu como uma das prerrogativas exorbitantes reconhecida à Administração, no seio da *função pública*, o poder desta modificar unilateral o conteúdo da relação de emprego público – traduzindo-se este poder tradicionalmente numa das especificidades do regime da *função pública*, que sempre a distinguiu da relação de

¹²⁸⁸ Ana Fernanda Neves, “O Direito da...”, cit., pág. 462-463.

¹²⁸⁹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 106-107.

¹²⁹⁰ Neste sentido refere Maria João Estorninho que o “poder de modificação unilateral das prestações está intimamente ligado ao princípio da prossecução do interesse público, subjacente ao contrato público, o qual implica simultaneamente uma ideia de estabilidade e uma ideia de adaptabilidade”, cfr. Maria João Estorninho, *O Direito Europeu dos Contratos Públicos, Um olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 455.

¹²⁹¹ Em sentido diverso parecem ir Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar ao referirem “[a] constatação de se estar perante um contrato de adesão não significa, porém, que partilhemos da opinião daqueles que sustentam, na esteira do decidido pelo Conselho de Estado Francês em 27 de Junho de 1913, que o regime do contrato possa ser livre e unilateralmente modificado ou que não haja direitos adquiridos no universo do emprego público, uma vez que, em nossa opinião, a adesão a um determinado contrato não significa necessariamente que este possa ser modificado livremente por uma das partes contratantes ou que a outra parte não possa opor a tal modificação um direito já consolidada na sua esfera jurídica”, cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 7.º, pág. 108.

emprego privado. Segundo cremos, tal poder de modificação unilateral deve ter-se por presente, em nome da prossecução do interesse público, independentemente da modalidade de constituição a relação de emprego público que esteja em causa, ou seja, quer a modalidade de constituição da relação de emprego público nasça de um acto unilateral (*maxime*, a nomeação), quer de um acto bilateral (o contrato de trabalho em funções públicas). Como *segundo caminho*, diga-se que, ainda que assim não se entendesse, tal poder de modificação unilateral do conteúdo do contrato de trabalho em funções públicas por parte da Administração deriva também, a nosso ver, da sua própria natureza de contrato administrativo, tendo sido precisamente devido à necessidade do reconhecimento deste poder unilateral da Administração Pública que se deu a autonomização da figura do contrato administrativo em relação ao contrato de direito privado¹²⁹².

Como *terceiro e último caminho*, indo um pouco mais longe, tal solução também parece ser a que se extrairia da *aplicação subsidiária* do Código dos Contratos Públicos ao contrato de trabalho em funções públicas. Dispõe, o n.º 1 do artigo 202.º, do novo CPA, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07 de Janeiro, que “[a]s relações contratuais administrativas são regidas pelo Código dos Contratos Públicos ou por lei especial, sem prejuízo da aplicação subsidiária daquele quando os tipos dos contratos não afastem as razões justificativas da disciplina em causa”, pelo que, apesar da expressa exclusão do contrato de trabalho em funções públicas do âmbito de aplicação do CCP (na sua alínea a) do n.º 2, do artigo 4.º do CCP), esta não significa uma exclusão em bloco de todas as normas do CCP, existindo algumas normas que pela própria natureza administrativa do contrato de trabalho em funções públicas lhe são aplicáveis subsidiariamente como será o caso, segundo cremos, do poder do contraente público previsto na alínea c) do artigo 302.º do CCP, que consiste no poder deste modificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público.

¹²⁹² Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos*, cit., pág. 21 e 43.

Referindo, a este propósito, estes autores que “[t]al como o acto administrativo, o contrato administrativo é uma figura de origem jurisprudencial e consistiu, inicialmente, num mecanismo de subtração da administração pública à aplicação dos regimes jurídicos tendencialmente igualitários do direito privado”, *ibidem*, pág. 22.

Em suma, qualquer um dos três caminhos permite-nos chegar à mesma conclusão: advogamos, como regra de princípio, que mesmo quando esteja em causa um contrato de trabalho em funções públicas, a Administração Pública conserva o poder de o modificar unilateralmente ao longo da sua execução, em nome do interesse público, sem prejuízo daquela ter a obrigação de tentar, sempre que possível, conciliar as alterações unilaterais com a preservação dos direitos já adquiridos pelos trabalhadores com relações de emprego público previamente constituídas.

Por sua vez, pode também devido à subordinação ao interesse público, o contrato vir a sofrer alterações por força de actuações públicas, mediante acto de carácter geral (lei ou regulamento), que têm efeitos sobre o contrato¹²⁹³. Encontramos vários exemplos da alteração unilateral do regime na recente legislação portuguesa, sobretudo em recentes leis do orçamento (*maxime*, LOE 2011 a LOE 2014) aprovadas durante um forte período de crise económica de Portugal, *v.g.*, a medida da redução remuneratória aplicável a todos trabalhadores em funções públicas em qualquer outra modalidade de constituição da relação de emprego público, logo, pois, também aplicável aos trabalhadores públicos contratados. Esta redução remuneratória começou por ser prevista legislativamente, desde logo, no n.º 1, do artigo 19.º, da Lei do Orçamento de Estado para 2011: determinando-se que eram reduzidas as remunerações totais ilíquidas mensais dos trabalhadores em funções públicas, de valor superior a € 1500. Mantendo-se tal redução na Lei do Orçamento de Estado para 2012, e de 2013¹²⁹⁴. Na Lei do Orçamento de Estado para 2014¹²⁹⁵ agravou-se essa redução, determinado no seu artigo 33.º que são reduzidas as remunerações totais ilíquidas mensais dos trabalhadores em funções públicas, de valor superior a € 675, levando, assim, à ampliação do universo dos trabalhadores do

¹²⁹³ Estará aqui em causa o tradicionalmente chamado *fait du prince* ou *facto do príncipe*. Para uma distinção entre o poder de modificação unilateral das prestações por parte da Administração e *fait du prince*, *vide*, entre outros, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral – Tomo III*, 2.ª ed. Reimpressão, D. Quixote, Lisboa, 2010, pág. 166 e sgs., e Maria João Estorninho, *O Direito Europeu dos Contratos Públicos*, pág. 456, nota 413, e Pedro Gonçalves, “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, Julho/Agosto, 2007, pág. 41 (e nota n.º 15).

¹²⁹⁴ Leis do Orçamento de Estado de 2011, 2012 e 2013 aprovadas pelas Leis n.ºs 55-A/2010, 64-B/2011, e 66-B/2012, respectivamente.

¹²⁹⁵ Lei do Orçamento de Estado para 2014 aprovada pela Lei n.º 83/C/2013, de 31 de Dezembro.

sector público afectados pela medida, passando a integrar os titulares de retribuições salariais superiores a € 675 e iguais ou inferiores a € 1.500, que até então se encontravam isentas de qualquer oneração, medida que viria a ser declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional^{1296_1297}.

Pelo que, somos levados a concluir que o estatuto do trabalhador contratado deve ter-se por equiparado ao estatuto do trabalhador nomeado, no que concerne à possibilidade e alteração unilateral, quer pela lei, quer pela Administração Pública, ao longo da execução da mesma relação, pois não interessa se o acto que integra o trabalhador no seio da Administração é unilateral ou bilateral, devendo depois deste acto entender-se que o trabalhador deve ficar subordinado a um regime unilateralmente fixado, e que pode pelas mesmas (vias unilaterais) ser alterado.

4.3. O recurso pela Administração Pública ao contrato de trabalho no regime laboral comum

Apesar da maioria das relações de emprego no seio da Administração se encontrar sujeitas a uma relação jurídica de emprego público (por regra disciplinado actualmente pela Lei n.º 35/2014), em princípio de direito administrativo, continuam a subsistir situações de trabalhadores subordinados à Administração Pública sujeitos ao contrato individual de trabalho, e, conseqüentemente, ao regime laboral privado.

Assim há entidades empregadoras públicas que continuam a disciplinar as suas relações laborais por um regime laboral comum, encontrando-se os seus trabalhadores titulados por um contrato individual

¹²⁹⁶ Tendo o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 413/2014, de 30 de Maio, vindo a declarar a inconstitucionalidade do artigo 33.º, em sede de fiscalização abstracta sucessiva, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP, considerando pois que a intensificação da medida da redução remuneratória excede o limite do sacrifício que se entende constitucionalmente admissível em relação aos trabalhadores que auferem por verbas públicas, o que constitui uma diferenciação face a outros cidadãos com rendimentos de outras fontes, determinado também o mesmo Tribunal que esta declaração de inconstitucionalidade só produz efeitos a partir da data desta decisão.

¹²⁹⁷ Já alertava, em 2013, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 187/2013, de 5 de Abril, que “*não faz sentido é que se convoque a vinculação ao interesse público dos trabalhadores da Administração Pública, caracterizada pela referida situação estatutária ou pelo estatuto legal do contrato, como fundamento para a imposição continuada de sacrifícios a esses trabalhadores por via da redução unilateral dos salários, quando assim não se pretenda mais do que um objetivo de carácter geral em vista ao cumprimento das metas de redução do défice*”.

de trabalho, sem prejuízo de algumas especificidades jurídico-públicas. Estão nestas condições, sem pretensão de fazer um elenco exaustivo destas, nomeadamente, as entidades reguladoras independentes, as associações públicas profissionais, e as empresas públicas, estaduais e locais. As primeiras, as entidades reguladoras independentes encontram-se consagradas constitucionalmente no n.º 3, do artigo 267.º, e são reguladas pela Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, que aprovou a lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo. Resulta do artigo 32.º desta lei, que aos trabalhadores das entidades reguladoras é aplicado o regime do contrato individual de trabalho, ainda que com algumas especificidades. Enquanto, as segundas, as associações públicas profissionais como associações públicas que são encontradas sujeitas a um especial estatuto constitucional, nos termos previstos na alínea s) do n.º 1 do artigo 165.º e, n.º 4 do artigo 267.º da CRP¹²⁹⁸. Além de que as associações públicas profissionais encontram-se legalmente previstas na Lei n.º 2/2013, de 10 de Janeiro, que estabeleceu o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais; prevendo aquela lei no seu artigo 41.º, que os seus trabalhadores estão subordinados ao contrato individual de trabalho, ainda que com algumas especificidades. Por fim, quanto às terceiras, às empresas públicas, estas ainda encontram refracção constitucional, segundo cremos, no artigo 80.^{o1299} e alínea c) do artigo 81.º da CRP. Estas empresas públicas podem ser estaduais ou locais¹³⁰⁰, e são disciplinadas, respectivamente, pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro (na sua actual redacção), que aprova o novo regime jurídico do sector público empresarial; e pela Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto, que aprovou o regime jurídico da actividade empresarial local e das participações locais. Prevendo o n.º 1, do artigo 17.º, do Decreto-Lei n.º 133/2013, e o artigo 28.º da Lei n.º 50/2012, que os trabalhadores daquelas empresas públicas se encontram sujeitos ao regime laboral comum, pois se encontram titulados por contrato individual de trabalho, apresentando o regime

¹²⁹⁸ Para mais desenvolvimentos sobre este especial estatuto constitucional das associações públicas, *vide* Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 77.

¹²⁹⁹ Neste sentido parecem ir Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. I, cit., anotação artigo 80.º, pág. 959.

¹³⁰⁰ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 105.

destes poucas especificidades jurídico-públicas.

Como advogamos que a Constituição impõe um regime-regra de direito administrativo para a generalidade das relações jurídicas de emprego público (que resulta, *maxime*, da leitura conjugada da alínea t), do n.º 1, do artigo 165.º e do artigo 269.º da CRP), entendemos que *só excepcionalmente, quando tal se revelar necessário, adequado e proporcional, à salvaguarda de outros interesses legal, ou constitucionalmente, protegidos*¹³⁰¹, será lícito ao legislador afastar o regime de direito administrativo, e consagrar o regime do direito laboral comum no seio das relações de emprego com a Administração. Em concreto, designadamente, cremos que será lícito e se encontra justificado, o recurso pela Administração Pública ao contrato individual de trabalho, designadamente, no caso das empresas públicas devido à finalidade específica que prosseguem o lucro¹³⁰², e no caso das associações públicas profissionais, nas quais se prosseguem além de interesses públicos, também interesses privados dos seus membros, uma vez que estas associações de carácter profissional (associações e ordens profissionais) são associações públicas formadas por membros de certas profissões de interesse público com o fim de, por devolução de poderes de Estado, regular e disciplinar o exercício da respectiva actividade profissional¹³⁰³⁻¹³⁰⁴. Quanto às entidades reguladoras não concordamos com a solução legislativa actualmente consagrada – por razões que explicaremos melhor *infra* – pois entendemos que invés dos seus trabalhadores se encontram titulados pelo contrato individual de trabalho deveriam estar sujeitas ao regime da

¹³⁰¹ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, “Implicações Jurídico-Constitucionais da Introdução do Contrato”, cit., pág. 68, e do mesmo autor, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 392.

¹³⁰² Cfr. Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 69. Ensinando estes autores que as *entidades públicas empresariais*, embora sejam pessoas colectivas de direito público, estão, de um modo geral sujeitas ao direito privado, não porque este ramo de direito se lhes aplique automaticamente, mas porque o direito administrativo o manda aplicar. Isto é assim, porque dada a sua finalidade (o lucro), necessitam de grande liberdade de acção, mobilidade e flexibilidade no seu modo de funcionamento, que são facilitados pela utilização do direito privado (*ibidem*, pág. 69).

¹³⁰³ Cfr. Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 77.

¹³⁰⁴ Num sentido próximo, embora nos pareça que em termos mais restritivos do que os por nós defendidos, também Paulo Veiga e Moura advoga um recurso excepcional pela Administração ao direito laboral comum no seio das suas relações de emprego, o qual parece defender que tal só se passe quando estejam em causa actividades que devam ser exercidas numa lógica empresarial (empresas públicas), *vide* Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 392-393.

relação de emprego público, na modalidade existente mais publicizada (nomeação), devido à natureza das funções que exercem¹³⁰⁵⁻¹³⁰⁶.

¹³⁰⁵ Merece-nos uma breve referência o caso especial dos institutos públicos e do regime aplicável ao seu pessoal.

Pois, até à entrada em vigor da LVCR, a 1 de Janeiro de 2009, o regime regra de vinculação do pessoal ao serviço dos institutos públicos era dado pelo contrato individual de trabalho. Ora tal regime manteve-se com a entrada em vigor daquela lei para todos os trabalhadores que naquela data já estavam contratados, embora com um conteúdo diferente do que resultava do Código do Trabalho (cfr. n.º 3, do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008). Pois, relembre-se que aos trabalhadores providos por contrato individual de trabalho era aplicável o regime do Código do Trabalho com as modulações resultantes da Lei n.º 23/2004, e que a partir de 1 de janeiro de 2009, este contrato passa a ter o conteúdo resultante da Lei n.º 12-A/2008, pelo que quem nessa data se encontrasse contratado em regime de contrato individual de trabalho manter-se-ia com tal contrato, mas o conteúdo do mesmo passava a ser dado pelo regime geral dos trabalhadores públicos, pelo que, na prática, apesar de continuar a subsistir um contrato individual de trabalho este converteu-se num contrato de trabalho em funções públicas, (cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 1.º, pág. 80).

Ora, por um lado, o artigo 1.º da LTFP consagra que se encontram abrangidos pelo âmbito de aplicação da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas os serviços da administração indirecta do Estado, sendo esta tradicionalmente integrada por institutos públicos e pelas empresas públicas; uma vez que estas últimas, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º, se encontram expressamente excluídas do âmbito de aplicação daquela lei, a referência daquele preceito à administração indirecta há-de ter de se reportar aos institutos públicos. Por outro lado, apesar da alínea b) do n.º 2 do artigo 6.º da Lei Quadro dos Institutos Públicos, aprovada pela Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, (na sua actual redacção), apenas referir, a este propósito, que se deve aplicar aos trabalhadores dos institutos o *regime jurídico aplicável aos trabalhadores que exercem funções públicas*, o que, suscita dúvidas quanto a saber se a pretensão do legislador terá sido a de lhes atribuir a qualidade de “trabalhadores públicos”, ou, apenas a de lhes estender o regime destes trabalhadores, pode mesmo assim concluir-se, e ter-se por certo, que a LTFP é aplicável aos institutos públicos (cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 1.º, pág. 80).

Pelo que, em jeito de conclusão, pode afirmar-se que o pessoal da generalidade dos institutos públicos que integram a administração indirecta do Estado estão vinculados ao disposto na LTFP, quer os que integram os serviços personalizados ou que integram os estabelecimentos públicos, sendo, contudo, mais duvidoso que essa aplicação abranja ainda o pessoal das fundações públicas, sejam elas de direito público ou de direito privado (cfr., também para mais desenvolvimentos sobre este ponto, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 1.º, pág. 80-85).

¹³⁰⁶ Neste sentido, *vide* Pedro Costa Gonçalves e Licínio Lopes Martins, “Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da atividade económica”, *Textos de Regulação da Saúde/ano de 2013*, n.º 4, 2014, Entidade Reguladora da Saúde, Porto, pág. 23, nota n.º 21.

5. Uma breve referência à evolução do emprego público em Portugal em números

Parece-nos importante expressar a evolução do emprego público em números, estando, no entanto, limitados aos dados que encontramos disponíveis.

Assim, em 1935 a Administração Pública contava com cerca de 25 000 servidores, e em 1969, o número de funcionários rondava os 165 000¹³⁰⁷. Segundo dados reportados a 31 de Dezembro de 2005, a Administração Pública tinha ao seu serviço 747 880 efectivos (incluindo-se aqui prestações de serviço)¹³⁰⁸, sendo que destes: o número de trabalhadores vinculados pela nomeação era de 590 232, já o número de trabalhadores com contratos administrativos de provimento era de 56 728, enquanto o número de contratos por tempo indeterminado era de 27 955, por sua vez o número de contratos de trabalho a termo resolutivo era de 57 270, e o número de tarefas e avenças era de 15 695.

Verificamos que nestes dados de 2005 estão também incluídas prestações de serviço — a tarefa e a avença. No entanto, com rigor, os contratos de prestação de serviço não congruam uma relação jurídica de emprego¹³⁰⁹. Subtraindo-se o número de prestações de serviços ao número total de servidores (747 880), no final de 2005 existiam 732 185 servidores com relação de emprego com a Administração. Partindo deste último número, a nomeação era em 2005 a relação jurídica de emprego mais representativa, abrangendo 80,61 % do emprego público, enquanto por sua vez, o contrato de trabalho por tempo indeterminado se limitava a abranger 3,82 % do emprego público. De acordo

¹³⁰⁷ Cfr. Presidência do Conselho de Ministros, *Relatório sobre o Sistema Retributivo da Função Pública — Livro Branco sobre os Sistemas Retributivos da Função Pública em Portugal*, Vol. I, Lisboa, 1987, pág. 14.

¹³⁰⁸ Cfr. Teresa Castel-Branco (Coord.), Carlos Carinhas, Emília Cruz, *Caracterização dos recursos humanos na administração pública portuguesa 2005*, Direcção-Geral da Administração e do Emprego Público, Lisboa, 2008, pág. 14. Disponível em <http://www.dgaep.gov.pt/upload/catalogo/RH2005.pdf>, e Direcção-Geral da Administração e do Emprego Público, *A Década: Emprego Público em Números — 1996-2005*, OBSEP, 2009, pág. 5, 6, 8. Disponível em http://www.dgaep.gov.pt/upload/newsletter/News_08/Decada_EP_1996-2005.pdf. Consultado a 20/08/2014.

¹³⁰⁹ Cfr. Teresa Castel-Branco (Coord.), Carlos Carinhas, Emília Cruz, *Caracterização dos recursos humanos na administração pública portuguesa 2005*, cit., pág. 11.

com os números apresentados, até 2005 o número de trabalhadores da Administração foi sempre a aumentar. Considerando este excessivo peso, juntamente com a inércia, a ineficácia e a ineficiência da máquina administrativa muitas foram as vozes que defenderam o abandono das tradicionais formas de actuação e advogaram a sua substituição por técnicas e instrumentos da gestão privada.

Já a 31 de Dezembro de 2013 o número de postos de trabalho na Administração Pública era de 563 595¹³¹⁰ (sem incluir prestações de serviços), sendo que destes: o número de trabalhadores vinculados pelo regime da nomeação era de 74 813, o número de trabalhadores em comissão de serviço (inclui cargo político e mandato) era de 16 578, o número de contratos por tempo indeterminado era de 408 931, e o número de trabalhadores com contrato a termo era de 63 273¹³¹¹. Representando, assim, a 31 de Dezembro de 2013, o contrato de trabalho por tempo indeterminado a relação jurídica de emprego público mais significativa, abarcando 72,6 % do emprego público, enquanto, por sua vez, a nomeação se limitava a abranger 13,3% do emprego público.

Por um lado, pode verificar-se que a LVCR – que se insere no âmbito da reforma managerial do Emprego Público – provocou impacto em matéria de vínculos, sendo que a nomeação deixa de ser o vínculo-regra, perdendo lugar para o contrato de trabalho em funções, o que se repercutiu na redução do número de efectivos em regime da nomeação entre o ano de 2005 e 2013, em contraponto ao regime do contrato de trabalho em funções públicas que cresceu inversamente – de lembrar que em 2005 os nomeados representavam 80,61% do emprego público, os contratados por tempo indeterminado somente 3,82 %; já em 2013, o contrato de trabalho por tempo indeter-

¹³¹⁰ Dados provisórios a 17 de Fevereiro de 2014. Cfr. Direcção-Geral da Administração e do Emprego Público, *Síntese Estatística do Emprego Público (SIEP) – 4.º trimestre 2013*, Fevereiro de 2014, pág. 6. Disponível em http://www.dgaep.gov.pt/upload//DEEP/SIEP2014/DGAEP-DEEP_SIEP_2013_T4_17022014.pdf. Consultado a 20/08/2014.

¹³¹¹ Cfr. DGAEP, *(SIEP) – 4.º trimestre 2013*, cit., pág. 6. Sendo que, nestes dados do estudo se encontram incluídos – na nomeação: a nomeação definitiva e a nomeação transitória por tempo determinado e por tempo determinável, na comissão de serviço: a comissão de serviço no âmbito da LVCR, e a comissão de serviço no âmbito do Código de Trabalho, também o cargo político e o mandato, nos contratos por tempo indeterminado: o contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado, e o contrato de trabalho por tempo indeterminado no âmbito do Código de Trabalho, e no contrato a termo: o contrato de trabalho em funções públicas, a termo certo e incerto, e o contrato de trabalho a termo certo e incerto no âmbito do Código de Trabalho, cfr. *ibidem*, pág. 6.

minado abarcava 72,6% do emprego público, e a nomeação abrangia 13,3%.¹³¹². Por outro lado, colocando em confronto o universo de 732 185 postos de trabalho na Administração Pública em 31 de Dezembro de 2005, com o universo de 563 595 postos de trabalho na Administração em 31 de Dezembro de 2013, verificando-se uma evidente redução do pessoal, e confirmando-se uma política de contenção de despesas, e que consequentemente se reflecte na política de admissões na Administração Pública¹³¹³.

Esta política de contenção de despesas à custa da redução de efectivos acentua-se nos últimos anos, praticamente desde a entrada em vigor da LVCR, até ao momento da redacção deste texto (ou seja, pelo menos, contemporânea da vigência da Lei do Orçamento de Estado para 2014), devido ao contexto económico-financeiro em que o País se encontrava. Foi, precisamente, este contexto de forte crise económica que motivou a introdução de medidas restritivas à constituição de relações jurídicas de emprego público.¹³¹⁴ Desde logo, com a Lei de Orçamento e Estado para 2010 (LOE 2010), aprovado pela Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril, que veio consagrar a chamada regra das “duas saídas por uma entrada”¹³¹⁵ no seu artigo 23.º, ou seja, para qualquer carreira, cada serviço só pode recrutar pessoal desprovido de uma relação por tempo indeterminado se demonstrar que nesse serviço cessaram funções dois trabalhadores por cada nova admissão que se queira efectuar e, mesmo assim, desde que com a despesa mensal com as novas admissões não seja superior à que resultaria com os encargos mensais com os trabalhadores que cessaram funções¹³¹⁶. No entanto, com a intenção de prolongar a limitação às novas admissões de pessoal externas — uma vez que a LOE para 2010, como qualquer lei orçamental foi aprovada apenas para o ano de 2010 —, foi aprovada a Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, que não sendo uma lei orçamental não possui o prazo de vigência limitada a um ano, veio restringir ainda mais a constituição de relações de emprego público. Assim, nos termos do

¹³¹² Ida Teixeira, *A Constituição da Relação Jurídica de Emprego Público*, cit., pág. 60.

¹³¹³ Ida Teixeira, *A Constituição da Relação Jurídica de Emprego Público*, cit., pág. 60.

¹³¹⁴ Miguel Lucas Pires, *Os regimes de vinculação*, cit., pág. 36.

¹³¹⁵ Ver, neste sentido, nomeadamente, Miguel Lucas Pires, *Os regimes de vinculação*, cit., pág. 36, e Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 6.º, pág. 29.

¹³¹⁶ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 6.º, pág. 30.

artigo 9.º da Lei n.º 12-A/2010, os serviços não podiam proceder à abertura de procedimentos concursais destinados ao recrutamento de sujeitos que não possuíssem uma relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado previamente constituída, com vista à constituição de relações jurídicas de emprego público por tempo indeterminado, determinado ou determinável. Assim, apenas seria permitido a abertura dos chamados concursos internos, aos quais apenas podiam concorrer os detentores de vínculos por tempo indeterminado na data da sua abertura. Prevendo, todavia, a Lei n.º 12-A/2010, alguma flexibilização à proibição por si ditada, referindo que em situações excepcionais, e apenas nestas, devidamente fundamentadas, os membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da Administração Pública podem (nos termos do disposto do n.º 2, do artigo 9.º, da lei citada, que remete para os n.ºs 6 e 7 do artigo 6.º da LVCR), fixando o número máximo de trabalhadores a recrutar, autorizar a abertura de procedimentos concursais para o desempenho de funções temporárias ou duradouras, nas quais podem ser providos trabalhadores sem vínculo prévio à Administração e/ou com vínculos temporários¹³¹⁷.

A par da Lei n.º 12-A/2010, as leis do orçamento de Estado dos anos seguintes, entre 2011 e 2013¹³¹⁸, além de terem introduzido alterações ao artigo 9.º daquela lei, continham ainda um conjunto de disposições, referentes especialmente a pessoas colectivas com autonomia ou independência face ao Estado, que condicionavam sobremaneira a constituição de relações jurídicas de emprego público com estas¹³¹⁹.

Muitas destas disposições, relativas a pessoas colectivas com autonomia ou independência face ao Estado foram reproduzidas, ou até ampliadas, pela Lei do Orçamento de Estado de 2014¹³²⁰, que também revoga o citado artigo 9.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, passando a integrar no seu clausulado o teor desse artigo, embora com algumas alterações, nos termos previstos no seu artigo 48.º da LOE

¹³¹⁷ Miguel Lucas Pires, *Os regimes de vinculação*, cit., pág. 37-38.

¹³¹⁸ Sendo que a Lei do Orçamento de Estado de 2011 (LOE de 2011) foi aprovada pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro; a Lei do Orçamento de Estado de 2012 (LOE de 2012), foi aprovada Lei n.º 64 -B/2011, de 30 de Dezembro, e a Lei do Orçamento do Estado de 2013 (LOE de 2013), foi aprovada pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro.

¹³¹⁹ Também para mais desenvolvimentos quanto a estas restrições, *vide* Miguel Lucas Pires, *Os regimes de vinculação*, cit., pág. 41.

¹³²⁰ Lei do Orçamento de Estado de 2014 (LOE de 2014) foi aprovada pela Lei n.º 83-C/2013, de 31 de Dezembro.

para 2014. Assim, de acordo a LOE para 2014 o recrutamento de trabalhadores para a Administração Pública mantém-se, por regra, vedado para a constituição de novas relações de emprego no sector público, seja por tempo indeterminado, determinado e determinável, para carreira geral ou especial e carreiras que ainda não tenham sido objecto de extinção, de revisão ou de decisão de subsistência, destinados a candidatos que não possuam uma relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado previamente constituída. Ou seja, por regra, estão proibidos os concursos externos no acesso à Administração Pública, salvo em situações excepcionais devidamente fundamentadas, e desde que se preencham cumulativamente certos requisitos previstos nessa lei, nos termos dos artigos 48.º e seguintes da LOE para 2014.

Com efeito, pelo menos, desde 2010 até ao momento desta redacção (2014), a Lei n.º 12-A/2010 e as sucessivas leis do orçamento do Estado têm vindo a consagrar regras restritivas no que concerne a novas admissões de pessoal na Administração Pública. Tal medida juntamente com outras medidas ou programas entretanto adoptados, como foi o caso dos chamados “Programas das Rescisões por Mútuo Acordo” (para trabalhadores com contratos de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado), terão contribuído fortemente para a redução do número dos trabalhadores públicos, e conseqüente redução com as despesas com o pessoal – objectivo primordial da adopção destas medidas¹³²¹. Fica, no entanto, o alerta, se este número de trabalhadores continuar a baixar, de modo significativo, podemos vir a assistir à “asfixia” de alguns serviços, comprometendo assim a prestação do serviço público que os mesmos visam assegurar¹³²².

¹³²¹ A maioria destas medidas foi tomada na vigência do Programa de Assistência Económica e Financeira UE/FMI a Portugal, que decorreu entre 2011 e 2014. Constando, precisamente, como um dos objectivos deste Programa, a cumprir durante a sua vigência, uma redução mínima anual de trabalhadores na Administração Pública. Cfr., designadamente, brochura publicada pelo Banco de Portugal, “Portugal – Programa de Assistência Financeira UE/FMI 2011-2014”, Lisboa, 2011. Disponível em http://www.bportugal.pt/ptPT/OBancoeEurosisistema/ProgramaApoioEconomicoFinanceiro/Documents/Brochura_pt.pdf.

¹³²² Num sentido próximo, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 6.º, pág. 30.

6. Conclusões preliminares

Devido às alterações e à evolução das soluções legislativas que tem sofrido o regime do emprego público é possível divisar três grandes momentos na evolução das modalidades de constituição da relação de emprego público: o *primeiro*, até à entrada em vigor em pleno da LVCR, ou seja, até 1 de Janeiro de 2009; o *segundo*, depois de 1 de Janeiro de 2009, durante a vigência da LVCR e do RCTFP; e um *terceiro*, a partir da entrada em vigor da LTFP até ao presente.

Com a Lei n.º 12-A/2008, generalizou-se o contrato de trabalho em funções públicas, tornando-se no regime-regra da relação de emprego público, em detrimento da nomeação, até então a *rainha das modalidades da função pública*, numa solução perpetuada pela Lei n.º 35/2014 – o que se comprovou *supra* com a apresentação dos números (e percentagens) de trabalhadores distribuídos por modalidades de emprego público. Este vínculo arrastou consigo toda uma panóplia de instrumentos, institutos e regime idêntico ao consagrado no direito laboral privado, colocando-se a questão de saber se o que ocorreu foi verdadeiramente uma *administrativização* ou *privatização* do emprego público, no sentido, respectivamente, de saber se o regime disciplinador do emprego público ainda se mantém de direito administrativo, ou se já foi substituído pelo direito laboral comum. Ou por outras palavras, pretendemos saber se com as recentes reformas do emprego público ocorreu verdadeiramente a *privatização do emprego público*, no sentido de saber se o regime laboral comum já substituiu o direito administrativo enquanto regime disciplinador do emprego público, ou se pelo contrário aquele regime disciplinador ainda se poderá reconduzir ao Direito Administrativo, o que tentaremos descortinar no capítulo seguinte.

CAPÍTULO V

O DIREITO ADMINISTRATIVO COMO REGIME DO EMPREGO PÚBLICO?

1. Privatização ou administrativização do emprego público?

Com as recentes e profundas alterações legislativas no emprego público, sobretudo em matéria de vínculos, a doutrina portuguesa tem-se dividido¹³⁰⁵ entre os que consideram que ocorreu a *privatiza-*

¹³⁰⁵ Note-se que esta sistematização por nós aqui apresentada é feita sem atender individualmente ao sentido em que cada autor mencionado toma os, polissémicos, conceitos de *privatização* e de *administrativização do emprego público*. Embora, demos conta, que partimos, neste ponto, dos seguintes sentidos: a *privatização do emprego público*, de forma ampla, significa a influência do direito do trabalho no regime do emprego público, bem como a progressiva substituição do direito administrativo por este ramo do direito privado enquanto regime disciplinador do emprego público; enquanto, a *administrativização* ou *publicização do emprego público*, de forma ampla, traduz a ideia de recurso a um regime de direito público para o emprego público, distinto do regime de direito privado do emprego privado.

ção¹³⁰⁶ do emprego público¹³⁰⁷; os que consideram que ocorreu uma *administrativização* (ou *publicização*) do emprego público¹³⁰⁸, e os que entendem, que não ocorreu totalmente nenhuma das duas anteriores, tendo

¹³⁰⁶ O fenómeno da privatização é também designado por alguma doutrina como de *laboralização do emprego público* (vide, Alda Martins, *A laboralização da Função Pública e o Direito Constitucional à Segurança no Emprego*, Julgar, n.º 7, 2009, pág. 169). Embora as expressões *privatização* e *laboralização* não sejam exactamente sinónimos, neste contexto, serão utilizadas com o mesmo significado. A propósito da distinção entre estas duas expressões, vide, v.g., Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 20, 223-224 (e nota 468).

¹³⁰⁷ Vera Antunes que entende que o fenómeno da *privatização do emprego público* atingiu o seu “clímax”, cfr. Vera Antunes, *O Contrato...*, cit., pág. 60. Também parecem considerar que as recentes reformas conduzem à *privatização do emprego público*, Francisco Liberal Fernandes, *A obrigação de serviços mínimos como técnica de regulação da greve nos serviços mínimos*, Coimbra, 2010, pág. 227; João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 88, (e do mesmo autor, “Prefácio”, in *O Contrato de Trabalho*, de Vera Antunes, cit., pág. 7); Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 20, 222, 224, 604, 606, 614, 617; e, Alda Martins, *A laboralização da Função Pública e o Direito Constitucional à Segurança no Emprego*, Julgar, n.º 7, 2009, pág. 169. Também a jurisprudência do Tribunal Constitucional se vem referindo, a este propósito, a um novo impulso ao *movimento de laboralização*, designadamente, Acórdão n.º 474/2013, de 29 de Agosto, e Acórdão n.º 187/2013, de 5 de Abril.

¹³⁰⁸ Parece apontar para a *administrativização*, Francisco Pimentel, referindo-se à relação de trabalho subordinado no seio da Administração Pública tal como se encontrava preceituado no artigo 9.º da LVCR, defendia que “*consagrando-se assim aquilo que parece ser uma nova opção legislativa direccionada no sentido de afastar do seio da Administração Pública a relação jurídica de emprego privado, sujeitando-se deste modo todos os seus trabalhadores a apenas um único regime jurídico-laboral de direito público, mormente administrativo*”, frisando o mesmo autor que “*com isto o legislador foi um pouco ao arrepio da tendência verificada nos últimos tempos para a privatização do estatuto da função pública iniciada com a publicação da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho*”, cfr. Francisco Pimentel, *Consequências da reforma da Administração Pública – sobre o regime jurídico das férias, faltas e licenças dos trabalhadores da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 16-17.

Também parecendo apontar para a *administrativização do emprego público*, Cláudia Viana refere a este propósito que “[e]m nosso entender, o aspecto mais positivo da reforma prende-se com o fim da privatização, que tem coexistido com o regime de função pública, e a consequente adopção de um modelo de emprego público, próprio e específico da Administração Pública. Na verdade, a presente reforma põe fim à fuga para o direito privado, que tinha sido concretizada pela generalização do regime laboral, com a aplicação do Código do Trabalho, instituído para os institutos públicos e generalizado pela Lei n.º 23/2004”, cfr. Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho em Funções Públicas”, cit., pág. 302.

antes resultado desta reforma um contrato de trabalho que pode antes considerar-se um *tertium genus*¹³⁰⁹.

Antes de tomar posição nesta controvérsia, diga-se que a perspectiva do emprego na Administração Pública, enquanto relação de emprego, não tem merecido grandes desenvolvimentos na doutrina nacional¹³¹⁰, nem tem sido sujeito a uma análise histórica consistente, em especial na sua articulação com o emprego privado¹³¹¹.

Na doutrina juslaboral portuguesa mais antiga existia a ideia o objecto do estudo do Direito do Trabalho devia ficar circunscrito ao trabalho prestado aos empregadores privados, ficando assim excluído o emprego prestado a entidades empregadoras públicas¹³¹². Neste sentido, desde logo, Raul Ventura, apesar de reconhecer a similitude entre as relações laborais de direito privado e de emprego público considerava que “as relações de emprego público regulam-se por normas de direito público que nada têm em comum com o direito do trabalho”¹³¹³. De igual modo, Maria Conceição Tavares da Silva escrevia lapidariamente que o trabalho que uma pessoa física presta ao Estado, ou a outra en-

¹³⁰⁹ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação artigo 9.º, pág. 52. Referindo os autores que “[s]emelhante circunstância legítima que se admita que tal contrato constitui um “*tertium genus*”, o qual seguramente representa um recuo relativamente à ideia inicial de privatização do emprego público que o legislador pretendeu fomentar a partir de 2004 com a generalização do contrato individual de trabalho no seio da Administração Pública, mas também muito seguramente não corresponde ao regime de direito administrativo que a nosso ver é constitucionalmente imposto e que só excepcionalmente pode ser afastado” (ibidem, pág. 52).

Também neste sentido parece ir, Maria do Rosário Palma Ramalho, que ao referir-se ao regime a que ficaram sujeitos os trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas, com a LVCR e com a RCFTP; defende que este vínculo pode qualificar-se como: “um *tertium genus* entre o vínculo jurídico administrativo tradicional da função pública e um contrato de trabalho comum”, cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado do Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática geral*, Almedina, Coimbra, 3.ª ed., 2012, pág. 29-30.

¹³¹⁰ De salientar na área do Direito do Trabalho, Liberal Fernandes, e, mais recentemente, Pedro Madeira de Brito; na área do Direito Administrativo, Ana Fernanda Neves, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar. Na doutrina mais antiga, Marcello Caetano e João Alfaia. (Num sentido próximo, cfr. Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 509).

¹³¹¹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 509.

¹³¹² Neste sentido, Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 511.

¹³¹³ Raúl Jorge Rodrigues Ventura, *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho – Estudo de Direito Privado*, I, Porto, 1944, pág. 335.

tidade pública revestido do seu *imperium* (isto é, no exercício das suas prerrogativas de autoridade) integra o objecto duma relação jurídica que, atendendo à qualidade de um dos sujeitos e ainda aos interesses em causa, deve ser considerada de Direito Público. Sendo de Direito Público, mesmo quando constituídas por um contrato, estas relações têm uma índole muito diversa da das relações de trabalho entre pessoas privadas e estão sujeitas a um regime acentuadamente diverso, não obstante existir um certo paralelismo das soluções em numerosos pontos, pelo que conclui, que o trabalho público está de todo excluído do âmbito disciplina do Direito do Trabalho¹³¹⁴.

Também Mário Pinto afirma que as relações de trabalho de emprego público, isto é, entre os indivíduos e o Estado ou outros entes públicos, não se consideram objecto do direito do trabalho. Esta exclusão fica a dever-se à natureza do regime jurídico das relações, pois o direito do trabalho é um ramo de direito essencialmente do tronco do direito privado, enquanto a disciplina do emprego público pertence ao Direito Administrativo¹³¹⁵.

Expressão do modo tradicional de encarar o direito do trabalho é a posição de Carvalho Fernandes que o define como o conjunto de normas que estabelecem o regime jurídico específico das relações de trabalho emergentes do fenómeno do trabalho subordinado privado¹³¹⁶. Excluindo, assim, este autor do âmbito do direito do trabalho as relações de trabalho públicas estabelecidas entre o Estado e os funcionários públicos¹³¹⁷.

Monteiro Fernandes defende, como princípio, que apenas as relações jurídicas privadas importam em sede de Direito do Trabalho. Exclui, portanto, as relações jurídicas de emprego público, que reconduz ao Direito Administrativo¹³¹⁸.

Jorge Leite exclui do Direito do Trabalho o sector de emprego da Administração Pública. Isto porque o Direito do Trabalho não se ocupa de todas as relações jurídicas cujo objecto se traduza numa prestação de trabalho, mas apenas daquelas cujo mecanismo gerador tem

¹³¹⁴ Maria Conceição Tavares da Silva, *Direito do Trabalho (Apontamentos das lições de Direito do Trabalho policopiados)*, Volume I, Instituto de Estudos Sociais, 1964/1965, pág. 71-72.

¹³¹⁵ Mário Pinto, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 83.

¹³¹⁶ Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil I*, cit., pág. 34.

¹³¹⁷ Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil I*, cit., pág. 35.

¹³¹⁸ Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, pág. 48 e sgs.

uma estrutura bilateral¹³¹⁹. Ora, no caso da Administração Pública, defende o autor que se tem vindo a entender que o vínculo jurídico que une os trabalhadores aos respectivos entes públicos está sujeito a um “estatuto” unilateralmente definido pelas autoridades públicas competentes através de normas gerais e impessoais¹³²⁰. Disto resulta a exclusão destas relações do âmbito do Direito Laboral.

Para Maria do Rosário Palma Ramalho o Direito do Trabalho só se ocupa do trabalho subordinado privado, isto é, aquele trabalho cujo credor é um sujeito privado ou, que se comporta como tal¹³²¹. Pelo que, exclui esta autora as relações de emprego público do âmbito do Direito do Trabalho.

No entanto, face à progressiva aproximação entre os regimes do emprego público e privado, alerta Mária do Rosário Palma Ramalho que não obstante, deve ter-se em atenção que a distinção entre o trabalho subordinado privado e público vai sendo cada vez mais difícil de estabelecer, devido à crescente aproximação dos respectivos regimes jurídicos. Acrescenta a autora que, especificamente no que concerne ao panorama nacional, as tendências de “privatização” do enquadramento dos trabalhadores públicos já levou a profundas alterações do regime jurídico aplicável àqueles trabalhadores, em primeiro lugar, com a admissão generalizada da figura do contrato de trabalho neste universo de trabalhadores (com a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho), e, posteriormente, com a conversão dos vínculos da esmagadora maioria dos funcionários públicos em contratos de trabalho (essencialmente com o artigo 88.º e sgs. da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro) a que se seguiu a aprovação de uma disciplina específica para estes vínculos, (com a Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro), que permite, segundo a autora, qualificá-los como um *tertium genus* entre o vínculo jurídico-administrativo tradicional da *função pública* e um contrato individual de trabalho comum¹³²².

Também, a propósito da evolução do trabalho subordinado na Administração Pública e no domínio da legislação anterior à LVCR (Lei n.º 23/2004), já prognosticava Paulo Otero que a privatização das

¹³¹⁹ Jorge Leite, *Direito do Trabalho e da Segurança Social*, cit., pág. 109 e sgs.

¹³²⁰ Jorge Leite, *Direito do Trabalho e da Segurança Social*, cit., pág. 109 e sgs.

¹³²¹ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral*, 2.ª ed., Coimbra, 2009, pág. 25.

¹³²² Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado do Direito do Trabalho, Parte I*, cit., pág. 28-30.

relações laborais intra-administrativas criaria uma crise de identidade do Direito Administrativo e um problema de delimitação unitária do Direito do Trabalho¹³²³.

Deste modo, com as recentes e profundas alterações legislativas introduzidas no emprego público nacional, mas também em outros ordenamentos jurídicos estrangeiros torna-se hoje inegável que, embora com diferentes graus, todos os ordenamentos jurídicos, que antes conheciam um sistema de rígida separação entre a *função pública* e o contrato de trabalho, procederam a uma aproximação dos respectivos regimes¹³²⁴.

No que concerne às recentes reformas ao emprego público nacional, a doutrina juslaboral portuguesa tem vindo a incluir, paulatinamente, o emprego público no contexto da disciplina do Direito do Trabalho¹³²⁵. O que, a nosso ver, bem se compreende, por um lado, ajudado por um estado de quase letargia, como veremos, da maioria da doutrina jus-administrativista nacional que pouco se tem dedicado ao estudo do direito disciplinador do emprego público, e por outro lado, de forma mais evidente, dadas as últimas, e recentes, reformas do emprego público que têm vindo de forma incontestável a aproximar o regime do emprego público do regime de emprego privado. O que fica patente, desde logo, no parágrafo 13.º da Exposição dos Motivos da Proposta de Lei n.º 152/X (leis dos vínculos, carreiras e remunerações), referindo como um dos objectivos da reforma do emprego público de 2008/2009 a aproximação ao regime laboral comum, ainda que com respeito pelas especificidades da Administração Pública resultantes da prossecução de interesses públicos, e que devem produzir impacto em inúmeros aspectos do regime, nomeadamente do contrato de trabalho em funções públicas, argumento repetido, a propósito do contrato de trabalho em funções públicas, no parágrafo 1.º da Exposição dos Motivos da Proposta de Lei n.º 209/X (regime do contrato de trabalho em funções públicas): “[a] presente proposta de lei pretende aprovar o *Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (RCTFP)*, seguindo de muito perto o regime fixado no *Código do Trabalho*, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, e na sua regulamentação, constante da Lei

¹³²³ Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 314-315.

¹³²⁴ Neste sentido, Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 513-514.

¹³²⁵ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 516.

n.º 35/2004, de 29 de Julho, o que decorre do objectivo de aproximação do regime de trabalho na Administração Pública ao regime laboral comum”, e ainda parágrafo 6.º da mesma Exposição dos Motivos o RCTFP que agora se apresenta tem como umas das suas preocupações fundamentais, a aproximação ao regime laboral comum.

Depois, no mesmo sentido, de forma mais evidente, no âmbito da reforma do emprego público de 2014, os parágrafos 5.º e 6.º da Exposição dos Motivos da Proposta de Lei n.º 184/XII (lei geral do trabalho em funções públicas), ao referir que “[a] *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas culmina um itinerário aproximativo ao regime laboral comum que, ao longo dos últimos anos, vem paulatinamente trilhando o seu caminho*”. Refere-se na mesma exposição de motivos que, centrando-se apenas no presente milénio, deve fazer-se especial alusão à Lei n.º 23/2004, de 22 de junho, que pela primeira vez e de forma sistemática, e integrada, introduziu o regime jurídico do contrato individual de trabalho na Administração Pública, a que se seguiu a reforma introduzida pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, sobre os vínculos, carreiras e remunerações e, como sua consequência, à aprovação do novo regime do contrato de trabalho em funções públicas. Após este marco legislativo, pode dizer-se que o tempo do estatuto do funcionalismo público em estado quase puro, durante décadas vigente na Administração Pública portuguesa, desapareceu quase definitivamente. Tendo a Lei n.º 66/2012, de 31 de Dezembro, representado mais um novo degrau nessa convergência de regimes, alinhando o regime jurídico dos trabalhadores da Administração Pública pelas inovações entretanto suscitadas pela 3.ª alteração ao Código do Trabalho, concretizada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho. Acrescenta esta Exposição dos Motivos (parágrafo 7.º) que uma das ideias-chaves da Lei Geral do Trabalho é, precisamente, a de assumir a convergência tendencial do regime dos trabalhadores públicos com o regime dos trabalhadores comuns, ainda que fiquem ressalvadas as especificidades exigidas pela função e pela natureza pública do empregador em causa, com salvaguarda do estatuto constitucional da função pública.

Do exposto, parece que se pode concluir que se caminha a passos largos para a criação de um direito comum do trabalho¹³²⁶, no qual as relações de emprego público passarão a constituir um regime especial face ao regime geral previsto no Código do Trabalho.

¹³²⁶ Neste sentido, João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 89.

Segundo cremos, são vários os indícios dessa intenção de criar um direito comum do trabalho.

Assim, *v.g.*, não deixa de ser sintomático desta intenção, o facto do Anteprojecto da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, até à sua penúltima versão, ter previsto a atribuição da competência para dirimir litígios emergentes das relações de emprego público aos tribunais do trabalho (esta solução foi, porém, abandonada durante a concertação social¹³²⁷)¹³²⁸. Sendo, também exemplificativo, dessa mesma intenção de uniformização da legislação laboral, o facto do legislador ordinário ter omitido na LTFP a referência à natureza jurídica do contrato de trabalho em funções públicas¹³²⁹, enquanto na anterior LVCR este contrato era expressamente qualificado, pelo legislador, como de natureza administrativa (cfr. artigo 7.º da LTFP, e n.º 3, do artigo 9.º da LVCR) – embora, como veremos, continuemos a considerar o contrato de trabalho em funções públicas, previsto na LTFP, como contrato administrativo¹³³⁰.

A doutrina nacional maioritária, que afirma a natureza privada do Direito do Trabalho¹³³¹, logo após a entrada em vigor da LVCR, tem vindo a estabelecer uma relação entre o contrato de trabalho em funções públicas com a disciplina laboral. Considerando João Leal Amado que ao que parece entre o contrato de trabalho comum e o contrato de trabalho em funções públicas estabelece-se uma relação do tipo fraterno, embora um tanto desconcertante, pois “*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 sendo pai público e mãe privada (ou vice-versa). Em suma, e em relação ao*

¹³²⁷ Para uma definição de “concertação social”, *vide*, por todos, João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 41.

¹³²⁸ Neste sentido, Cláudia Sofia Nunes, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas*, cit., pág. 18, nota n.º 7.

¹³²⁹ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 7.º, pág. 108.

¹³³⁰ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 7.º, pág. 108.

¹³³¹ Sobre a natureza do Direito do Trabalho, *vide Capítulo II*, da *Parte I* desta dissertação.

*contrato de trabalho comum, mais do que como um filho, o contrato de trabalho em funções públicas perfila-se, pois, como uma espécie de irmão bastardo*¹³³².

Já Pedro Romano Martinez refere-se ao contrato de trabalho em funções públicas como um caso de situações especiais de contratos de trabalho¹³³³; enquanto Menezes Leitão que o entende como um contrato de trabalho de regime especial¹³³⁴; e ainda Maria do Rosário Palma Ramalho como uma figura híbrida¹³³⁵.

Por sua vez, agora do lado, da parca doutrina jus-administrativista portuguesa que se pronunciou até à data a propósito das recentes reformas do emprego público, salientamos, por um lado, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar que qualificam o contrato de trabalho em funções públicas como um *tertium genus* entre a *função pública*, verdadeira e própria, e o contrato de trabalho, onde confluem normas de direito administrativo e de direito do trabalho¹³³⁶. Por outro lado, de igual modo Ana Fernanda Neves considera que o contrato de trabalho em funções públicas dá lugar a uma relação jurídica de natureza mista, “de feição prevalentemente privada”¹³³⁷.

Quanto a nós, é agora chegado o momento de tomar posição quanto a saber se ocorreu uma *administrativização do emprego público* ou antes uma *privatização do emprego público*, ou nenhuma das duas, e consagrou-se antes um vínculo proveniente do direito laboral, o contrato de trabalho em funções públicas, que corresponde antes a um *tertium genus*.

Não nos restam dúvidas de que nas recentes reformas do emprego público (2008/2009 e 2014), encontramos evidentes manifestações da *administrativização* do emprego público – *v.g.*, por um lado, com a reforma de 2008/2009 os tribunais administrativos e fiscais passam a ser os competentes para dirimir os litígios emergentes dos contratos de trabalho em funções públicas; e, por outro lado, a LVCR qualificava expressamente este contrato como um contrato administrativo (note-se que, como veremos melhor *infra*, o legislador na LTFP deixa de se re-

¹³³² João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 89.

¹³³³ Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 682-686.

¹³³⁴ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 566-567.

¹³³⁵ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho*, II, 3.^a ed., Coimbra, 2010, pág. 384.

¹³³⁶ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação artigo 9.º, pág. 50 e 52.

¹³³⁷ Ana Fernanda Neves, “O direito da função pública”, cit., pág. 455.

ferir expressamente à natureza deste tipo de contrato, o que quanto a nós, significa mais um passo na construção de um direito comum do trabalho).

Não obstante, consideramos que mais do que uma *administrativização do emprego público*, encontramos sobretudo, maiores e mais evidentes marcas do fenómeno de *privatização do emprego público*, aqui utilizado este conceito, no sentido da influência e inspiração do direito laboral comum no direito do emprego público, com recurso pelo legislador deste a toda uma panóplia de normas, institutos e instrumentos daquele.

Nomeadamente, *v.g.*, desde logo com a adopção como modalidade rainha das relações de emprego público da figura do contrato de trabalho (ainda que aqui designado em funções públicas); a consagração de causas objectivas de cessação do contrato de trabalho em funções públicas; e a previsão da possibilidade dos titulares de contrato de trabalho em funções públicas celebrarem convenções colectivas de trabalho. Pelo que, pelo menos neste sentido da aproximação ao regime do emprego privado, ocorreu indubitavelmente uma *privatização do emprego público* (naquele primeiro sentido de *privatização do emprego público* apontado *supra*¹³³⁸).

Por sua vez, existindo marcas quer de *administrativização* quer de *privatização do emprego público*, afigura-se neste momento como muito sedutor o recurso à figura do *tertium genus*, ou figura híbrida, para qualificar o regime disciplinador do emprego público, *maxime* do contrato de trabalho em funções públicas, que ocorreu com as reformas de 2008/2009, e de 2014.

Assim, na senda de Pedro Madeira de Brito, diremos que se, por um lado, parece muito sedutor essa figura híbrida, por, outro lado, entendemos que ela por si só resolve pouco¹³³⁹. Na verdade não resolve a questão de saber, perante os dados juspositivos vigentes, dentro das tradicionais fronteiras orgânicas do emprego público, qual a natureza da disciplina jurídica da relação de emprego público — se esta já integra o direito laboral comum ou ainda se mantém dentro dos quadros do direito administrativo.

Julgamos, por isso, pertinente questionar se dentro daquelas fronteiras já ocorreu a *privatização do emprego público*, no sentido por nós adoptado para efeitos de investigação.

¹³³⁸ Cfr. *Capítulo I*, da *Parte II*; desta dissertação para a qual remetemos.

¹³³⁹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 528.

É o que tentaremos descortinar *infra*: saber se, perante a lei ordinária em vigor, ocorreu verdadeiramente um fenómeno de *privatização do emprego público*, no sentido de saber se o direito laboral comum não terá já substituído o direito administrativo, enquanto regime disciplinador da relação de emprego público – como parece ser, como veremos, em seguida a posição defendida por Pedro Madeira de Brito, ou se, pelo contrário, ainda existirá um regime específico e distinto para o emprego público face ao emprego privado, e saber se tal regime específico deveria existir, designadamente, por imposição constitucional.

Pedro Madeira de Brito, apresentando uma tese brilhante e original¹³⁴⁰, entende que o Direito do Trabalho tem capacidade de enquadrar todo o emprego na Administração Pública. A tese deste autor tem subjacente a ideia de que o Direito do Trabalho não pertence nem exclusivamente ao direito público, nem exclusivamente ao direito privado, sendo que o fenómeno do trabalho subordinado concita em seu redor um conjunto de regras que não se circunscrevem ao direito privado e que, em parte, pertencem ao direito público, mais concretamente, ao Direito Administrativo¹³⁴¹, pelo que o Direito do Trabalho tem sempre convivido com o direito público, sendo que a coexistência de normas de Direito Administrativo no Direito do Trabalho, em resultado da natureza do empregador público não deve impressionar¹³⁴². Defende, pois, este autor que existem três características do Direito do Trabalho que lhe conferem a capacidade de enquadrar todo o trabalho subordinado na Administração Pública¹³⁴³. Em *primeiro lugar*, o facto de o Direito do Trabalho ser um ramo do Direito que aplica normas de direito privado e de direito público e onde se verificam zonas de indiferença da *suma divisio* entre direito privado e público. Em *segundo lugar*, o Direito do Trabalho tem capacidade expansiva e aplicativa a outras áreas em que se encontram situações jurídicas carecidas dos

¹³⁴⁰ Cfr. Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 523. Embora, o nosso posicionamento, defendido ao longo desta dissertação, de qual deve ser o regime disciplinador da *função pública* divirja do apresentado por este autor.

¹³⁴¹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 474.

¹³⁴² Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 518.

¹³⁴³ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 523.

seus instrumentos típicos. Esta capacidade expansiva permite a aplicação desta disciplina jurídica, não só ao emprego nas empresas, mas que se estenda a todas as outras situações de trabalho subordinado, em especial em direcção à situação jurídica dos trabalhadores subordinados da Administração Pública. *Em terceiro*, e último, *lugar*, o pluralismo de regimes do direito de trabalho que se reflecte na diversidade de regimes jurídicos aplicáveis às relações individuais de trabalho, quer às relações colectivas, permite encarar com tranquilidade a absorção do trabalho subordinado da Administração Pública. Este pluralismo de regimes permite que o Direito do Trabalho tenha capacidade de abranger a totalidade das situações subsumíveis na categoria abstracta e formal da subordinação jurídica¹³⁴⁴. Deste modo, para este autor, estes três factores conjugados apontam que é no domínio do Direito do Trabalho que se deve ponderar o conhecimento das relações laborais na Administração Pública, porque as especificidades do trabalho subordinado têm aqui a sua matriz e apenas neste âmbito será possível compaginar todos os factores individuais e colectivos públicos e privados, assenta na existência de sujeitos com interesses contrapostos, que é hoje a realidade do emprego na Administração Pública. O instrumentário do sistema de fontes do emprego na Administração Pública preconizado pela reforma do emprego público de 2009 empurrou, na opinião do autor, definitivamente aquela realidade para o âmbito do Direito do Trabalho.

Porém, o próprio autor não nega que a aplicação do Direito do Trabalho à relação de emprego público deve ser temperada com elementos atinentes à natureza pública da entidade empregadora, os quais não descaracterizam a situação jurídica como laboral, apenas cunham a sua especialidade¹³⁴⁵. Para este autor todas as modalidades de emprego na Administração Pública revestem a natureza de contrato, devendo o contrato de trabalho da Administração Pública ser visto numa relação de especialidade com o contrato de trabalho do direito laboral comum¹³⁴⁶, ao qual são aplicáveis os princípios e as normas de Código do Trabalho e respectiva regulamentação que não sejam incompatíveis com o regime especial. As relações de trabalho na Administração Pú-

¹³⁴⁴ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 523-524.

¹³⁴⁵ Cfr. Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 524-525.

¹³⁴⁶ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 532.

blica concitam a aplicação de regras de Direito do Trabalho e do regime administrativo da actividade do empregador público. Cabendo ao Direito do Trabalho, enquanto abrange todas as formas de trabalho subordinado, sistematizar o regime especial dos trabalhadores da Administração Pública¹³⁴⁷.

Contudo, até Pedro Madeira de Brito admite que “[e]sta assimilação entre as duas áreas jurídicas não significa, contudo, que haja uma superação das diferenças existentes entre emprego público e privado, mas apenas uma atenuação. O processo de osmose, mais do que a criação de um direito comum, procede a uma hibridização do emprego público pelo enxerto de institutos laborais”¹³⁴⁸. Reconhecendo assim, o autor, que apesar das evidentes semelhanças entre o regime jurídico do emprego público do regime do direito do trabalho, “[t]odavia, a natureza do empregador impõe especialidades e por isso temos um contrato de trabalho especial cujo regime jurídico, apesar de aparentemente estanque, está carregado de porosidades [especificidades] em relação ao regime laboral comum”¹³⁴⁹. O que nos leva a concluir que, apesar da progressiva aproximação dos regimes, dadas as inegáveis semelhanças existentes entre o emprego privado e o emprego público, mesmo assim este tipo de emprego não perde a sua identidade e as suas especificidades, pelo que a nosso ver, ao contrário da posição defendida por Pedro Madeira de Brito, entendemos que continua a justificar-se, como veremos *infra*, a subordinação a um regime específico e distinto do emprego privado. Restando saber se, segundo nos parece, ainda existirá um regime de direito administrativo ou se já terá sido substituído por um regime laboral comum, como entende Pedro Madeira de Brito, como regime disciplinador da *função pública*.

Resulta do exposto, que entendemos que se caminha para um direito comum do trabalho, como vimos, pautado por uma osmose regimental¹³⁵⁰, isto é marcado por uma “tendência irreversível de progressiva uniformização do quadro contratual dos trabalhadores por conta de outrem, tenham eles por empregador uma entidade privada

¹³⁴⁷ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 537-538.

¹³⁴⁸ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 513-514.

¹³⁴⁹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 531.

¹³⁵⁰ João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 89.

ou uma entidade empregadora pública¹³⁵¹”. Contudo, continuamos a entender que a Constituição impõe a existência de um regime específico de emprego público e distinto do regime do emprego privado, pelo que o regime daquele deve continuar a ser de direito público, *maxime* de direito administrativo — neste sentido, nota Paulo Otero que “[s]ó a imperatividade constitucional da existência de um regime específico para a *função pública* impede que a privatização conduza aqui a uma questão de sobrevivência deste sector do ordenamento jurídico-administrativo”¹³⁵² (itálico nosso).

Nesta senda, tentaremos de seguida dar conta do que diz a Constituição, a doutrina, e a jurisprudência sobre a obrigatoriedade (ou não) da existência de um regime específico e distinto para o emprego público face ao emprego privado. Para posteriormente, partindo dos dados juspositivos vigentes do emprego público, tentar descortinar se ocorreu uma *privatização do emprego público*, no sentido, de ter sido substituído o direito administrativo pelo direito laboral comum, enquanto regime disciplinador do emprego público, ou, se pelo contrário, eventualmente, ainda se manterá, essencialmente, um regime de direito administrativo como regime daquele.

2. A imposição constitucional do regime jurídico de Direito Administrativo para o emprego público

Para abordar a complexa questão da privatização da *função pública* deve partir-se do texto constitucional para concluir se é ou não possível substituir o regime estatutário pelo direito laboral enquanto regime disciplinador da relação de emprego público¹³⁵³. Como já se referiu, a Constituição Portuguesa conferiu dignidade constitucional à *função pública*, referindo-se a ela no capítulo referente à organização administrativa, e em outros diversos preceitos, tendo, inclusive, determinado que a definição das bases gerais do seu regime e âmbito é matéria da competência legislativa relativa da Assembleia da República¹³⁵⁴. Contudo, embora defendamos que o regime que, por regra,

¹³⁵¹ Rui Assis, *Contrato de Trabalho em Funções Públicas*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 8.

¹³⁵² Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública*, cit., pág. 315.

¹³⁵³ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 394-395.

¹³⁵⁴ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 395.

deve regular a relação de emprego com a Administração Pública deve ser de direito público, em parte alguma do texto constitucional se afirma de forma expressa que o regime específico dos funcionários e agentes deva ser de Direito Administrativo¹³⁵⁵. Esta falta de referência expressa por parte da Constituição a que regime que deve disciplinar o emprego público, leva ao surgimento de diferentes posições doutrinárias sobre a questão¹³⁵⁶, pois, a leitura que “a doutrina vem fazendo das normas constitucionais não caminha no mesmo sentido”¹³⁵⁷.

Perante o quadro constitucional da *função pública*, uma primeira possibilidade passaria por considerar que a Lei Fundamental veda que haja pessoal vinculado à Administração pelo Direito Laboral Comum, sendo inconstitucional a previsão da dualidade de regimes. Esta tese, que em Espanha, conforme se viu, tinha como principal defensor Ramón Parada, não é aceitável entre nós, uma vez que o texto constitucional prevê desde 1989 a figura do trabalhador a par da dos *funcionários e agentes*¹³⁵⁸.

Um segundo possível entendimento levaria a defender que o máximo que se pode retirar da Lei Fundamental é a obrigatoriedade de haver um mínimo de regulamentação legal em matéria de emprego público, não se dizendo em que consiste a função pública nem havendo qualquer imposição de um regime estatutário. A Constituição teria adoptado *uma posição de neutralidade*, não deixando indicações sobre o regime a adoptar na configuração das relações de trabalho na Administração Pública, pelo que não haveria impedimento em que o legislador substituísse o regime estatutário pelo direito laboral enquanto regime disciplinador das relações de emprego no seio da Administração Pública. Segundo esta teoria do carácter neutral da Constituição no âmbito da *função pública*, como não se encontra qualquer preferência constitucional expressa a favor deste ou daquele modelo, a Constituição terá deixado campo aberto ao legislador para adoptar o regime jurídico do

¹³⁵⁵ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 50.

¹³⁵⁶ Neste ponto seguimos de perto, a sistematização quanto às posições doutrinárias apresentada por, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 394-401, e, Paulo Veiga e Moura, “Implicações Jurídico-Constitucionais da Introdução do Contrato Individual de Trabalho na Administração Pública”, in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 11, 2006, págs. 67-69.

¹³⁵⁷ Lino Ribeiro, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, cit., pág. 234.

¹³⁵⁸ Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 395.

emprego público, sendo esse o sentido a atribuir à reserva relativa da alínea t), do n.º 1, do artigo 165.º da Lei Fundamental¹³⁵⁹.

Esta é a posição defendida por alguma doutrina espanhola, como já vimos, e, entre nós, perfilhada por Francisco Liberal Fernandes¹³⁶⁰, na sua tese de mestrado. Mais recentemente, também ao que nos parece, terá sido perfilhada por Miguel Lucas Pires¹³⁶¹. Não obstante, é com alguma dificuldade que concebemos uma posição de neutralidade quando a Lei Fundamental autonomizou a *função pública*, sujeitou-a a uma reserva de lei formal distinta daquela ao abrigo da qual são emanadas as normas laborais, ao mesmo tempo que não deixou de prever que os funcionários e agentes estariam sujeitos a um regime específico (*maxime*, artigo 269.º da CRP)¹³⁶².

Mais moderada nos parece a tese que defende que há uma *preferência constitucional pelo regime estatutário*, ou um *regime predominante de direito público*¹³⁶³, enquanto instrumento disciplinador das relações de emprego no seio da Administração Pública. Esta tese parte assim da previsão constitucional da *função pública* e da sujeição do seu regime a uma reserva formal de lei, afirmando uma *opção genérica* do legislador constituinte pelo regime de direito público, sem que daí se possa concluir por uma total impermeabilidade das relações de emprego da Administração ao Direito Laboral Privado¹³⁶⁴, ou seja, não impedindo a existência de pessoal vinculado à Administração em regime de direito laboral privado. Assim, a Constituição, não obstante optar preferencialmente por um regime estatutário, deixaria a porta aberta para que o legislador, tendo em conta as circunstâncias históricas e a ideologia dominante em cada momento, procedesse à fixação dos seus limites¹³⁶⁵. Deste modo, as opções constitucionais terão que ser suficientemente abertas, gozando o legislador de uma certa margem de liberdade na delimitação do âmbito da *função pública*, poden-

¹³⁵⁹ Em Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa, “A Reforma do Emprego Público em Portugal”, cit., pág. 219.

¹³⁶⁰ Cfr. Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 27-28, nota n.º 46.

¹³⁶¹ Cfr. Miguel Lucas Pires, *Os regimes de vinculação e a extinção das relações jurídicas dos trabalhadores da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 27-28.

¹³⁶² Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 395.

¹³⁶³ Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa, “A Reforma do Emprego Público em Portugal”, cit., pág. 218.

¹³⁶⁴ Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 396.

¹³⁶⁵ Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 396.

do estreitá-lo, ou até excluí-lo relativamente a certos organismos ou certas carreiras.¹³⁶⁶ Também neste sentido, parece apontar igualmente a alínea t) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP, a qual ao confiar à Assembleia da República a definição do regime e âmbito da *função pública*, pelo que estaria a deixar para o legislador a delimitação do seu âmbito objectivo e subjectivo, com maior ou menor amplitude, em relação a certas entidades ou serviços ou em relação a determinadas categorias de agentes ou trabalhadores¹³⁶⁷. A ser assim, no limite, não se revelaria incompatível com o texto constitucional reservar o regime estatutário apenas para as funções de autoridade e/ou soberania, e permitir o recurso generalizado ao contrato individual de trabalho para todas as demais relações de emprego com a Administração Pública¹³⁶⁸. Esta é a tese maioritariamente defendida em Espanha. Parecendo-nos também ser a perfilhada, entre nós, por Ana Fernanda Neves¹³⁶⁹, por Fernanda Maçãs¹³⁷⁰, também por Lino Ribeiro¹³⁷¹, e por Nuno Sousa¹³⁷².

Na esteira de Paulo Veiga e Moura, entendemos sem dúvida, que no mínimo a nossa Constituição estabeleceu uma nítida preferência

¹³⁶⁶ Neste sentido, Fernanda Maçãs salienta que “o legislador, no âmbito da liberdade constitutiva de que goza na delimitação do regime e âmbito da função pública, pode mais ou menos estreitá-lo ou até excluí-lo, com maior ou menor amplitude, em relação a certas entidades ou serviços, ou em relação a determinadas categorias de agentes ou trabalhadores”, cfr. Maria Fernanda Maçãs, “A relação jurídica de emprego público”, cit., pág. 13. Ainda, neste sentido, Ana Fernanda Neves, referindo-se à alínea t) do n.º 1, do artigo 165.º da CRP, refere que “[a] disposição sobre o âmbito pressupõe que o mesmo não coincida com todas as relações de emprego na Administração, porque senão não haveria um âmbito sobre que dispor, pode dizer-se. Este âmbito pode ser subjectivo ou objectivo, referir-se à delimitação dos sujeitos, serviços e organismos públicos ou à actividade aos quais se aplica um dado regime. Em qualquer dos casos, a delimitação projecta-se sobre o conjunto, estreitando ou ampliando-o, em parte em relação ao todo”, cfr. Ana Fernanda Neves, “O direito da função pública”, cit., pág. 369-370.

¹³⁶⁷ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 269.º, pág. 838.

¹³⁶⁸ Cfr. Paulo Veiga e Moura, “Implicações Jurídico-Constitucionais da Introdução do Contrato”, cit. pág. 68.

¹³⁶⁹ Ana Fernanda Neves, “Os «desassossegos» de regime da função pública”, cit., pág. 65-69.

¹³⁷⁰ Maria Fernanda Maçãs, “A relação jurídica de emprego público”, cit., pág. 13.

¹³⁷¹ Lino Ribeiro, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, cit., pág. 234-235, e esp.te. pág. 238.

¹³⁷² Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa, “A Reforma do Emprego Público em Portugal”, cit., pág. 218, e, do mesmo autor, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa, *La función pública como relación especial de derecho administrativo*, Almeida e Leitão, Porto, 2000, pág. 283, 294 e 311.

pelo regime estatutário¹³⁷³. Contudo, esta tese enferma da ausência de um qualquer critério distintivo das funções que devem ser disciplinadas pelo direito público ou que devem ficar sujeitas ao direito laboral privado¹³⁷⁴. À ausência deste critério, junta-se a ausência da explanação de fundamentos que justificam a diferenciação de regimes imposta entre pessoal vinculado por um regime estatutário e pelo direito laboral comum, caindo-se na tentação de encontrar aqueles critérios, e fundamentos, na há muito refutada distinção entre actos de autoridade e de gestão, de modo a que só o exercício de funções de soberania e/ou autoridade constituiria um obstáculo à possibilidade do legislador optar por uma disciplina dada pelo direito privado¹³⁷⁵. Mais: com base nesta distinção, entre funções de autoridade e técnicas, há mesmo quem vá mais longe, como Ana Fernanda Neves, que se refere, a este propósito, à existência de uma *reserva constitucional de função pública em sentido estrito*¹³⁷⁶. A querer significar esta reserva que existe uma imposição constitucional de o legislador sujeitar os trabalhadores públicos em funções de autoridade e soberania a um regime específico de Direito Administrativo, enquanto os outros trabalhadores podem ficar sujeitos ao regime do contrato individual de trabalho¹³⁷⁷ — na verdade, numa

¹³⁷³ Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 397.

¹³⁷⁴ Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 397.

Neste sentido, Silvia del Saz, “La laboralización de la Función Pública: del contrato laboral para trabajo manuales al contrato de Alta Dirección”, in *Documentación Administrativa*, n.º 243, 1995, pág. 149.

¹³⁷⁵ Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 397.

¹³⁷⁶ Num sentido próximo, embora mais genérico e abrangente, parece ir Paulo Otero, ao defender a existência de “*uma reserva constitucional de Direito Administrativo*”, a qual compreende materialmente toda a actividade administrativa que envolva o exercício de poderes de autoridade ou que traduza prerrogativas típicas de soberania, ou, nas palavras do autor, “*a existência de uma reserva constitucional de Direito Administrativo impõe que o exercício de poderes típicos de soberania ou o núcleo essencial das prerrogativas de autoridade que a actividade administrativa envolve possa ser submetido ao direito privado, antes se exige que o exercício de tais funções administrativas seja sempre objecto de disciplina pelo Direito Administrativo, daí resultando, em consequência, a insusceptibilidade de privatização do direito regulador de tais espaços de actuação administrativa e, por arrastamento, a proibição de qualquer privatização da respectiva regulação ou, por maioria de razão, a privatização de forma jurídica da entidade pública que exerce essas funções*”, cfr. Paulo Otero, “*Coordenadas Jurídicas da Privatização*”, cit., pág. 56. Noutro escrito, com mais desenvolvimentos sobre esta reserva constitucional, do mesmo autor, cfr. Paulo Otero, *Vinculação e liberdade de vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 281 e sgs., (esp.^{te} pág. 292 e 293).

¹³⁷⁷ Ana Fernanda Neves, “*O direito da função pública*”, cit., pág. 368, 373 e 425, e Ana Fernanda Neves, “*Os «desassossegos» de regime da função pública*”, cit., pág. 67-69

solução muito próxima da actualmente consagrada nos dados juspositivos vigentes, sendo que esta posição defendida pela autora citada já foi citada e, ao que tudo indica, acolhida pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 154/2010, de 20 de Abril.

No entanto, e continuando a aderir à posição de Paulo Veiga e Moura¹³⁷⁸, advogamos que a Constituição não se limitou a enunciar uma preferência pelo regime legal e estatutário em matéria de *função pública*¹³⁷⁹, tendo antes instituído uma *garantia institucional de função pública*. Ao fazer-se referência a garantia institucional pretende fazer-se referência a um complexo jurídico-normativo que pretende salvaguardar um instituto jurídico, o qual se encontra constitucionalmente protegido contra a violação do mínimo que integre a sua essência e contra a sua supressão, de tal forma que o legislador ordinário apenas lhe é permitido regular os detalhes do instituto dentro desses limites¹³⁸⁰. Transpondo esta ideia para a *garantia institucional da função pública* enunciada, significa que o texto constitucional pretendeu autonomizar claramente a *função pública* do mundo laboral privado, não deixou de referir que os *funcionários* e *agentes* estão sujeitos a um regime específico (*maxime*, artigo 269.º da CRP) e, para esse efeito, sujeitou o emprego público a uma reserva de lei formal (alínea t), n.º 1, do artigo 165.º da CRP)¹³⁸¹. Em consequência, pode afirmar-se que a Constituição prevê a existência da *função pública*, lhe atribui dignidade constitucional, e entende que esta se caracteriza, no mínimo, por ser composta por *funcionários* e *agentes* – correspondendo, como defendemos no *Capítulo I da Parte I* desta dissertação, os funcionários aos que exerce funções predominantemente não técnicas, e os agentes reconduzem-se aos que exercem funções de índole técnica – e por estar sujeito a um regime especial, que os diferencia dos restantes trabalhadores subordinados¹³⁸². Desde logo, a defesa de que a Constituição institui uma *garantia institucional da função pública* significa limitar a liberdade de conformação que é conferida ao legislador ordinário pela alínea t) do n.º 1, do artigo

Também se referindo a esta *reserva constitucional de função pública em sentido estrito*, vide Alda Martins, “A laboralização da função pública”, cit., pág. 183.

¹³⁷⁸ Tese defendida por Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 397.

¹³⁷⁹ Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 400.

¹³⁸⁰ Tese defendida por Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 397.

¹³⁸¹ Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 398.

¹³⁸² Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 398.

165.º daquela Lei Fundamental, uma vez que este estará vinculado a exercer os seus poderes, mas por forma a respeitar os traços essenciais do regime da *função pública*, “não o podendo eliminar, tornar irreconhecível ou sequer descaracterizar naquilo que é o seu *status* e a sua essência”¹³⁸³ (itálico nosso). Deste modo, o legislador ordinário não poderá nem eliminar a *função pública*, nem descaracterizar o específico regime a que os funcionários e agentes (os quais correspondem à generalidade dos trabalhadores) estão sujeitos e que é essencial para assegurar a supremacia da Administração e para uma cabal prossecução do interesse público, sendo-lhe vedado estrutural tal regime segundo as regras do direito laboral privado¹³⁸⁴. Pois, como defende Vital Moreira que uma eventual reforma do tradicional *regime da função pública* ou mesmo a sua abolição é possível, desde que, entre nós tal pareça necessitar uma prévia alteração constitucional, visto que o “regime da função pública constitui uma espécie de “garantia institucional” (CRP, art. 269.º), implicando a salvaguarda constitucional dos seus traços essenciais¹³⁸⁵. Acrescentando, o autor, no mesmo escrito, mais à frente, que enquanto o regime da *função pública* permanecer como regra da Administração Pública Portuguesa (o que acontece, aliás, por força da Constituição), a adopção do regime de contrato individual de trabalho deve ter-se por excepcional, exigindo pois justificação caso a caso¹³⁸⁶.

Assim, entendemos, na esteira de Paulo Veiga e Moura¹³⁸⁷, que a Constituição não se limitou a impor uma preferência pelo regime legal e estatutário em matéria de *função pública*, indo mais além e tendo mesmo *imposto um regime-regra de Direito Público* para a *função pública*, de tal forma que só em situações excepcionais é que o legislador ordinário deveria recorrer ao Direito Laboral Comum para a disciplinar relações de trabalho no seio da Administração Pública. Deste modo, a melhor interpretação da alínea t), do n.º 1, do artigo 165.º da Constituição não será a de nela ver uma concessão ao legislador ordinário de uma ampla possibilidade deste eleger o regime disciplinador da *função*

¹³⁸³ Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 397.

¹³⁸⁴ Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 399.

¹³⁸⁵ Cfr. Vital Moreira, “Projecto de Lei-Quadro dos Institutos Públicos”, in Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública/Grupo de Trabalho para os Institutos Públicos, *Relatório e proposta de lei-quadro sobre os Institutos Públicos*, Coordenação de Vital Moreira, Lisboa, 2001, pág. 425.

¹³⁸⁶ Cfr. Vital Moreira, “Projecto de Lei-Quadro dos Institutos Públicos”, cit., pág. 435

¹³⁸⁷ Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 399.

*pública*¹³⁸⁸, devendo antes considerar-se que resulta daquele preceito que genericamente o legislador ordinário deve socorrer-se do direito administrativo como regime-regra para regular as relações de emprego público, e apenas excepcionalmente será permitido a este o recurso ao direito laboral comum no seio daquelas relações de emprego. Entre nós referem-se à existência de uma *garantia institucional de função pública*, além de Paulo Veiga e Moura, também, ao que parece, Lino Ribeiro¹³⁸⁹, Vieira de Andrade¹³⁹⁰ e Vital Moreira¹³⁹¹.

Considerar que a Constituição consagrou uma *garantia institucional da função pública* significa que o regime-regra da generalidade das relações de emprego público deve ser constituído pelo direito administrativo e que o recurso ao direito laboral privado deve configurar-se sempre como um regime excepcional no âmbito das relações de emprego com a Administração, o que não se compagina com a possibilidade daquelas relações de emprego estarem, por regra, sujeitas ao contrato individual de trabalho, e de só o núcleo duro e restrito do

¹³⁸⁸ Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 400.

¹³⁸⁹ Neste sentido, afirma também Lino Ribeiro “do ponto de vista da Constituição, não há impedimento ao recurso à contratação das relações laborais em regime de direito privado, desde que isso não ponha em causa a *garantia institucional da função pública*, a qual impõe a existência de vínculos de emprego regulados pelo direito administrativo”, cfr. Lino Ribeiro, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, cit., pág. 235.

¹³⁹⁰ Também Vieira de Andrade reconhece a existência de uma *garantia institucional à função pública*, não obstante, porventura devido ao fenómeno privatizador, considere estar em vias de descaracterização, cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 135, nota 79.

¹³⁹¹ Também neste sentido Vital Moreira ao referir, a propósito do projecto de lei-quadro dos institutos públicos, que pode encarar-se a possibilidade de reformar o tradicional *regime da função pública*, até mesmo a sua extinção, “o que entre nós parece requerer uma alteração constitucional, visto que o regime da função pública constitui uma espécie de «*garantia institucional*» (CRP, art. 269.º), implicando a salvaguarda constitucional dos seus traços essenciais. Mas enquanto isso não for feito, não pode considerar-se admissível uma generalizada «*fuga do regime da função pública*»”, cfr. Vital Moreira, “Projecto de Lei-Quadro dos Institutos Públicos”, in Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública/Grupo de Trabalho para os Institutos Públicos, *Relatório e proposta de lei-quadro sobre os Institutos Públicos*, Coordenação de Vital Moreira, Lisboa, 2001, pág. 425. Acrescentando, o autor, no mesmo escrito, que “[e]nquanto o regime da função pública permanecer como regra da administração pública portuguesa (aliás por força da Constituição), a adopção do regime de contrato individual de trabalho deve ser considerada excepcional, pelo que exige justificação caso a caso”, cfr. Vital Moreira, “Projecto de Lei-Quadro dos Institutos Públicos”, cit., pág. 435.

emprego público (relacionado com o exercício de funções de autoridade e/ou soberania) se encontrar sujeito a um regime estatutário¹³⁹².

Alertava Paulo Veiga e Moura, na vigência da legislação anterior à reforma de 2008/2009, mais concretamente referindo à Lei n.º 23/2004, que considera que a previsão do contrato individual de trabalho para a satisfação de necessidades próprias e permanentes da Administração atentava contra a garantia institucional da função pública, pois que levava “*ao esvaziamento de uma realidade constitucionalmente protegida, descaracteriza a figura dos funcionários e agentes, convertendo-os em meros assalariados por conta de outrem e substitui o regime que lhe confere a identidade, lançando a relação de emprego para uma disciplina considerada imprópria pelo legislador constituinte para atingir os objectivos que assinala às diversas pessoas colectivas públicas*”¹³⁹³.

Com a reforma de 2008/2009, confirmada em 2014, ocorre a generalização do contrato de trabalho em funções públicas, num vínculo que arrasta consigo todo um conjunto de instrumentos e normas do direito laboral comum, tornando-se legítima a questão de saber as alterações legislativas introduzidas no emprego público, terão levado à descaracterização da *garantia institucional da função pública*, e com ela se o regime disciplinador daquele contrato não será integrar já o regime laboral privado.

Como veremos, na verdade, o legislador ordinário estabeleceu, com aquela reforma do emprego público, dois distintos regimes jurídicos para o emprego público: um mais próximo do tradicional estatutário apenas para as funções de autoridade e soberania, com vínculo de nomeação, e outro regime aplicável à maioria dos empregados públicos, de carácter mais flexível, e mais próximo da legislação laboral, com vínculo de contrato de trabalho em funções públicas, é, em concreto, em relação a este segundo regime que se colocam as maiores dúvidas de saber se este regime ainda se considera de direito público ou já integra o direito laboral comum, ainda que possa constituir um regime especial¹³⁹⁴. A ser assim, é sobretudo em relação ao regime do contrato de trabalho em funções públicas que se coloca a dúvida, no li-

¹³⁹² Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, “Implicações Jurídico-Constitucionais da Introdução do Contrato”, cit. pág. 69.

¹³⁹³ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 401.

¹³⁹⁴ Neste sentido, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa, “A Reforma do Emprego Público em Portugal”, cit., pág. 225.

mite, quanto à eventual conformidade com a imposição constitucional de um regime específico e distinto para a *função pública*¹³⁹⁵.

Em jeito de conclusão, diga-se que entendemos que a Constituição impõe um regime-regra de direito administrativo para a generalidade das relações jurídicas de emprego público (que resulta, *maxime*, da leitura conjugada da alínea t), do n.º 1, do artigo 165.º e do artigo 269.º da CRP), não resultando de nenhum preceito daquela lei fundamental que tal estatuto específico esteja reservado apenas para certo tipo de funções, assim nada na Constituição impõe que o regime especial de emprego público deva ser reservado somente para trabalhadores em funções de autoridade ou soberania¹³⁹⁶. Pelo que, só *excepcionalmente, quando tal se revelar necessário, adequado e proporcional, à salvaguarda de outros interesses legal, ou constitucionalmente, protegidos*¹³⁹⁷, será lícito ao legislador afastar o regime de direito administrativo, e consagrar o regime do direito laboral comum no seio das relações de emprego com a Administração¹³⁹⁸.

3. Posição sufragada pelo Tribunal Constitucional sobre a configuração constitucional do regime da *função pública*

Ao que tudo leva a crer, somente em 2010 tivemos oportunidade de conhecer o entendimento que o Tribunal Constitucional perfilha acerca da configuração constitucional do *regime da função pública* no seu Acórdão n.º 154/2010, de 20 de Abril. Tendo aquele tribunal sido consultado neste aresto sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos artigos 10.º, 20, e n.º 1 do 21.º da LVCR, que consagraram a generalização do vínculo do contrato de trabalho em funções pú-

¹³⁹⁵ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação artigo 9.º, pág. 50.

¹³⁹⁶ Neste sentido parece ir, Miguel Lucas Pires, *Os regimes de vinculação*, cit., pág. 58.

¹³⁹⁷ Num sentido próximo, embora nos pareça que em termos mais restritivos do que os por nós defendidos no *Capítulo IV* desta *Parte II* da dissertação para o qual remetemos, também Paulo Veiga e Moura advoga um recurso excepcional pela Administração ao direito laboral comum no seio das suas relações de emprego, o qual parece defender que tal só se passe quando estejam em causa actividades que devam ser exercidas numa lógica empresarial (empresas públicas), *vide* Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 392-393.

¹³⁹⁸ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, “Implicações Jurídico-Constitucionais da Introdução do Contrato”, cit. pág. 68.

blicas no seio da Administração Pública (vínculo que arrastou consigo um regime muito próximo do direito laboral comum), em detrimento da nomeação, pronunciou-se aquele tribunal decidindo não declarar a inconstitucionalidade das normas constantes daqueles artigos por considerar que inexistente qualquer violação, por parte deles, do direito à segurança no emprego previsto nos artigos 53.º e 58.º da Constituição.

As três teses existentes quanto à configuração constitucional da *função pública*, e que encontram defensores na doutrina nacional são, relembre-se, 1.ª a *tese da neutralidade da Constituição*; 2.ª a *tese da opção genérica ou preferencial do direito público*, e a 3.ª a *tese da garantia institucional de função pública*¹³⁹⁹. Diga-se que com o entendimento que deixou patente no Acórdão n.º 154/2010, o Tribunal Constitucional claramente não pretendeu acolher esta terceira tese da *garantia institucional de função pública*. A qual defende, relembre-se, que a Constituição consagrou uma *garantia institucional de função pública*, pelo que só excepcionalmente será lícito afastar-se o regime estatutário e consagrar pontualmente o regime do contrato individual de trabalho no seio da Administração¹⁴⁰⁰. Parecendo ir, precisamente, em sentido contrário refere aquele tribunal, no citado aresto, que “[n]ada obsta a que, no âmbito das relações de emprego público, a regra geral seja a da «contratação» e que a «nomeação» seja a exceção”. Mas também não nos parece que o Tribunal Constitucional tenha acolhido a *tese da neutralidade constitucional*, segundo tal tese inexistiria qualquer impedimento constitucional à substituição do regime estatutário pelo regime laboral comum. Pois, aquele tribunal admite, no acórdão mencionado, que “«que a Constituição prevê e protege uma relação jurídica de trabalho específica, correspondente à função pública no seu sentido estrito»”. Pelo que, segundo o entendimento deste tribunal, pelo menos, onde existir a tal “relação jurídica de trabalho específica” prevista e protegida pela Constituição ainda subsistirá um limite constitucional à total substituição do modelo estatutário pelo modelo laboral comum na Administração Pública. Parecendo, assim, que aquele tribunal acolheu à segunda tese apresentada (a *tese da opção genérica ou preferencial do direito público*), tendo seguido, ao que tudo indica, a posição doutrinária de Ana Fernanda Neves — a qual,

¹³⁹⁹ Sistematização apresentada por Paulo Veiga e Moura, o qual mais uma vez seguiremos neste ponto. Cfr. Paulo Veiga e Moura, “Implicações Jurídico-Constitucionais da Introdução do Contrato”, cit. pág. 68-69.

¹⁴⁰⁰ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, “Implicações Jurídico-Constitucionais da Introdução do Contrato”, cit. pág. 68.

é aliás, citada, mais do que uma vez, no referido acórdão. Recorde-se, antes de mais, que esta *tese da opção genérica*, defende que as opções da Constituição são de tal modo abertas que o legislador goza de uma certa margem de liberdade na delimitação do âmbito da função pública, podendo estreitá-lo ou excluí-lo, relativamente a certos órgãos ou a certas carreiras, sendo compatível com o texto constitucional reservar o regime estatutário apenas para as funções de autoridade e/ou soberania e permitir, para as restantes relações de emprego com a Administração, o recurso generalizado ao contrato individual de trabalho¹⁴⁰¹.

No sentido desta *tese da opção genérica ou preferencial do direito público* vai, como já referimos, Ana Fernanda Neves¹⁴⁰², e parece ir também o Tribunal Constitucional com o entendimento que ficou expresso no Acórdão 154/2010. Senão vejamos.

Desde logo, o Tribunal Constitucional, citando aquela autora, defende que a Lei Fundamental prevê e pretende proteger “*uma relação jurídica de trabalho específica*”, correspondendo esta à “*função pública no seu sentido estrito*”.

Torna-se necessário recorrer aos ensinamentos da autora citada por aquele Tribunal¹⁴⁰³, para descortinar o seu entendimento a propósito das expressões mencionadas: segundo Ana Fernanda Neves, o sentido estrito do *conceito constitucional da função pública* corresponde ao conjunto de trabalhadores da Administração cujas relações de trabalho são disciplinadas por um específico regime jurídico de Direito Administrativo, de carácter estatutário, distinto do laboral privado¹⁴⁰⁴. Partindo desta concepção, aquele Tribunal tende a entender que existe um conjunto de trabalhadores da Administração Pública que devem ficar, por determinação constitucional, sujeitos a um regime estatutário. Resta saber que conjunto de trabalhadores será esse, o que tentaremos descortinar *infra*.

Por outro lado, parece que aquele tribunal entende que a Constituição dá uma margem de manobra ao legislador ordinário para que

¹⁴⁰¹ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, “Implicações Jurídico-Constitucionais da Introdução do Contrato”, cit. pág. 68.

¹⁴⁰² Ana Fernanda Neves, “Os «desassossegos» de regime da função pública”, cit., pág. 65-69.

¹⁴⁰³ Ana Fernanda Neves, *Relação Jurídica*, cit., pág. 331 e sgs.

¹⁴⁰⁴ Ana Fernanda Neves, “O direito da função pública”, cit., pág. 359, e Ana Fernanda Neves, *Relação Jurídica*, cit., pág. 24.

ele possa reduzir o âmbito, subjectivo e objectivo, *da função pública*. É o que parece resultar da seguinte passagem: “*ainda que se admita «que a Constituição prevê e protege uma relação jurídica de trabalho específica» (...), não decorre daí (...) 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»*”. Parece que para este tribunal só funcionará como limite ao legislador ordinário, imposto constitucionalmente, na delimitação daquele âmbito do regime *da função pública*, o exercício de determinadas funções “*em razão da especificidade das funções públicas a exercer*”.

Precisamente a propósito destas funções defende a autora citada que existe uma “*reserva constitucional de função pública em sentido estrito*”, entendimento ao qual parece que o Tribunal Constitucional adere. De facto, Ana Fernanda Neves assume um *conceito constitucional de função pública em sentido estrito*, e a partir da análise sistemática de alguns preceitos constitucionais relativos ao trabalho na Administração Pública, *maxime* do n.º 2 do artigo 15.º, defende resultar da Constituição uma *reserva de função pública em sentido estrito*¹⁴⁰⁵, com o significado de uma obrigatoriedade do exercício de certas funções ser assegurado por trabalhadores cuja relação de emprego é disciplinada por um específico regime jurídico de Direito Administrativo, enquanto os restantes trabalhadores da Administração Pública podem ficar sujeitos ao regime laboral comum.

Estas funções são, segundo a autora – que parte do n.º 2 do artigo 15.º, da CRP, numa solução próxima da consagrada nos dados juspositivos vigentes –, as funções de autoridade e soberania.

Também neste ponto, parece que aquele tribunal aderiu ao entendimento da autora citada, ao referir que “[n]ada 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”. A ser assim, segundo esta perspectiva, só funcionará como limite ao legislador ordinário na delimitação do âmbito da função pública o exercício de funções de autoridade e/ou soberania.

No mesmo aresto, o Tribunal Constitucional, ainda se refere-se a um “*estatuto específico da função pública*”¹⁴⁰⁶, o qual, segundo ele, re-

¹⁴⁰⁵ Ana Fernanda Neves, “O direito da função pública”, cit., pág. 368-373.

¹⁴⁰⁶ Noutros acórdãos do Tribunal Constitucional, anteriores à reforma do em-

sulta da Lei Fundamental. Torna-se necessário, a nosso ver, para evitar equívocos tentar descortinar o que pretende aquele tribunal significar com este “estatuto específico”, já que, devido à semelhança desta expressão, com a de *regime legal específico da função pública* (tantas vezes usada como sinónimo), poderia levar-se a concluir, equivocadamente, que este tribunal tivesse optado, pela tese, que nós defendemos, da *imposição constitucional de um regime-regra da função pública de direito público*. Ora, como temos vindo a verificar, tal parece que não sucedeu. A propósito do “estatuto específico”, pode ler-se, naquele acórdão, que este “*estatuto específico da função pública existe constitucionalmente, mas não é atingido apenas pelo facto de haver formas contratuais de recrutamento de trabalhadores da Administração Pública*”. Prosse aquele tribunal notando que, como esclarecem Jorge Miranda e Ana Fernanda Neves, “«[e]stes elementos irredutíveis [que compõem o estatuto da função pública(...)] encontram-se tanto nas situações (mais correntes até hoje) de sujeição dos trabalhadores da Administração pública e demais funcionários e agentes a um regime estatutário como nas situações de contrato individual de trabalho»”.

A ideia veiculada neste acórdão pelo Tribunal Constitucional, ao citar Ana Fernanda Neves e Jorge Miranda¹⁴⁰⁷, dos *elementos irredutíveis* que compõem o *estatuto da função pública* – que se encontram tanto nas situações de sujeição dos trabalhadores da Administração a um regime estatutário, como nas situações de trabalhadores sujeitos ao regime do

prego público de 2008/2009, este também se referiu mais do que uma vez a “estatuto ou regime da função pública”, designadamente, *v.g.*, o Acórdão n.º 154/86, de 6 de Maio, fazendo referência a “*estatuto da função pública*”; o Acórdão n.º 345/93 de 12 de Maio, aludindo a “*estatuto específico dos funcionários públicos*” e “*regime legal próprio da função pública*”; o Acórdão n.º 683/99, de 21 de Dezembro, reportando-se a “*um regime jurídico próprio, substancialmente diferente do regime jurídico que disciplina os trabalhadores do sector privado*”), mas aqui aquelas várias referências a *estatuto da função pública* foram feitas com o sentido de regime jurídico-legal da *função pública*, e não com o sentido que adquire no Acórdão n.º 154/2010, que pensamos que seja, de “elementos irredutíveis” do estatuto constitucional de *função pública*. Note-se que até esta reforma não suscitava qualquer tipo de dúvidas saber se o então regime jurídico legalmente à data em vigor era um regime verdadeiramente estatutário distinto do regime laboral comum, o que era de forma inequívoca, bastava analisar a legislação então em vigor (sobretudo, o Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e o Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro). Só após a aprovação da LVCR e do RCTFP é que se começam a suscitar as dúvidas sobre se perante os dados juspositivos em vigor ainda existe, e se se justifica, a existência de um regime jurídico distinto de direito público para a *função pública* em comparação com o emprego privado.

¹⁴⁰⁷ Jorge Miranda e Ana Fernanda Neves, “anotação ao artigo 269.º”, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, org. Jorge Miranda / Rui Medeiros, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 621.

contrato individual de trabalho – anda, segundo tudo nos leva a crer, muito próxima da ideia defendida por Ana Fernanda Neves da existência do, por si apelidado, “*mínimo denominador comum de regime de Direito Público*” – a qual nos parece que o Tribunal Constitucional pretende seguir. Assim, segundo a autora citada, alguns dos preceitos constitucionais respeitantes ao trabalho na Administração Pública, *maxime* do seu artigo 269.º, estão claramente incluídos no “*mínimo denominador comum de regime de Direito Público*”, sendo este aplicável a todas as relações de emprego estabelecidas com a Administração, independentemente do concreto regime jurídico aplicável à relação (que pode ser de direito laboral privado ou de direito laboral administrativo). Sendo precisamente, este “*mínimo denominador comum*” composto pelos tais *elementos irredutíveis da função pública*, que se encontram presentes em todas as relações de emprego constituídas no seio da Administração, e, que constituem, em si, limites que a Constituição quer manter contra quaisquer actos que os possam ofender, designadamente actos legislativos, o que, a ocorrer, poderia levar à descaracterização da *instituição da função pública*, e atentaria contra, aquilo que a autora considera, de *garantia institucional de função pública* – esta posição não coincide com o nosso entendimento de *garantia institucional de função pública*, como ficou patente no *Capítulo I*, da *Parte I*, desta dissertação. Deste modo, quando, neste Acórdão, o Tribunal Constitucional se refere a um “*estatuto específico da função pública*” pretenderá, certamente, referir-se aos citados *elementos irredutíveis* que compõem o *estatuto constitucional de função pública* presentes em todas as relações de emprego com a Administração, independentemente do concreto regime jurídico que discipline a relação (de direito administrativo ou de direito laboral comum). A ser assim, o Tribunal Constitucional com a referência a “*estatuto específico de função pública*” terá pretendido referir-se aos citados *elementos irredutíveis* que compõem o *estatuto constitucional de função pública* presentes em todas as relações de emprego com a Administração Pública, mas já não se terá pretendido referir a nenhum regime jurídico-legal de direito público – que segundo nós é imposto constitucionalmente, como regra no âmbito das relações de emprego público.

De forma mais sintética agora, o Tribunal Constitucional parece aderir àquela segunda *tese da opção genérica da Constituição* pelo regime de direito público; segundo a qual o legislador ordinário pode reduzir o âmbito, subjectivo e objectivo, da *função pública*, representando

apenas limite, por força da Constituição, àquela redução do âmbito o exercício das funções de soberania e autoridade.

Decorre de tudo o que ficou exposto que o Tribunal Constitucional não partilha do mesmo entendimento que nós a propósito da configuração constitucional do *regime da função pública*. Ainda assim, apesar de nós defendermos que mais do que *uma opção genérica* ou *preferencial da Constituição* por um regime de direito público, existe *uma imposição constitucional do regime-regra de direito público para a função pública*, mesmo assim entendemos que esta posição do Tribunal Constitucional ainda abona a nossa tese, ao entender que decorre da Constituição a previsão e protecção de “*uma relação jurídica de trabalho específica*” que corresponde “*à função pública no seu sentido estrito*”.

Ou seja, embora este tribunal só entenda que existe uma imposição constitucional deste modelo (estatutário) para o exercício de algumas funções, entende que decorre da Constituição a sujeição de alguns trabalhadores a um regime jurídico específico e distinto do laboral comum.

Ora, nós também entendemos que decorre da Constituição a necessidade de um regime específico na *função pública*, distinto do laboral. Só divergimos da posição do Tribunal Constitucional, e consequentemente da posição de Ana Fernanda Neves, ao defendermos que este regime específico deve existir para a generalidade dos trabalhadores públicos – o que, aliás, decorre, segundo cremos, da Constituição, a qual delimita a *função pública* com recurso à figura não só dos *funcionários*, como também dos *agentes* –, e não somente para trabalhadores que exercem funções de autoridade e/ou soberania.

4. A doutrina nacional e o (subsistema do) Direito Administrativo como a disciplina do emprego público

Apesar da doutrina nacional pouco se debruçar sobre os temas do regime jurídico do emprego público, vamos destacar aqui de entre aqueles que se pronunciam sobre o tema do regime do emprego público – de entre sobretudo os pensadores do direito administrativo –, aqueles que têm entendimentos que contribuem para abonar a nossa tese da defesa do *subsistema de Direito Administrativo como disciplina do emprego público*.

Começando pela doutrina mais antiga, João Alfaia defende a *tese da sujeição dos profissionais da Administração a regime especial de direito público*¹⁴⁰⁸, segundo a qual se impõe por três diferentes razões. Primeira, o regime de todos os profissionais da Administração Pública deveria ser tão uniforme quanto possível, por um lado, por uma questão de justiça, devendo limitar-se ao mínimo possível as desigualdades de tratamento (que só seriam de manter quando as necessidades do serviço as requiriram efectivamente), e, por outro lado, por facilidade de gestão. Pois, por um lado, enquanto tal não aconteça, existiria um clima de reivindicação sistemática, fomentada pelas desigualdades existentes, o que só por si seria impeditivo da existência de uma Administração eficiente; e, por outro lado, a proliferação de regimes jurídicos do pessoal dificultaria em muito o funcionamento da máquina administrativa – ora, devido à mecânica que é própria ao regime do direito laboral comum, levaria “*inelutavelmente à proliferação de regimes jurídicos com as desigualdades inerentes*”¹⁴⁰⁹.

Como segunda razão aponta o mesmo autor que é evidente que as pessoas colectivas de direito público não são uma entidade patronal qualquer, pois prosseguem os interesses da comunidade. Constituem estas o motor da vida social e, até em certos domínios, da vida económica, sendo a sua acção deveras vital para a colectividade, havendo uma necessidade imperiosa de estabelecer, entre a Administração Pública e os seus profissionais, um vínculo mais forte do que o normal, que lhe permita assegurar o bom cumprimento dos deveres destes, “*no sentido de garantir a eficiência, a regularidade e a continuidade do serviço público*”¹⁴¹⁰.

Por último, como terceira razão acrescenta o autor citado que, paralelamente, o papel de relevo que as pessoas colectivas de direito público desempenham requer, de modo idêntico, que o vínculo existente entre estas e os seus profissionais possa assegurar a estes a maior estabilidade de emprego, não só como contrapartida aos ónus que a sua situação comporta em nome do interesse público, como ainda no sentido de conduzi-los à especialização e, sobretudo, lhes possa assegurar a independência no exercício da função pública, nomeadamente, e a isenção

¹⁴⁰⁸ João Alfaia, *Conceitos Fundamentais*, cit., pág. 13.

¹⁴⁰⁹ João Alfaia, *Conceitos Fundamentais*, cit., pág. 14.

¹⁴¹⁰ João Alfaia, *Conceitos Fundamentais*, cit., pág. 14.

partidária, “*que os coloque, quanto possível, ao abrigo das substituições determinadas pelos interesses marcadamente privados das clientelas partidárias*”¹⁴¹¹.

Tal como João Alfaia nós também defendemos a tese da sujeição da generalidade dos trabalhadores da Administração Pública a regime especial de direito público, e que o regime jurídico de todos estes trabalhadores deve ser o mais uniforme possível, justificando-se, de acordo com o princípio constitucional da igualdade, somente que as desigualdades de regime se circunscrevam às desigualdades fácticas originadas pelas especificidades das funções em causa.

Como vimos o entendimento de Ana Fernanda Neves não é inteiramente coincidente com o nosso quanto à configuração constitucional do regime da *função pública*. Ainda assim, esta autora parte da ideia de que “o Direito administrativo é o Direito comum da função administrativa”¹⁴¹², entendendo a mesma que a presença do Direito Administrativo nas relações de emprego no seio da Administração Pública é “*inafastável*”¹⁴¹³. Além de que entende a mesma autora que o “*Direito Administrativo regula a actividade e a organização da Administração Pública. Os trabalhadores integram a organização e materializam a sua actividade; não-de ser, portanto, objecto da sua atenção*”. Acrescenta Ana Fernanda Neves que, contudo, enquanto trabalhadores, parte numa relação jurídica de emprego, não lhe ficam totalmente alheios muitos dos institutos do Direito do Trabalho, concluindo que o Direito da *função pública* como está “*na confluência do Direito Administrativo e do Direito do Trabalho, este é convocado e delimitado pelo primeiro*”¹⁴¹⁴. Pelo que, embora a autora citada não tenha um entendimento inteiramente coincidente com o nosso quanto à configuração constitucional do regime da *função pública*, o seu entendimento ainda abona a nossa tese, no sentido da presença inafastável do Direito Administrativo, enquanto direito comum da função administrativa, na relação de emprego público, e que mesmo quando se recorre ao direito laboral comum este é ainda convocado e delimitado por aquele, ou seja, entende também a autora que existe no seio do emprego

¹⁴¹¹ João Alfaia, *Conceitos Fundamentais*, cit., pág. 14.

¹⁴¹² Ana Fernanda Neves, “O direito da função pública”, cit., pág. 398, nota n.º 128.

¹⁴¹³ Ana Fernanda Neves, “O contrato de trabalho na Administração Pública”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Volume I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, pág. 85.

¹⁴¹⁴ Ana Fernanda Neves, “O direito da função pública”, cit., pág. 399.

público um regime específico e distinto no seio da relação de emprego público, que convoca e delimita o recurso ao direito do trabalho¹⁴¹⁵.

Também Paulo Veiga e Moura defende, numa posição que acompanhamos de perto, que a Constituição impõe um regime específico e distinto, de Direito Público, para a generalidade das relações de emprego público¹⁴¹⁶. Aquele autor advoga ainda que a aplicação do Direito Laboral Privado no seio das relações de emprego da Administração, por força das especificidades desta, não pode acontecer sem que haja uma desaplicação dos elementos essenciais típicos do contrato individual de trabalho o que dá origem a uma disciplina diferente da que vigora no âmbito das empresas. Acrescenta o autor que esta necessária e inevitável publicização do Direito Laboral privado quando é aplicável às relações de emprego público “*conduz à sua desfiguração, retirando-lhe tudo o que mais tinha de apetecível, pelo que seguramente não devolverá à Administração a eficácia que tanto procura*”¹⁴¹⁷. Refere, ainda este autor que entre a mencionada e necessária publicização do Direito Laboral, que conduziria sempre à aplicação de um regime não pensado para a Administração, (pois aquele encontra-se vocacionado exclusivamente para tutelar a posição da parte mais fraca na relação de emprego), e a necessária e indispensável modernização do estatuto da *função pública*, que foi sempre pensado para assegurar o equilíbrio entre o interesse público e os legítimos interesses do seu pessoal: a “*batalha da eficácia do emprego público será ganha com a injeção de um suplemento vitamínico*

¹⁴¹⁵ Considera Pedro Madeira de Brito que esta afirmação de Ana Fernanda Neves é tributária de uma *concepção clássica da função pública*, “*segundo a qual a relação de emprego estabelecida entre a Administração e o agente é do tipo orgânica: o agente integra a Administração Pública, e que relega aquilo que é hoje uma pedra de toque do direito do trabalho: o equilíbrio entre a protecção dos direitos dos trabalhadores e do empregador*”, cfr. Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 523. Nós discordamos da opinião de Pedro Madeira de Brito, no sentido que como já vimos (*Capítulo II*, da *Parte I* desta dissertação, para o qual aqui remetemos), após a Constituição de 1976 reconhecer que os direitos fundamentais são direitos de todos os trabalhadores, logo também dos trabalhadores da *função pública*, a relação de emprego público passa a desdobrar-se em dois tipos de relações: além da tradicional *relação orgânica*, também em *relação de serviço* — ou seja, respectivamente, além do trabalhador continuar a integrar a Administração Pública, ele é também portador de direitos fundamentais. Tendo passado desde então o regime disciplinador do emprego público a traduzir-se na síntese entre a tensão dialéctica destas duas relações, mas tendo-se mantido o regime disciplinador daquelas relações de emprego como de Direito Administrativo.

¹⁴¹⁶ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 399.

¹⁴¹⁷ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 385-386.

que permita a este regime estatutário recuperar a eficácia e o prestígio outrora possuídos e não com a realização de sucessivas cirurgias destinadas a corrigir as imprecisões da transfiguração que o Direito Laboral sofre quando aplicado à Administração”¹⁴¹⁸. A ser assim, advoga o autor que a eficácia e excelência dos serviços públicos pode ser perfeitamente alcançada mantendo uma disciplina de direito administrativo, a qual, tem apenas que se adaptar às exigências de um mundo em globalização, para alcançar a eficácia e eficiência que a *função pública* necessita e devolver à Administração do século XXI o seu prestígio alcançado ao longo do século XIX¹⁴¹⁹. Também nós, concordando com o autor citado, entendemos que a eficácia e eficiência pretendidas para o emprego público pela comunidade, também se conseguirá ainda dentro de um regime marcadamente estatutário, ainda que seja necessário algumas actualizações a este regime, como veremos mais à frente.

Noutro escrito de Paulo Veiga e Moura, em co-autoria com Cátia Arrimar, fazendo referência à generalização do contrato de trabalho em funções públicas em detrimento da nomeação, desde 1 de Janeiro de 2009, defendem que, se por um lado, a Constituição não impõe que o regime da nomeação tenha de ser o regime maioritário na *função pública* nem impede que este seja dado pelo contrato de trabalho, desde que esse regime seja um regime diferenciado do regime dos demais trabalhadores, já, por outro lado, têm como certo que representa um “duro golpe no ADN da função pública que se eliminem da lei as classes de trabalhadores públicos enunciadas constitucionalmente e se pretenda unificar o regime destes trabalhadores em torno do regime comum da generalidade dos trabalhadores privados, uma vez que nos parece que isso representa uma inadmissível alteração da Constituição por via da legislação ordinária”¹⁴²⁰. Assim, resulta do exposto, segundo cremos, que só após uma alteração da Lei Fundamental poderá o legislador ordinário unificar o regime dos trabalhadores do emprego público em torno do regime de direito laboral privado, pois enquanto se mantiver sem alterações a Constituição não pode aquele legislador adoptar por lei ordinária um regime laboral privado para disciplinar a generalidade das relações de emprego no seio da Administração.

¹⁴¹⁸ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 386.

¹⁴¹⁹ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 408.

¹⁴²⁰ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 7.º, pág. 107.

Também consideramos que abona a nossa tese, ainda de uma forma menos evidente e mais aprimorada, o que exigirá ulteriores desenvolvimentos pela nossa parte que nos propomos fazer *infra*, a defesa da existência de uma *reserva constitucional de direito administrativo* no exercício da função administrativa feita por Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos. Estes autores referem-se, em geral, à circunstância de toda a Administração Pública, nos sentidos orgânico e material, prosseguir necessariamente, embora com variações de intensidade, o interesse público, e o facto de, em consequência disto, toda a actividade administrativa ser necessariamente regulada, em maior ou menor medida, pelo Direito Administrativo. Defendem ainda aqueles autores que existe, na verdade, “*uma reserva constitucional de direito administrativo no exercício da função administrativa*”¹⁴²¹. Ora, no que respeita, em concreto, aos contratos da administração, segundo os autores citados, por também envolverem o exercício da função administrativa existe em relação a eles “*uma reserva constitucional de direito administrativo*”¹⁴²². Até porque a defesa de um entendimento contrário poderia levar a que perante alterações supervenientes do interesse público, em virtude da natureza de direito privado de um dado contrato e da consequente impossibilidade de recorrer aos instrumentos jurídicos próprios que o direito administrativo assegura à Administração, designadamente, o da alteração unilateral por esta de um dos seus contratos, poderia levar a que esta ficasse, na prática, impedida de prosseguir adequadamente aquele interesse, “*o que seria inconstitucional por violação do princípio da prossecução do interesse público*”¹⁴²³. Ademais, ensinam os autores citados, que a autonomização plena do contrato administrativo em face dos outros contratos de direito privado foi em grande medida possibilitada pelo reconhecimento da necessidade de modificação unilateral, em nome da prossecução de um concreto interesse público, de contratos que até então eram considerados como de direito privado^{1424 1425}.

¹⁴²¹ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral, Tomo III – Actividade Administrativa*, 2.ª ed. Reimpressão, D. Quixote, Lisboa, 2010, pág. 38.

¹⁴²² Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral – Tomo III*, 2.ª ed. Reimpressão, D. Quixote, Lisboa, 2010, pág. 43.

¹⁴²³ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos*, cit., pág. 43.

¹⁴²⁴ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos*, cit., pág. 43.

¹⁴²⁵ Também neste sentido ensina Maria João Estorninho, “[o] contrato administrativo surgiu quando a Administração começou a sentir-se «espartilhada» nos esquemas contratuais rígidos do Direito Privado, nos quais não podia mover-se a seu bel-prazer nem

Por outro lado, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos distinguem diferentes *graus de administrativização* quanto aos contratos da administração, em função da diferente extensão em que o direito administrativo lhes é aplicável¹⁴²⁶. Como ensinam estes autores, a afirmação da existência de uma *reserva de direito administrativo* em matéria de contratos da administração não significa que todos eles tenham um regime jurídico totalmente idêntico. Distinguem, assim, diferentes núcleos de contratos da administração, a que correspondem diferentes graus de administrativização, em função da diferente extensão em que o direito administrativo lhes é aplicável. Consideram aqueles autores que os *contratos da administração aos quais corresponde o grau mais amplo de administrativização são os contratos tradicionalmente considerados como administrativos, sendo de lhes aplicar, além dos princípios fundamentais da actividade administrativa e as demais disposições constitucionais que a disciplinam, um regime pré-contratual e um regime material de direito administrativo, constantes ou do CCP, e/ou de legislação especial, estando processualmente sujeitos à jurisdição dos tribunais administrativos (alínea e), do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF)*¹⁴²⁷. Entendemos que será de inserir neste mais amplo grau de administrativização o contrato de trabalho em funções públicas, pois embora expressamente excluído do âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos¹⁴²⁸, nos termos da sua alínea a) do n.º 2 do artigo 4.º, mantém-se a sua qualificação como contrato administrativo, segundo cremos, sendo-lhe aplicável uma lei especial, a LTFP¹⁴²⁹, a

podia, nomeadamente, alterar as cláusulas ao sabor das variações do interesse público. Punha-se, assim, fora de questão que tais problemas pudessem continuar a ser resolvidos nos termos tradicionais do Direito Privado. No entanto, também repugnava que à Administração fosse permitido, em tais casos, o recurso à solução unilateral e autoritária. Por estas das razões, a única solução possível foi a criação do «expediente» do contrato administrativo que, sob a forma contratual, escondia uma realidade na qual a Administração poderia, em última instância, recorrer às suas prerrogativas de autoridade”, cfr. Maria João Estorninho, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 44.

¹⁴²⁶ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos*, cit., pág. 45-46.

¹⁴²⁷ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos*, cit., pág. 45.

¹⁴²⁸ Código dos Contratos Públicos (doravante CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, na sua actual redacção.

¹⁴²⁹ Neste sentido, também o n.º 2, do artigo 200.º, do novo Código do Procedimento Administrativo, foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro reconhece que são contratos administrativos além dos que como tal são classificados no Código dos Contratos Públicos ou também existentes em legislação especial.

qual prevê um regime pré-contratual específico e um regime material especial que consideramos, como veremos melhor *infra*, que ainda é de direito administrativo, pelo que deve ter-se este tipo de contrato de trabalho em funções públicas ainda como contrato administrativo – pois, apesar de actualmente a LTFP, ao contrário do que acontecia com a LVCR que o qualificava expressamente como contrato administrativo (cfr. n.º 3, do artigo 9.º da LVCR), não o fazer submetê-lo, contudo, a um regime substantivo de direito público, pelo que o contrato não deve deixar de ser qualificado como administrativo¹⁴³⁰, e como tal sujeito à jurisdição dos tribunais administrativos (cfr. alínea d), n.º 3, artigo 4.º do ETAF, e artigo 12.º da LTFP). No outro oposto, como exemplificativo de um contrato da administração considerado por aqueles autores com um grau de *administrativização mínimo à luz da reserva constitucional de direito administrativo*, encontra-se o contrato individual de trabalho celebrado por pessoas colectivas integrantes da administração pública com capacidade predominante de direito privado¹⁴³¹. Mais, ensinam aqueles autores ao referir que constituindo o direito administrativo, o direito comum da função administrativa, as normas de direito privado, quando aplicadas à actividade da Administração, têm que ser mediadas por princípios e normas de direito administrativo, o que pode originar a alteração substancial do teor das soluções delas decorrentes em relação ao que sucederia se a sua aplicação se desse no âmbito de puras relações privadas¹⁴³².

Entendemos que resulta assim do entendimento exposto *supra*, de Marcelo Rebelo de Sousa e de André Salgado de Matos, que o contrato de trabalho em funções públicas como contrato administrativo que entendemos que é, e devido à existência de uma reserva constitucional de direito administrativo da função administrativa, função que aquele contrato prossegue, há-de ser regulado, em maior ou menor medida, pelo direito administrativo.

Decorre ainda daquele posicionamento doutrinal, a nossa seguinte conclusão, como veremos *infra*: resulta dos dados juspositivos vigentes que o direito administrativo continua a disciplinar, pelo menos nos seus traços essenciais, o contrato de trabalho em funções pú-

¹⁴³⁰ Neste sentido, cfr. Pedro Gonçalves, *O Contrato Administrativo – Uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 58.

¹⁴³¹ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos*, cit., pág. 74.

¹⁴³² Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Contratos Públicos*, cit., pág. 44.

blicas, pelo que, mesmo que sejam de aplicar a este contrato algumas normas de direito do trabalho, estas têm ainda de ser mediadas pelos princípios e regras de direito administrativo, e, conseqüentemente, o regime daquele contrato nunca resultará idêntico ao de qualquer contrato individual de trabalho celebrado com uma empresa.

Levamos do exposto que, por um lado, o Direito Administrativo é um ramo do direito especializado e comum da função administrativa, e, por outro lado, o emprego público envolve claramente o exercício da função administrativa, pelo que a existir, como entendemos que existe, uma *reserva de direito administrativo no exercício da função administrativa*, este deve ser o ramo do direito que deve regular a generalidade das relações de emprego público, aliás, o que decorre, segundo cremos, da Constituição, e só em casos excepcionais pode a Administração Pública recorrer ao direito laboral comum para regular as suas relações de emprego.

Mais: entendemos que a batalha da eficiência e da eficácia do emprego público pode ser alcançado através de um regime dotado de dimensões estatutárias, ainda que este necessite de ser modernizado.

5. Perante a lei ordinária em vigor o essencial do regime de emprego público será ainda de direito administrativo?

Como vimos o quadro jurídico-constitucional respeitante à *função pública* mantém--se inalterado, *maxime* subsistem intocados os princípios estruturantes informadores daquela – que integram, segundo a nossa sistematização, o primeiro pilar do regime do emprego público, e correspondem à primeira dimensão estatutária que aquele regime ainda mantém. Contudo, no que respeita à lei ordinária em vigor, a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, além das bases do regime de emprego público – que correspondem ao segundo pilar daquela sistematização, e à segunda dimensão estatutária subsistente no regime de emprego público –, esta dispõe ainda sobre outros diferentes aspectos do regime do emprego público, através de soluções legislativas umas mais próximas de um regime publicizado, e outras mais próximas de um regime privatizado.

Ora, a lei ordinária citada insere-se no âmbito de uma reforma legislativa que introduziu muitas e extensas alterações no estatuto do

emprego público, as quais têm vindo a aproximar este estatuto do regime de emprego privado. O que torna legítima a questão de saber se perante esta lei a generalidade do regime do emprego público continua a ser dado por um regime de direito administrativo, ou já se integrará num regime de direito laboral comum.

Assim, relembre-se que com as soluções legislativas introduzidas pelo legislador na reforma do emprego público de 2008/2009, confirmada pela reforma de 2014, se tem verificado uma aproximação do regime jurídico do emprego público ao regime jurídico do emprego privado, o que se torna patente, desde logo, na consagração do contrato de trabalho (ainda que aqui designado em funções públicas) como modalidade-regra do emprego público, em detrimento do vínculo da nomeação, arrastando este vínculo consigo um regime muito próximo do regime do emprego privado. Esta aproximação revela-se até no recurso a uma nova terminologia própria do contrato individual de trabalho, sendo importados conceitos deste para o âmbito do emprego público¹⁴³³. Por sua vez, esta aproximação do regime do emprego público ao emprego privado é maior no regime do contrato de trabalho em funções públicas do que no regime da nomeação, concretizada através da utilização de institutos próprios do contrato individual de trabalho¹⁴³⁴, nomeadamente, além da consagração do vínculo do contrato de trabalho como regra; prevê-se ainda para aquele contrato ao contrário de para a nomeação: a existência de causas objectivas de cessação do vínculo, e o direito de celebração de convenções colectivas, bem como a possibilidade de negociação da remuneração. Na verdade, analisando com atenção a lei ordinária em vigor, a qual disciplina além das bases do regime, outros aspectos do regime do emprego público, torna-se possível divisar, no seio do emprego público, dois diferentes subsistemas de normas ou dois diversos regimes jurídicos: um subsistema de normas aplicável ao vínculo do contrato, mais próximo do regime do emprego privado, e outro subsistema de normas que se dirige ao vínculo da nomeação, mais próximo do tradicional regime estatutário.

Além de que, em geral, o legislador ordinário adoptou algumas soluções legislativas que contribuiram para aproximar o emprego públi-

¹⁴³³ Neste sentido, Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho em Funções Públicas”, cit., pág. 302.

¹⁴³⁴ Neste sentido, Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho em Funções Públicas”, cit., pág. 302.

co do sistema de emprego (e, conseqüente, afastá-lo do sistema de carreira), ao introduzir elementos no regime do emprego público que são próprios do modelo de emprego (aberto). Como sejam, por um lado, a atribuição aos dirigentes de amplas competências em matéria da gestão dos recursos humanos¹⁴³⁵; e, por outro lado, a substituição dos tradicionais e estáveis *quadros de pessoal* pelos instáveis *mapas de pessoal*, com a possibilidade de aumento ou redução anual dos postos de trabalho.

Começamos, então, por observar na lei ordinária em vigor algumas destas marcas de aproximação do regime de emprego público ao emprego privado (ainda que não se procure fazer uma análise exaustiva dessas marcas), ocorrendo a maioria destas, como se referiu, no regime do vínculo de contrato de trabalho em funções públicas. Para em seguida tentar perceber se o essencial do regime de emprego público, no quadro legal em vigor, ainda continuará a corresponder a um regime de direito administrativo.

Ora, a Lei n.º 12-A/2008 elegeu o vínculo do contrato de trabalho em funções públicas como modalidade-regra no âmbito do emprego público, qualificando-o expressamente como um contrato de natureza administrativa, apesar de na verdade generalizar um regime de vinculação que tem por “substrato maioritário” o regime laboral privado¹⁴³⁶. Posteriormente, a LTFP, mantendo embora a opção do contrato de trabalho em funções públicas como modalidade-regra da constituição da relação de emprego público, deixa de o qualificar expressamente como contrato administrativo, embora entendamos, como já vimos, que da análise do seu regime ainda se pode concluir pela sua qualificação como contrato administrativo¹⁴³⁷.

Também desde a LVCR, numa opção confirmada pela LTFP, se regista mudança de nomenclatura no âmbito do regime jurídico-laboral na Administração Pública, lançando-se mão de conceitos habitualmente utilizados no universo do contrato individual de trabalho¹⁴³⁸. Estão aqui incluídos, nomeadamente, para além do próprio *contrato de*

¹⁴³⁵ Neste sentido, Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho em Funções Públicas”, cit., pág. 295.

¹⁴³⁶ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 9.º, pág. 50.

¹⁴³⁷ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 8.º, pág. 108.

¹⁴³⁸ Neste sentido, Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho em Funções Públicas”, cit., pág. 302.

trabalho (em funções públicas, cfr. alínea a), n.º 3, do artigo 6.º LTFP) – quando antes a legislação da *função pública* se referia a *contrato de pessoal* (cfr. artigo 7.º, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho) –; *posto de trabalho* (v.g., artigo 36.º), em substituição de *lugar do quadro* (cfr. artigo 6.º, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho); *trabalhadores* (v.g., artigo 84.º LTFP), com eliminação legislativa da expressão de *funcionários e agentes* (v.g., artigo 13.º, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho) ainda previstos na Constituição; *período experimental* (artigo 45.º da LTFP), em substituição da expressão *estágio* (cfr. artigo 26.º, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho)¹⁴³⁹.

Depois a consagração de institutos e figuras no emprego público, tradicionalmente utilizados pelo contrato individual de trabalho, a partir da entrada em vigor em pleno da LVCR, como as causas objectivas de cessação do vínculo, a possibilidade de celebração de convenções colectivas, e a possibilidade de negociação da posição remuneratória no caso do vínculo do contrato de trabalho em funções públicas ao contrário do regime previsto para a nomeação, demonstra que o regime do contrato de trabalho em funções públicas se torna mais próximo do regime do emprego privado do que o regime da nomeação, existindo assim actualmente, face aos dados juspositivos vigentes, dois regimes distintos no âmbito do emprego público.

Assim, em primeiro lugar a LVCR vem consagrar pela primeira vez no regime do emprego público *causas objectivas de cessação do vínculo*, ainda que só no caso dos contratos de trabalho em funções públicas, sendo esta opção reiterada pela LTFP. A previsão destas causas objectivas de cessação representa uma inovação em matéria de emprego público. Apesar destas causas de cessação não se encontrarem anteriormente previstas na lei ordinária do emprego público português, a necessidade de modernização da Administração e de racionalização da sua estrutura orgânica, vem permitir justificar esta solução legislativa, precisamente para promover e acautelar o interesse público, pois nestas situações, das causas objectivas de cessação, estão em causa factos e ocorrências relacionados com a prossecução do interesse público¹⁴⁴⁰. A previsão de causas objectivas coloca em crise a tradicional concepção da

¹⁴³⁹ Cfr. Ida Sofia Carreira Teixeira, *A Constituição da Relação Jurídica de Emprego Público na Atualidade*, (dissertação de mestrado do ISCTE-IUL), policopiado, 2012, pág. 62.

¹⁴⁴⁰ Neste sentido, Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho em Funções Públicas”, cit., pág. 303.

relação jurídica de emprego público como vitalícia. Se bem que como ensina Cláudia Viana a concepção da relação de emprego público como vitalícia não decorre da Lei Fundamental¹⁴⁴¹. Esta previsão legislativa vem dar razão a autores como Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar que já vinham referindo que não havia razões plausíveis que justificassem a proibição abstracta e absoluta de as relações de emprego público cessarem por motivos objectivos¹⁴⁴². Até porque, como acrescentam estes autores, uma Administração que se queira eficaz não pode manter ao seu serviço alguém de que comprovadamente não necessite, nem ficar numa situação de requalificação infinitamente¹⁴⁴³.

Por outro lado, prevê-se também, pela primeira vez com a LVCR e repetida na LTFP, que os trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas podem recorrer à *contratação colectiva*, continuando, no entanto, os trabalhadores nomeados limitados ao direito de negociação colectiva. Alerta Cláudia Viana que apesar do reforço do direito de contratação colectiva (até então reduzida à negociação colectiva), o seu âmbito de aplicação continua limitado, devido à prevalência das fontes unilaterais, ou seja, da lei¹⁴⁴⁴. Também, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, em comentário à LTFP, ensinam que além da reserva de lei formal consagrada na alínea t), do n.º 1 do artigo ter afastado as bases do regime de todo o emprego público do âmbito dos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, mesmo fora destas matérias, a intervenção de tais instrumentos continuar a carecer de expressa autorização da lei ordinária. Pelo que, aqueles instrumentos só podem disciplinar o que a própria lei permita que disciplinem, e nunca em sentido contrário ao que nela se determina. Resulta da análise das matérias que podem ser regulamentadas por tais instrumentos (cfr. artigo 355.º da LTFP) que estão em causa assuntos de menor importância, podendo-se afirmar que não passam de “«peanuts» no universo da disciplina jurídica de emprego público”¹⁴⁴⁵.

Também, por sua vez, a LVCR, aproximando o emprego pú-

¹⁴⁴¹ Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho em Funções Públicas”, cit., pág. 303.

¹⁴⁴² Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação artigo 33.º, pág. 100.

¹⁴⁴³ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação artigo 33.º, pág. 100.

¹⁴⁴⁴ Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho em Funções Públicas”, cit., pág. 302.

¹⁴⁴⁵ Expressão de Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação aos artigos 4.º e 13.º, pág. 93 e 135.

blico do sistema de emprego (aberto), prevê a negociação da posição remuneratória, numa opção que é reiterada pela LTFP, no seu artigo 38.º, sendo por regra tal solução aplicável somente para o vínculo do contrato de trabalho em funções públicas. Mantém-se assim a inovação prevista pela Lei n.º 12-A/2008 em matéria de emprego público, levando à quebra de uma secular tradição na determinação da remuneração dos trabalhadores da Administração, essencialmente caracterizada pela igualdade retributiva. Permite, assim, a negociação da posição remuneratória por parte dos concorrentes ao procedimento concursal, a qual fica, contudo, restrita às situações em que o vínculo do emprego público seja o contrato de trabalho em funções públicas. Sendo que relativamente à nomeação, o n.º 9 do artigo 38.º da LTFP determina que esta possibilidade só existirá se a lei especial o permitir, pelo que se esta permissão não vier a constar de lei, não há possibilidade dos trabalhadores a nomear virem a negociar o seu posicionamento remuneratório.¹⁴⁴⁶ A negociação da posição remuneratória tem lugar no final do procedimento, é efectuada por escrito, e efectua-se, pela ordem em que figurem na ordenação final, havendo trabalhadores em situação de requalificação a negociação da começa por estes candidatos (nos termos do n.º 2 do artigo 38.º da LTFP)¹⁴⁴⁷. Defendem, a este propósito, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar 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. É uma medida injusta e desconforme à equidade interna de qualquer sistema retributivo”¹⁴⁴⁸. Advogam ainda os autores citados que a negociação da remuneração pretenderá colocar a Administração ao nível de qualquer empregador privado, fazendo depender o montante remuneratório das leis da oferta e da procura, numa evidente penalização das regiões do interior, as quais para obter a mesma qualidade na prestação de trabalho, terão seguramente que vir a pagar mais do que as regiões do litoral¹⁴⁴⁹. Ora, como já referimos, a Administração Pública não é uma

¹⁴⁴⁶ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 38.º, pág. 212.

¹⁴⁴⁷ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 38.º, pág. 212.

¹⁴⁴⁸ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 38.º, pág. 213.

¹⁴⁴⁹ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 38.º, pág. 213.

empresa, não tem que ser uma empresa nem pode funcionar como uma empresa. Mais, aquele preceito vem permitir, para além de legitimar que a selecção seja feita pelo critério do “mais barato” e não pelo critério do “mais meritório” (uma vez que o primeiro classificado pode não ser aquele que ocupará o lugar colocado a concurso), que alguém que tenha menor mérito, e apesar de fazer exactamente o mesmo, venha a auferir uma remuneração superior¹⁴⁵⁰.

Também contribuindo para aproximar o emprego público do sistema de emprego e afastá-lo do modelo de carreira (fechado), temos, por um lado, a atribuição aos dirigentes de amplas competências em matéria da gestão dos recursos humanos¹⁴⁵¹; e, por outro lado, a substituição dos estáveis *quadros de pessoal* pelos instáveis *mapas de pessoal* aprovados anualmente.

Assim, desde a LVCR, passando pela LTFP, que o legislador ordinário opta pela atribuição de importantes poderes aos dirigentes máximos do serviço, quer em relação à orçamentação quer em relação à gestão das despesas com pessoal (cfr. anteriores artigos 7.º e 46.º da LVCR e, actuais artigos 31.º e 156.º da LTFP). A gestão dos recursos humanos passa a ficar dependente de opções tomadas pelo dirigente máximo do serviço, através da afectação das verbas orçamentais para despesas com o pessoal: quer seja para o recrutamento; quer seja para a alteração do posicionamento remuneratório, quer seja para a atribuição de prémios de desempenho. Contudo tais opções são temperadas por algumas disposições imperativas que pretendem assegurar condições mínimas de evolução remuneratória dos trabalhadores da Administração¹⁴⁵². Decorre daqui a atribuição pelo legislador de uma ampla discricionariedade aos dirigentes nesta matéria. Na verdade, a bondade da solução legislativa fica dependente da efectiva aplicação das regras instituídas, ou dito de outro modo, esta opção do legislador ordinário fica dependente das boas práticas de gestão a adoptar por aqueles di-

¹⁴⁵⁰ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 38.º, pág. 213-214.

¹⁴⁵¹ Neste sentido, Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho em Funções Públicas”, cit., pág. 295.

¹⁴⁵² Neste sentido, Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho em Funções Públicas: privatização ou publicização da Relação Jurídica de Emprego Público”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 295.

rigentes¹⁴⁵³. Há quem, como Cláudia Viana, já tenha defendido que, sobretudo no que respeita às alterações do posicionamento remuneratório, se deve considerar tal opção como excessiva, precisamente pela escassez de critérios objectivos justificativos das decisões tomadas pelos dirigentes nestas matérias¹⁴⁵⁴. A este propósito, também Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar referem que tal opção legislativa significa que, com excepção feita às alterações obrigatórias de posicionamento remuneratório, os trabalhadores da Administração não têm qualquer garantia de outro estímulo remuneratório, sejam eles decorrentes da alteração do posicionamento remuneratório, ou da percepção de um prémio de desempenho, não sendo pois suficiente para o efeito que o mérito com que desempenham as suas funções, mas antes sendo necessário que haja verba suficiente, e que a mesma verba seja afectada a uma dessas finalidades¹⁴⁵⁵. Pelo que, acrescentam aqueles autores, “[s] emelhante circunstância pode, sobretudo quando se sabe que «já não abunda a pólvora do rei»», fomentar o desânimo e imobilismo por parte os trabalhadores públicos — o que, a médio prazo, comprometerá a eficácia pretendida para o aparelho estadual”. O que vai sobretudo, fazer com que a progressão no emprego dependa menos do mérito e mais da capacidade financeira ou da disponibilidade orçamental de cada serviço. Com efeito, tal legitima que trabalhadores com menor mérito possam ter uma progressão na carreira superior à dos trabalhadores que revelaram maior mérito, apenas por terem a *bona fortuna* de trabalhar num serviço com maior disponibilidade financeira, ou onde o seu dirigente máximo fez uma opção que o de outro serviço não fez¹⁴⁵⁶. Pelo que advogam aqueles autores que se lhes parece que “a disponibilidade financeira de um serviço ainda pode constituir motivo para esta diferenciação de tratamento, já nos parece ser dificilmente compaginável com os princípios constitucionais do mérito e da igualdade, independentemente dessa maior ou menor capacidade financeira, as diferenças de tratamento e de evolução na carreira se possam ficar a dever apenas a uma opção de quem está à frente do serviço, pelo que temos as mais

¹⁴⁵³ Neste sentido, Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho em Funções Públicas”, cit., pág. 295.

¹⁴⁵⁴ Neste sentido, Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho em Funções Públicas”, cit., pág. 295.

¹⁴⁵⁵ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 31.º, pág. 181.

¹⁴⁵⁶ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 31.º, pág. 182.

*sinceras dúvidas sobre a constitucionalidade da norma constante do n.º 2 do [artigo 31.º da LTFP]*¹⁴⁵⁷.

Por sua vez, a substituição dos tradicionais e estáveis quadros de pessoal pelos mapas de pessoal de aprovação anual, que podem levar à redução ou aumento dos postos de trabalho – a partir da entrada em vigor em pleno da LVCR, situação que se mantém com a aprovação da LTFP (anterior artigo 5.º da LVCR, actual artigo 29.º da LTFP) –, também deixam patente a aproximação do emprego público ao sistema de emprego. A propósito destes mapas de pessoal que passam a ser aprovados anualmente notam Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar que estes incorporam a previsão do pessoal que se prevê vir a ser necessário durante aquele ano para a prossecução das atribuições e actividades de cada serviço público, os quais enunciam os postos de trabalho que são previsivelmente necessários para o efeito, devendo ser referenciados em função dos objectivos a alcançar através de cada um dos mesmos, do perfil e competências necessários à sua execução, do cargo, ou da carreira e categoria que lhe correspondam, e, bem como, das habilitações (académicas ou profissionais) necessárias ao seu desempenho¹⁴⁵⁸. Defendem estes autores que tal configuração dos mapas de pessoal aponta mais para consagração de um sistema de emprego do que para um sistema de carreira, uma vez que cada pessoa é recrutada para um emprego bem determinado, e que apela a habilitações, e a uma concreta especialização, só sendo possível uma modificação da posição subjectiva de cada um dos trabalhadores pela ocupação de um novo posto de trabalho¹⁴⁵⁹. Contudo, este sistema de emprego é depois temperado por alguns elementos próprios dos sistemas de carreira, o que acontece quer com a existência de algumas possíveis carreiras pluricategoriais, quer com a previsão da possibilidade, e que não passa disso mesmo, de no mesmo posto de trabalho se conhecerem alguns estímulos remuneratórios¹⁴⁶⁰.

Fazendo uma breve referência às diferentes técnicas legislativas quando ao recurso ao regime jurídico do emprego privado, a que tem

¹⁴⁵⁷ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 31.º, pág. 182.

¹⁴⁵⁸ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 29.º, pág. 170.

¹⁴⁵⁹ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 29.º, pág. 170.

¹⁴⁶⁰ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 29.º, pág. 170.

vindo a recorrer o legislador, na Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, consagrou-se uma remissão genérica para a lei laboral privada, em tudo quanto não fosse especificamente consagrado nos diplomas específicos concernentes aos trabalhadores da Administração Pública. Por sua vez, diversa técnica legislativa utilizada pelo legislador no RCTFP, o qual reproduziu, muitas vezes textualmente, em vários preceitos do Código do Trabalho de 2003, vigente à data da aprovação daquele, no entanto, sem remeter para a lei laboral privada. No caso da LTFP o legislador opta por uma solução mitigada, pois apesar de regular abundantemente as diversas especificidades da relação de emprego público, no seu artigo 4.º consagra uma remissão para algumas matérias do Código do Trabalho¹⁴⁶¹. Assim, actualmente, o vínculo de emprego público não encontra na LTFP a totalidade da sua disciplina normativa, uma vez que esta lei remete uma parte significativa dessa regulamentação para o Código do Trabalho (cfr artigo. 4.º), daqui resulta que a disciplina deste vínculo vai assim ficar sujeita também às alterações que aquele código possa vir a sofrer. Numa solução que criticamos, pois melhor teria andado o legislador se tivesse disciplinado num só diploma a totalidade da disciplina do emprego público. Esta solução legislativa para além de inquestionavelmente colocar em causa o objectivo daquela lei de pôr termo à disseminação da legislação disciplinadora do emprego público, continua a revelar uma opção do legislador ordinário por uma disciplina pensada para entidades privadas distintas das de natureza pública, numa opção que há algum tempo autores como Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar criticam e cuja constitucionalidade lhes merece maiores reservas¹⁴⁶². Ensinam também estes autores que este artigo 4.º, da LTFP, continua a relevar que o legislador ordinário ainda não esqueceu a atracção sentida pelo direito laboral comum, eventualmente tido por aquele como um modelo de perfeição, continuando assim a optar por não disciplinar directamente algumas matérias da relação de emprego público, remetendo a sua regulamentação para o que se prevê no Código do Trabalho¹⁴⁶³. Contudo, na esteira destes autores também somos a admitir, não obstante, que em determinadas maté-

¹⁴⁶¹ Neste sentido, Miguel Lucas Pires, *Lei geral do Trabalho em Funções Públicas*, cit., anotação ao artigo 4.º, pág. 50.

¹⁴⁶² Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 1.º, pág. 77.

¹⁴⁶³ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 4.º, pág. 94.

rias cuja disciplina actualmente se remete para o Código do Trabalho se possa aceitar a remissão, atendendo ao facto de os trabalhadores públicos serem verdadeiros trabalhadores e, como tal, nem sempre se justificar a existência de uma disciplina totalmente distinta da normaçoão do comum dos trabalhadores privados, como sucede, *v.g.*, em matéria de direitos de personalidade, ou direitos de igualdade, e direitos de não discriminação¹⁴⁶⁴. Já, é de ter como menos acertado, no que respeita à relação entre fontes, a opção do legislador remeter para o que nessa matéria determina o artigo 3.º do Código do Trabalho (cfr. alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º, da LTFP), opção que pode vir a ser mais uma fonte de problemas do que de soluções, “para além de espelhar exemplarmente as incongruências em que incorre o legislador quando importa para o universo do emprego público as soluções do mundo laboral privado”¹⁴⁶⁵.

Do excursão decorrem marcas claras da aproximação do regime do emprego público ao regime do emprego privado. Acreditamos, até, que mais do que uma aproximação de regimes se caminha para um direito laboral comum, em que de futuro o regime da relação de emprego público passará a ser um regime especial dentro do direito laboral comum, com a consequente submissão dos litígios emergentes da relação de emprego público também aos tribunais do trabalho. Veja-se, como exemplificativo desse trajecto, o contrato de trabalho em funções públicas ter deixado, com a LTFP, de ser expressamente qualificado pelo legislador como de direito administrativo, além do Anteprojecto da Lei Geral em Funções Públicas, até à sua penúltima versão, ter entregado aos tribunais do trabalho a resolução dos litígios emergentes da relação de emprego público – esta solução que em “boa hora” acabou por não se ter acolhimento legislativo, vai ao arrepio da solução por nós defendida, pois entendemos que os litígios emergentes da relação jurídica de emprego público devem manter-se na jurisdição dos tribunais administrativos e fiscais.

Apesar de tudo, dada a existência da reserva de lei formal, por determinação constitucional, os aspectos essenciais do regime do emprego público continuam a ser unilateralmente definidos. Sendo que os elementos estruturantes quer da constituição, quer do desenvolvimento, quer da

¹⁴⁶⁴ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 4.º, pág. 95.

¹⁴⁶⁵ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 4.º, pág. 95.

extinção da relação de emprego público são ainda fixados unilateralmente por uma lei de Direito Público, *maxime* de Direito Administrativo.

O artigo 3.º da LTFP, o qual prevê as bases do regime e âmbito vem dar cumprimento à previsão da alínea t) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP, tratando-se pois de matérias que reentram na reserva de competência legislativa relativa da Assembleia da República¹⁴⁶⁶.

Referem, a este propósito, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar que as matérias e normas qualificadas no artigo 3.º da LTFP correspondem às bases do regime do emprego público incluídas na reserva de lei formal da Assembleia da República. O que significa que a componente essencial do regime jurídico do emprego público continua a provir de uma fonte unilateral – a lei proveniente daquele órgão de soberania –, reforçada pela imposição constitucional de as leis de base só poderem ser objecto de desenvolvimento por parte do Governo, através de decreto-lei de desenvolvimento (nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 198.º da CRP). Mais: pode concluir-se da existência do artigo 3.º, da LTFP, que fixa as bases e âmbito do regime jurídico, que o essencial do regime jurídico (quer constituição, quer desenvolvimento, quer extinção) da relação de emprego público é fixado unilateralmente, mas também que pelas mesmas vias unilaterais pode ser alterado, livremente, e sem que o trabalhador público possa opor a essa alteração um conjunto significativo de direitos adquiridos¹⁴⁶⁷.

Assim, se atendermos ao conteúdo do disposto na norma inserta no artigo 3.º da LTFP, a qual determina as bases do regime e âmbito as quais são definidoras do regime e âmbito do vínculo de emprego público, iremos concluir que estamos perante uma relação distinta e específica da relação de emprego privado que justifica para todos os trabalhadores públicos um regime jurídico distinto do existente para o emprego privado. É que muitos dos conteúdos que compõem as bases e âmbito do regime correspondem a especificidades da relação de emprego público, que tal como vimos no *Capítulo II da Parte I* desta dissertação, decorrem quase todas elas da Constituição da República Portuguesa. Com efeito, percorrendo o artigo 3.º da LTFP encontramos, designadamente, normas que respeitam às garantias de impar-

¹⁴⁶⁶ Miguel Lucas Pires, *Lei geral do Trabalho em Funções Públicas, anotada e comentada*, 2.ª edição, 2016, Almedina, Coimbra.

¹⁴⁶⁷ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 2.º da Lei n.º 35/2014 que aprovou a LTFP, pág. 12.

cialidade que são próprias de uma relação de emprego público, por imposição de princípios constitucionais (cfr. alínea d) do artigo 3.º da LTFP e artigos 266.º e 269.º ambos da CRP); normas referentes a um procedimento concursal que tem de ser necessariamente público como decorre da Lei Fundamental (cfr. alínea d) do artigo 3.º da LTFP e n.º 2 do artigo 47.º da CRP); preceitos que respeitam aos direitos, deveres e garantias do trabalhador mas também aos direitos, deveres e garantias do empregador (alínea d) do artigo 3.º da LTFP), que pelo facto de ser público transforma esta relação numa relação distinta da relação de emprego privado, uma vez que ao contrário desta, naquela não há relação de paridade entre as partes, mas antes uma relação de superioridade do empregador público devido ao interesse (público) que este prossegue em relação ao trabalhador, estando assim em causa uma estrutura relacional específica, distinta e mais exigente do que a existente tipicamente na relação de emprego privado; mas também normas respeitantes à própria estruturação das carreiras (alínea f) do artigo 3.º da LTFP); e aos princípios gerais relativos às remunerações (alínea h) do artigo 3.º da LTFP); disposições quanto ao exercício do poder disciplinar (alínea i) do artigo 3.º da LTFP); passando por normas referentes tanto à reafecção como à requalificação dos trabalhadores (alínea j) do artigo 3.º da LTFP); até a normas relativas à extinção do vínculo (alínea k) do artigo 3.º da LTFP).

Ora, todas estas normas elencadas no artigo 3.º têm em comum o facto de serem características e próprias de uma relação de emprego público, distinta e específica face à relação de emprego privado, na qual se prossegue como fim último o da realização e/ou prossecução do interesse público.

Deste modo, o breve incurso que vimos de fazer ao artigo 3.º da LTFP, o qual prevê as bases do regime do emprego público, permite-nos concluir que a prossecução do interesse público justifica a existência de um regime jurídico próprio e distinto do regime laboral privado, específico para todos os trabalhadores da Administração Pública independentemente do tipo de funções que exerçam.

Do exposto, pode concluir-se que no artigo 3.º da LTFP estão em causa matérias desde sempre consideradas de natureza jus-administrativa¹⁴⁶⁸. Tratam-se, pois, de matérias incluídas na reserva de lei

¹⁴⁶⁸ Neste sentido nos parece ir Cláudia Viana ao referir que “a relação jurídica de emprego público é constituída por um “denominador comum”, de inquestionável natureza jus-adminis-

formal da Assembleia da República, que por imposição constitucional, integram as bases do regime do emprego público, e como tal sujeitas à regulação por uma fonte unilateral de direito público. Pelo que, os aspectos essenciais do regime jurídico do emprego público continuam a ser dados pelo Direito Administrativo¹⁴⁶⁹. Ou seja, na lei ordinária em vigor é ainda possível desvelar, pelo menos, uma dimensão estatutária no regime do emprego público.

Isto ainda que, como vimos¹⁴⁷⁰, o regime jurídico do emprego público actual apresente não somente uma, mas claramente duas dimensões estatutárias, e uma dimensão de direito laboral privado.

Assim, face aos dados juspositivos em vigor, no regime do emprego público é possível destrinçar, pelo menos, três distintos pilares: o *primeiro pilar* é constituído pelos princípios estruturantes da *função pública*, os quais, mais do que de Direito Administrativo, são de verdadeiro Direito Constitucional (decorrendo dos mesmos princípios segundo advogamos a tal citada *garantia institucional da função pública*); o referido *segundo pilar*, que existe por imposição constitucional, pois a Constituição ao estabelecer uma reserva de lei formal que exige que o *regime e âmbito da função pública* seja fixado unilateralmente por uma lei da Assembleia da República, garante que parte essencial do regime continue a ser dado pelo direito público, *maxime* pelo direito administrativo; e o *terceiro e último pilar*, constituído pela aplicação subsidiária do Código do Trabalho, e respectiva legislação complementar, ainda que as necessárias adaptações, por remissão da LTFP, nos termos, do seu artigo 4.º – sem prejuízo, contudo, da Lei Geral em Função Pública dispor sobre outros aspectos que não só as bases do regime, ori-

trativa aplicável a todos os trabalhadores ao serviço da Administração Pública, independentemente do título constitutivo da respectiva relação jurídica, que abrange: o estatuto disciplinar; um corpo comum de impedimentos e incompatibilidades, sem prejuízo das especificidades ditadas pela modalidade do vínculo ou justificadas pelas particularidades de algumas carreiras; o reconhecimento dos direitos do trabalhador”; também, prossegue a autora citada, “*a previsão de um procedimento de recrutamento e selecção transparente e objectivo; uma tabela remuneratória única; e a inderrogabilidade, pela via da negociação colectiva, dos princípios gerais que regem o emprego público*”, cfr. Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho em Funções Públicas”, cit., pág. 294.

¹⁴⁶⁹ Devido à profundidade das alterações introduzidas, há já quem refira que a clássica relação de emprego público “morreu”, pelo menos no que respeita aos aspectos essenciais do seu regime. Por tudo isto, tal como já referimos, deve adoptar-se uma nova terminologia jurídica: *o Direito da Função Pública deve ser substituído pelo Direito Administrativo do Emprego Público*, cfr. Licínio Lopes, “O contrato de prestação de serviços na Lei 12-A/2008”, cit., pág. 17.

¹⁴⁷⁰ Cfr. *Capítulo II, da Parte I*, desta dissertação para o qual remetemos.

ginando que consagre soluções legislativas umas mais próximas de um regime publicizado e outras mais próximas de um regime privatizado.

Do exposto decorre que o regime do emprego público é ainda composto claramente por duas dimensões estatutárias, pois além daquele regime resultar dos princípios estruturantes claramente de Direito Constitucional, continua a ser no que respeita aos seus traços essenciais marcadamente de Direito Administrativo. Pelo que, por um lado, enquanto subsistir o Direito Administrativo como regime prevalente da relação de emprego público, não consideramos que tenha ocorrido ainda (embora esteja em vias de ocorrer) uma completa descharacterização da garantia que deriva da Constituição: a *garantia institucional de função pública*.

Por outro lado, quanto à aplicação subsidiária do Código do Trabalho actualmente existente por remissão da LTFP, entendemos que nem deveria existir, devido às especificidades da relação de emprego público, o que irá certamente acarretar problemas de interpretação e aplicação do Código do Trabalho quando for de aplicar, a título subsidiário, à relação de emprego público. Por tudo isto, diga-se que entendemos que o *regime da função pública* deve continuar a ser de direito administrativo, e os litígios emergentes da relação jurídica de emprego público devem manter-se na jurisdição dos tribunais administrativos e fiscais.

6. Dualidade de regimes legais no âmbito do emprego público: um regime mais publicizado (o da nomeação), e um mais privatizado (o do contrato)

Com rigor, como referimos *supra*, além daquele *edifício jurídico* enquadrável em duas diferentes dimensões: duas claramente estatutárias e uma de direito laboral privado, é possível ainda perante a lei ordinária em vigor divisar dois diferentes subsistemas de normas, ou dois diferentes regimes jurídicos: um mais publicizado, e um mais privatizado.

Pois, a LTFP além de contemplar as bases do regime — e de garantir assim que nos seus traços essenciais o regime jurídico de emprego público é ainda de direito administrativo —, dispõe ainda sobre outros aspectos da relação de emprego público noutros dos seus preceitos, que também compõem o regime jurídico atual do emprego público. Analisando mais em pormenor as soluções legislativas previstas naquela lei ordinária será possível, segundo cremos, divisar dois dife-

rentes subsistemas de normas ou dois diferentes regimes jurídicos do emprego público português: um *regime mais publicizado*: o subsistema de normas aplicável à *nomeação* – mais perto do tradicional regime estatutário – ; e um *regime mais privatizado*, o regime que visa disciplinar o *contrato de trabalho em funções públicas* – mais próximo do direito laboral comum. Pelo que, actualmente não se pode afirmar que exista um regime legal de emprego público unitário e uniforme.

Tendo sido no âmbito deste contrato de trabalho em funções públicas que o legislador mais fomentou o fenómeno da *privatização do emprego público*, no sentido por nós adoptado *supra* para efeitos de investigação¹⁴⁷¹ – ou seja, no sentido da substituição do regime de direito administrativo pelo regime laboral privado como regime disciplinador do emprego público. A recente reforma do emprego público português aproxima-se, neste ponto, à reforma do emprego público italiano, ou seja, o regime do contrato de trabalho em funções públicas identifica-se, sem prejuízo das especificidades próprias deste, nalguns pontos com o do regime laboral comum. Mais: o legislador ao generalizar um vínculo proveniente do emprego privado – o contrato de trabalho em funções públicas – que arrasta consigo um conjunto de instrumentos, institutos e regime, em tudo próximos do regime laboral privado, vem alastrar um regime no seio das relações de emprego da Administração em tudo próximo ao regime laboral privado, podendo tal opção, no limite, suscitar eventuais dúvidas quanto à sua conformidade com a imposição constitucional de um regime específico e distinto para a *função pública*¹⁴⁷². Relembre-se que, cremos, não está comprovado que a via mais adequada para devolver a eficiência e eficácia ao emprego público seja a do recurso ao direito laboral comum, e parece-nos que por detrás deste fenómeno da *privatização do emprego público* que tanto tem encantado o legislador, estão acima de tudo opções políticas, opções estas que têm vindo a seguir uma *moda* ou *febre*, sobretudo europeia, da privatização do emprego público, tal como, *v.g.*, a do ordenamento jurídico italiano. Além de que está ainda por comprovar que o Direito Laboral Privado resolva os problemas da ineficiência e ineficácia apontados à Administração Pública e à *função*

¹⁴⁷¹ Cfr. *Capítulo I*, da *Parte II*, desta dissertação.

¹⁴⁷² Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação ao artigo 9.º, pág. 50.

pública. Pelo que, pensamos que a solução destes problemas da falta de eficiência e eficácia do emprego público ainda se conseguirá encontrar dentro de uma disciplina de Direito Administrativo, sendo no entanto, necessário introduzir algumas alterações/actualizações, que veremos *infra*, no *estatuto da função pública* que permitam torná-lo mais flexível, mais actual, e, conseqüentemente mais eficaz e eficiente¹⁴⁷³.

Por sua vez, o critério ao qual parece ter recorrido o legislador para determinar quem são os trabalhadores da Administração que ficam sujeitos ao regime da nomeação, ou os que se submetem ao regime do contrato de trabalho em funções públicas, parece ficar dependente da natureza das funções exercidas pelos trabalhadores da Administração Pública, sendo nomeados os que exercem funções de autoridade e/ou soberania, e contratado os que exercem funções de carácter predominantemente técnicas. Contudo, como o legislador se limitou a enunciar (de forma taxativa¹⁴⁷⁴) as áreas funcionais onde se inserem as carreiras cujo provimento se fará por nomeação, relegando todas as demais para o regime do contrato de trabalho em funções públicas¹⁴⁷⁵, não tendo já optado por enunciar as carreiras que serão objecto de nomeação¹⁴⁷⁶, não se pode dizer que o legislador tenha escolhido expressamente o critério genérico do dualismo entre funções de autoridade e funções técnicas. Na verdade, entendemos que este critério de distinção que o legislador parece ter escolhido se deslinda sem dificuldades de uma análise sistemática do artigo 7.º, e o artigo 8.º da LTFP. Do primeiro preceito decorre que são contratados todos os trabalhadores que não devam ser nomeados, do segundo decorre que serão nomeados os trabalhadores que exercem funções nas áreas funcionais no previstas no artigo 8.º da LTFP, sendo que todas estas áreas funcionais se prendem com o exercício de funções de autoridade e/

¹⁴⁷³ Neste sentido, também já ia, em 2004, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 405 e sgs.

¹⁴⁷⁴ Sobre esta questão refere que “*não obstante a enumeração constante das diversas alíneas ter uma natureza taxativa, tal não significa que os diplomas que regulem as diversas carreiras especiais do funcionalismo público não possam prever o regime de nomeação para o exercício de outras atribuições, competências ou actividades*”, vide Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 8.º, pág. 111.

¹⁴⁷⁵ Lino Ribeiro, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, cit., pág. 238.

¹⁴⁷⁶ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação artigo 11.º, pág. 57.

ou soberania. Não causa grande dúvida a conclusão de que o legislador ordinário pretendeu erigir como critério de distinção entre o regime da nomeação e o regime do contrato a natureza das funções exercidas pelos trabalhadores: para as funções de autoridade a nomeação, para as funções técnicas o contrato de trabalho em funções públicas¹⁴⁷⁷. Pelo que, nos parece correcto afirmar que “*a nomeação é restrita às carreiras que envolvem o exercício de funções predominantemente não técnicas, que contêm com o potestas estadual e que tradicionalmente integram o que apelidámos de núcleo duro da Função Pública*”¹⁴⁷⁸.

Assim, aceitando que o critério adoptado pelo legislador foi o da natureza das funções, pode afirmar-se que desde a entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, existe uma divisão das funções públicas em dois blocos, o bloco das funções de autoridade e/ ou soberania e o bloco das funções de carácter eminentemente técnico, reservando-se ao primeiro a nomeação, e ao segundo contrato de trabalho em funções públicas – sendo que o pessoal nomeado existirá em muito menor número agora do que os contratados em funções públicas. Esta divisão entre pessoal que exerce funções de autoridade e soberania e o pessoal de carácter técnico-administrativo parece ter por base o princípio da livre circulação de trabalhadores estrangeiros quer no espaço nacional (cfr. n.º 2 do artigo 15.º, n.º 2 da CRP), quer no espaço europeu (cfr. n.ºs 3 e 4 do artigo 39.º, do Tratado da União Europeia)¹⁴⁷⁹, pretendendo-

¹⁴⁷⁷ Neste sentido, referem Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar que “o legislador não enunciou as carreiras que podem ser objecto de nomeação, antes tendo optado por enunciar as áreas funcionais onde se podem inserir as carreiras cujo provimento se fará através de nomeação, o que significa que é o conteúdo funcional da carreira que determina se o trabalhador deve ser provido por nomeação e não tanto o facto de se trabalhar num serviço que integre alguma das áreas funcionais referidas no presente artigo”, cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 8.º, pág. 110. Prosseguem os mesmos autores “[e]xplicitando, diremos que não é pelo facto de se ir trabalhar para um organismo público que tenha por atribuição alguma das áreas funcionais aqui referidas que o trabalhador será necessariamente provido de um regime de nomeação, nada justificando que um assistente técnico seja nomeado (e não contratado) só pelo facto de ir exercer as suas funções, por exemplo, num órgão inspectivo, quando as funções interentes à sua categoria apenas envolvam uma actividade meramente administrativa e não impliquem o exercício de qualquer função inspectiva”, cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 8.º, pág. 110.

¹⁴⁷⁸ Cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 8.º, pág. 110.

¹⁴⁷⁹ Neste sentido, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa, “A Reforma do Emprego Público em Portugal”, cit., pág. 237 e 241.

do tal critério excluir os estrangeiros do exercício de funções públicas que incluam o exercício de poderes público, ou, dito de outro modo, pretende excluir “o exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico” por estrangeiros (cf. n.º 2, do artigo 15.º da CRP). Se este critério genérico do dualismo entre funções de autoridade e funções técnicas, como se encontra constitucionalmente previsto, é correcto e adequado para efeitos de assegurar a livre circulação dos trabalhadores, quer no direito nacional quer no direito europeu, já não nos parece, porém, que seja um adequado critério para delimitar a sujeição dos trabalhadores a um regime mais estatutário (o da nomeação) ou a um regime mais próximo do laboral comum (o do contrato de trabalho em funções públicas), uma vez que, para nós, a generalidade dos trabalhadores deve encontrar-se sujeita ao regime o mais publicizado possível.

Relembre-se que a adopção deste critério de distinção entre funções de autoridade e funções técnicas para efeitos de sujeição dos funcionários da Administração a um regime estatutário e os restantes ao do regime laboral comum, está longe de ser exclusivo, ou pioneiro, do ordenamento jurídico português, antes pelo contrário, este critério tem vindo a ser adoptado em vários ordenamentos jurídicos europeus, os quais parecem ter influenciado as recentes reformas do regime do emprego público português, de entre os quais destacamos o regime do direito italiano, num sistema que se aproxima do consagrado na actual lei ordinária portuguesa¹⁴⁸⁰.

Decorre do exposto que não recebe o nosso voto, nem o nosso aplauso, esta opção do legislador da divisão entre funções de autoridade e funções técnicas para efeitos de determinar a aplicação de um regime mais publicizado para alguns trabalhadores e um regime mais privatizado a outros. Desde logo, porque esta opção, e/ou este critério, não encontra, para esses fins, suporte e/ou consagração constitucional expressa. Relembre-se que defendemos resultar da Constituição a imposição de um regime específico e distinto, de direito público, para a generalidade de trabalhadores, não se distinguindo, para efeito de determinar a aplicação ou não desse regime específico, em lugar algum do texto constitucional, entre funções de autoridade e funções técnicas.

¹⁴⁸⁰ Neste sentido, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa, “A Reforma do Emprego Público em Portugal”, cit., pág. 230.

Bem pelo contrário, em nossa opinião, aquela lei fundamental delimita a *função pública* com recurso à figura dos *funcionários* e *agentes* (classe particular de trabalhadores prevista na Constituição e eliminada ao que aparece por via legislativa, pois desde a Lei n.º 12-A/2008 que o legislador deixa de fazer referência quer a funcionários quer a agentes e unifica os trabalhadores públicos no conceito amplo de trabalhadores¹⁴⁸¹), os quais estão sujeitos ao tal regime específico e distinto de direito público.

Para além de que, lembre-se, tal tentativa de distinção, bem como a sua refutação, não são recentes, referimo-nos à “há muito refutada distinção entre actos de autoridade e de gestão, de modo a que só o exercício das funções de soberania constituiria um obstáculo à possibilidade do legislador optar por uma disciplina dada pelo Direito Laboral”¹⁴⁸²⁻¹⁴⁸³. Ora, desde aquela refutada distinção que sempre se apontaram limites a este critério, nomeadamente, o facto de existirem

¹⁴⁸¹ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 7.º, pág. 107.

¹⁴⁸² Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 397.

¹⁴⁸³ A natureza das funções exercidas pelos funcionários da Administração Pública já há muito havia originado a defesa por alguma doutrina da distinção entre *funcionários de autoridade* e *funcionários de gestão* e, a correspondente, sujeição destes dois tipos de funcionários a diferentes regimes jurídicos. Assim, Berthélemy, seguido por Nézard, defende esta distinção e atribui-lhe as mais importantes consequências (cfr. H. Berthélemy, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 11.ª ed., 1926, pág. 56 e sgs., e Henry Nézard, *Théorie juridique de la fonction publique*, L. Larose, Paris, 1901, pág. 451 e sgs.). Esta teoria defendendo que enquanto os *funcionários de autoridade* participam no exercício da soberania e autoridade, já os *funcionários de gestão* exercem somente funções de gestão, não detêm pois nenhuma parcela do poder público, considera que os primeiros se encontram numa situação legal e regulamentar de direito público, enquanto os segundos numa situação contratual de direito privado. No entanto, esta distinção foi logo repelida por diversos autores, desde Fezàs Vital, o qual, citando Larnaude, ensina que quando se pretende fazer a teoria da *função pública*, qualquer que ela seja, não é pelo prisma da função privada que devemos olhar, pois, a *função pública* difere profundamente, mesmo quando não comporta o direito de mandar, da profissão privada (cfr. Fezàs Vital, *A situação dos funcionários*, cit., págs. 92), passando por Gaston Jéze, que defende que quem pretender que a natureza dos actos praticados por um indivíduo possa influenciar o regime jurídico a que esteja vinculado é esquecer a noção de serviço público (cfr. Gaston Jéze, *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, traducción de la segunda edición francesa revisada y aumentada considerablemente y prólogo de Carlos García Oviedo, Madrid, 1928, pág. 443), a Léon Duguit, que refuta tal distinção por entender que, apesar de os actos ditos de gestão serem contratuais e os actos de autoridade serem unilaterais, a relação que nasce de uns e de outros é idêntica (cfr. Léon Duguit, *L'État, Les Gouvernants e Les Agents*, cit., pág. 403).

funcionários que praticam actos de ambas as espécies¹⁴⁸⁴ – *v.g.*, um militar da Guarda Nacional Republicana que, por regra, pratica actos de autoridade, exerce um acto de carácter técnico quando se senta à secretaria para fazer o “croqui” de um acidente, ou quando dá uma acção de formação cívica; do mesmo modo um professor universitário do ensino público que exerce funções técnicas, pratica actos de autoridade nos exames de avaliação¹⁴⁸⁵. Por sua vez, tal distinção recebe também críticas de autores como Silvia del Saz, a qual defende, por um lado, ao pretender limitar o regime “funcionarial” àqueles postos que envolvam o exercício de prerrogativas do poder público, além de conduzir a um classismo e aristocratismo “funcionarial”, pode vir a desembocar na extinção da espécie dos funcionários públicos dado que cada vez mais é ao nível político que se situa a tomada das decisões; por outro lado, esta tese arrasta a desvantagem de tentar separar algo incindível como funções públicas *stricto sensu* e outras funções instrumentais, mas indispensáveis para o exercício das anteriores¹⁴⁸⁶. Quando a nós reforçamos e relembramos o que defendemos: que o regime jurídico do emprego público de direito público deve disciplinar, por imposição constitucional, a generalidade das relações de emprego público de direito público (quer as relacionadas com o exercício de funções de autoridade quer as de funções técnicas). Mais, a Constituição não distingue entre funções de autoridade e funções de carácter técnico para efeitos de determinar que apenas o exercício das primeiras fique sujeito a um regime jus-publicista, bem pelo contrário, segundo cremos, dela deriva a imposição de um regime de direito público para a generalidade dos trabalhadores públicos.

Questão diversa é de saber se a Constituição distingue entre trabalhadores nomeados ou contratados e se dela resulta que é obrigatório que todos fiquem sujeitos ao vínculo da nomeação. Pois bem, entendemos que se é para nós certo que resulta daquela lei fundamental um regime especial de direito público para a generalidade dos trabalhadores da Administração Pública, já nada impede que venham, de futuro, todos os trabalhadores públicos a ser todos contratados, (ou nomeados), uma vez que a Constituição “não distingue entre agentes nomeados ou

¹⁴⁸⁴ Martinho Nobre de Melo, *O estado dos funcionários: estatuto legal*, cit., pág. 26.

¹⁴⁸⁵ Neste sentido parecem ir Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada*, Vol. I, cit., anotação ao artigo 15.º, pág. 358.

¹⁴⁸⁶ Cfr. Silvia Del Saz, “La laboralización de la Función pública”, cit., pág. 150.

contratados”¹⁴⁸⁷, não exigindo pois que sejam todos nomeados, ou contratados¹⁴⁸⁸. É que, em nossa opinião, o importante não é se o acto que insere o trabalhador no seio do emprego público e da Administração Pública, ou que constitui a relação de emprego público, é unilateral (nomeação) ou bilateral (contrato de trabalho em funções públicas), mas sim que o regime a que fiquem sujeitos os trabalhadores seja um regime específico e distinto do emprego privado¹⁴⁸⁹¹⁴⁹⁰. Defendemos também que o regime deste contrato de trabalho (mesmo que venham no futuro a abarcar todos os trabalhadores da Administração, inclusive os actuais nomeados) deve apresentar nos mesmos termos defendidos pelo Conseil d’État Francês, no Acórdão Winkell de 7 de Agosto de 1909, onde afirmou que entre o funcionário e a Administração existe um contrato de direito público, distinto dos contratos de direito privado, no qual: as partes não se apresentam no mesmo plano, uma vez que o Estado quem fixa unilateralmente, as cláusulas do contrato, os direitos e obrigações do funcionário; reservando aquele também a possibilidade de alterar unilateralmente a relação; e pode suprimir

¹⁴⁸⁷ Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa, “A Reforma do Emprego Público em Portugal”, cit., pág. 215.

¹⁴⁸⁸ Num sentido próximo, parecem ir, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar ao referirem “a Constituição não impõe que o regime da nomeação tenha que ser o regime maioritário na função pública nem impede que este seja dado pelo contrato – desde que seja um regime diferenciado do regime dos demais trabalhadores”, cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 7.º, pág. 107.

¹⁴⁸⁹ Neste sentido parece ir Léon Duguit, o qual refuta tal distinção por entender que, apesar de os actos ditos de gestão serem contratuais e os actos de autoridade serem unilaterais, a relação que nasce de uns e de outros é idêntica, cfr. Léon Duguit, *L’État, Les Gouvernants e Les Agents*, cit., pág. 403.

¹⁴⁹⁰ Pelo que, segundo cremos, não nos parece muito coerente nem procedente o argumento de que a privatização do vínculo (com o recurso ao contrato de trabalho) possa vir a facilitar a livre circulação dos trabalhadores da União Europeia, uma vez que todos os trabalhadores para virem a ser admitidos na *função pública portuguesa*, quer seja com um vínculo de contrato de trabalho quer seja com um vínculo de nomeação, passam por um, em tudo similar, procedimento concursal público, pelo que, serem providos através de acto ou contrato em nada parece facilitar o cumprimento da livre circulação de trabalhadores no espaço da União. Argumento exposto em Ana Fernanda Neves, “O posto de trabalho e a mobilidade concorrencial como instrumentos jurídicos de tutela dos direitos dos trabalhadores públicos”, in *Trabalho em funções públicas em tempos de crise: que direito(s)?: Atas das I Jornadas de direito do emprego público*, (coordenadora Isabel Celeste M. Fonseca); coordenação executiva Jorge Braga. – [S.I.]: Sindicato dos Trabalhadores em Funções Públicas e Sociais do Norte, 2013, pág. 24.

o emprego¹⁴⁹¹, ou seja, o regime do contrato deve ser fixado unilateralmente, e, poderá ser livre e unilateralmente alterado pela lei, bem como pela Administração, ainda que estas devam, sempre que possível, salvaguardar os direitos adquiridos dos trabalhadores¹⁴⁹².

Como vimos, apesar de não concordarmos com a opção do legislador, de só submeter ao regime actualmente mais publicizado do emprego público aos que exercem funções de autoridade, por oposição ao regime dos restantes trabalhadores muito próximo do laboral privado, e também além de nos ser indiferente se o acto através do qual são providos os trabalhadores na relação de emprego público é bilateral ou unilateral (pois o que nos interessa é que a generalidade dos trabalhadores se encontre sujeito a um regime unilateralmente determinado de direito público e distinto do direito laboral comum), não podemos deixar de tecer alguns comentários a alguns problemas que, segundo cremos, incorporam matérias tradicionalmente consideradas específicas do regime da *função pública* derivam da forma como este critério, *que ao que parece assenta no exercício de funções de autoridade*, foi delineado e consagrado pelo legislador no artigo 8.º da LTFP.

Assim, como o legislador optou por apenas prever as áreas funcionais nas quais se inserem as carreiras cujo provimento se fará por nomeação, em vez de ter enunciado as carreiras que são objecto de nomeação, corre o risco de ter consagrado um critério demasiado restrito¹⁴⁹³, e incoerente¹⁴⁹⁴, susceptível de gerar discriminações injustificadas¹⁴⁹⁵ em trabalhadores que também exercem funções de autoridade,

¹⁴⁹¹ Cfr. Jacques Lafon, “Le contrat de Fonction Publique”, cit., pág. 659.

¹⁴⁹² Em sentido contrário parecem ir Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar ao referir “[a] constatação de se estar perante um contrato de adesão não significa, porém, que partilhemos da opinião daqueles que sustentam, na esteira do decidido pelo Conselho de Estado Francês (...), que o regime do contrato possa ser livre e unilateralmente modificado ou que não haja direitos adquiridos no universo do emprego público, uma vez que, em nossa opinião, a adesão a um determinado contrato não significa necessariamente que este possa ser modificado livremente por uma das partes contratantes ou que a outra parte não possa opor a tal modificação um direito já consolidado na sua esfera jurídica”, cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 7.º, pág. 108.

¹⁴⁹³ Neste sentido Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa, “A Reforma do Emprego Público em Portugal”, cit., pág. 238.

¹⁴⁹⁴ Licínio Lopes Martins, “A Relação de Emprego Público: Nótulas sobre as Principais Vicissitudes da sua Evolução Recente e (Algumas) Incoerências do Regime”, cit., pág. 253.

¹⁴⁹⁵ Lino Ribeiro, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, cit., pág. 238.

por determinação legal, muitas vezes até em áreas funcionais iguais ou similares àquelas que se encontram previstas naquele preceito, embora integrados noutras carreiras¹⁴⁹⁶. Pode considerar-se, assim, que existe, perante o direito positivo vigente, uma *incoerência conceptual*, no sentido em que, se a investidura em determinadas funções públicas exige o acto administrativo da nomeação, por, expressa ou implicitamente, pressuporem o exercício de poderes de autoridade ou soberania, contudo existem outras, que apesar de implicarem o exercício de poderes semelhantes, têm por título constitutivo o contrato de trabalho em funções públicas, ou mesmo até, de forma mais difícil de compreender, o do contrato individual de trabalho¹⁴⁹⁷. O que constitui, segundo cremos, casos de discriminações injustificadas¹⁴⁹⁸: de forma evidente, a dos trabalhadores dos impostos que exercem funções próprias de investigação e de inspecção sujeitos actualmente ao vínculo do contrato de trabalho em funções públicas; porventura de forma menos evidente, a dos agentes da polícia municipal; e, numa solução (legislativa) que nos parece de todo incompreensível, a dos trabalhadores das entidades reguladoras independentes que exercem funções de autoridade, os quais a lei entrega o contrato individual de trabalho, veremos melhor estas situações *infra*.

Desde logo, num caso que em este tipo de discriminação injustificada resulta quando a nós como evidente, está o pessoal da administração tributária que exerce funções próprias de investigação e de inspecção, duas das áreas funcionais mencionadas no anterior artigo 10.º da LVCR (e agora no artigo 8.º da LTFP), mas que, apesar desse facto, foi deixado de fora do âmbito do regime da nomeação¹⁴⁹⁹. Este pessoal perdeu, assim, o vínculo da nomeação, *ope legis*, transitando automaticamente para contrato de trabalho em funções públicas, com a entrada em vigor da LVCR. Recentemente o Supremo Tribunal Administrativo

¹⁴⁹⁶ Neste sentido, Lino Ribeiro, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, cit., pág. 238.

¹⁴⁹⁷ Neste sentido, Licínio Lopes Martins, “A Relação de Emprego Público: Nótulas sobre as Principais Vicissitudes da sua Evolução Recente e (Algumas) Incoerências do Regime”, cit., pág. 253.

¹⁴⁹⁸ No entanto, note-se que não pretendemos aqui fazer uma enumeração exaustiva de todos os casos em que têm ocorridos estas discriminações injustificadas, mas apenas ilustrar algumas das carreiras em concreto em que aquelas, a nosso ver, tiveram lugar.

¹⁴⁹⁹ Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa, “A Reforma do Emprego Público em Portugal”, cit., pág. 238.

foi chamado a pronunciar-se quanto à questão de saber se este pessoal da administração tributária devia manter ou não o vínculo da nomeação. O Pleno daquele tribunal decidiu, no Acórdão n.º 0375/09, de 15 de Setembro de 2011, que aqueles trabalhadores da administração tributária não deveriam manter aquele vínculo porque os trabalhadores nomeados eram apenas aqueles que estivessem integrados em carreiras cuja criação ou existência se baseasse exclusiva ou predominantemente nas funções indicadas no artigo 10.º da LVCR, o que não era o caso daquele pessoal, cujas funções de investigação criminal e de inspecção eram tidas por aquele tribunal como meramente instrumentais ou residuais¹⁵⁰⁰. Deste modo, agora nas palavras daquele tribunal: “[o]s trabalhadores da DGCI integrados no grupo de pessoal de administração tributária, atenta a carreira em que estão integrados, não se encontram cobertos pela previsão normativa do art. 10º, als d) e f), da Lei nº 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, razão pela qual não lhes pode ser reconhecido o direito a manterem a relação jurídica de emprego público na modalidade de nomeação”. Prossegue aquele tribunal “[n]ão cremos, com efeito, que possa acolher-se uma interpretação da citada norma que inclua na respectiva previsão os funcionários que só por forma residual e instrumental exercitem funções de investigação criminal ou de inspecção, e cuja prestação funcional marcante e predominante, estatutariamente definida, está vocacionada e dirigida a outros objectivos e finalidades de interesse público, in casu, a «liquidação e arrecadação dos recursos fiscais necessários à satisfação das necessidades colectivas»”.

Em sentido contrário ao entendimento deste douto tribunal, defendemos que, uma vez que aqueles trabalhadores exercem funções próprias de investigação e autoridade, duas das áreas funcionais referidas no artigo 8.º da LTFP, por questões de equidade, imparcialidade e estabilidade, se justificava que estivessem munidos do vínculo com regime mais publicizado da nomeação¹⁵⁰¹.

Por outro lado, os agentes da polícia municipal (de forma menos evidente que no caso anterior), possivelmente por se entender que integram uma polícia administrativa que não constitui uma força de segurança, considerou-se que não eram passíveis de ser subsumidos,

¹⁵⁰⁰ Neste sentido, Lino Ribeiro, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, cit., pág. 238.

¹⁵⁰¹ Neste sentido, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa, “A Reforma do Emprego Público em Portugal”, cit., pág. 238.

de uma forma directa, em nenhuma das áreas funcionais prevista no artigo 8.º da LTFP, pelo que, foram transitando depois da entrada em vigor da LVCR (ou melhor, na sequência deste diploma, uma vez que o processo de transição foi de duração variável de município para município), do vínculo da nomeação para o do contrato de trabalho em funções públicas. Ainda assim entendemos que os agentes das polícias municipais devido ao facto de exercerem, por expressa determinação legal, e portanto de forma inequívoca, funções de autoridade (*v.g.*, funções de fiscalização, vigilância, elaboração de autos de contraordenação, *cfr.*, artigos 1.º, 3.º e 4.º da Lei n.º 19/2004, de 20 de Maio, que aprovou a revisão da lei quadro que define o regime e forma de criação das polícias municipais – doravante Lei da Polícia Municipal)¹⁵⁰², poderiam encontrar-se sujeitos ao regime mais publicizado da nomeação. Comece por referir-se que as polícias municipais¹⁵⁰³ são serviços municipais especialmente vocacionados para o exercício de funções de polícia administrativa, com as competências, poderes de autoridade e inserção hierárquica definidos na Lei n.º 19/2004 (*cfr.* n.º 1, do artigo 1.º)¹⁵⁰⁴. Depois apesar das polícias municipais não serem nem forças de segurança, nem órgãos de polícia criminal¹⁵⁰⁵, cooperam com estas na

¹⁵⁰² Para uma análise mais pormenorizada das funções (e poderes) que exercem os agentes da polícia municipal, *vide* Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 28/2008, de 12 de Agosto de 2008. Também para mais desenvolvimentos, *vide* Catarina Sarmiento e Castro, *A questão das Polícias Municipais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, e da mesma autora, Catarina Sarmiento e Castro, *Competências dos Serviços de Polícia Municipal: sentido e limites de actuação*, Centro de Estudos e Formação Autárquica, Coimbra, 2002.

¹⁵⁰³ Visou-se com a concretização da previsão constitucional de criação das polícias municipais, como se estabelece na exposição dos motivos da respectiva proposta de lei (Proposta de Lei n.º 222/VII, que estabelece a forma de criação das polícias municipais, publicada no Diário da Assembleia da República, II série A, n.º 24, de 17 de Dezembro de 1998), criar “um «policiamento de proximidade», incrementando-se «a relação de proximidade entre o agente e o cidadão», por forma a que se «aumente o sentimento de segurança», *cfr.*, Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 28/2008, de 12 de Agosto de 2008. Para uma análise da lista nacional de municípios com o serviço de polícia municipal consulte-se página electrónica do Sindicato Nacional das Polícias Municipais, disponível em <http://www.snpm.pt/municipios.html>. Consultado a 17/10/2015.

¹⁵⁰⁴ Veja-se também o Decreto-Lei n.º 239/2009 de 16 de Setembro, que estabelece os direitos e os deveres dos agentes de polícia municipal, assim como as condições e o modo de exercício das respectivas funções, regulamentando a Lei n.º 19/2004, de 20 de Maio; e o Decreto-Lei n.º 197/2008, de 07 de Outubro, o qual também regulamentava a Lei n.º 19/2004, de 20 de Maio, estabelecendo as regras a observar na deliberação da assembleia municipal que crie, para o respectivo município, a polícia municipal, e regulando, nesse âmbito, as relações entre a administração central e os municípios.

¹⁵⁰⁵ Neste sentido, o conhecido Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º

manutenção da tranquilidade pública e na protecção das comunidades locais¹⁵⁰⁶, por determinação constitucional (cfr. n.º 3, do artigo 237.º da CRP). Pelo que, apesar da polícia municipal não ser força de segurança, algumas das suas funções são similares às praticadas por forças de segurança pública¹⁵⁰⁷, pois cooperando na manutenção da tranquilidade pública e na protecção das comunidades locais, exercem, em cooperação com as forças de segurança, *funções de segurança pública* nos domínios contemplados no n.º 2 do artigo 3.º, e alínea d), do n.º 1, do artigo 4.º da Lei n.º 19/2004 – cabem nesta categoria a vigilância de espaços públicos ou abertos ao público, designadamente de áreas circundantes de escolas; bem como a vigilância nos transportes urbanos locais; a intervenção em programas destinados à acção das polícias junto das escolas ou de grupos específicos de cidadãos, também a guarda de edifícios e equipamentos públicos municipais, ou outros temporariamente à sua responsabilidade; bem como a adopção

28/2008, de 12 de Agosto de 2008, considera que as polícias municipais não as polícias municipais não constituem forças de segurança, nem são órgãos de polícia criminal, referindo aquele Parecer no ponto 4.ª “[a]s polícias municipais não constituem forças de segurança, estando-lhes vedado o exercício de competências próprias de órgãos de polícia criminal, excepto nas situações referidas no artigo 3.º, n.ºs 3 e 4, da Lei 19/2004”; o que aliás, já parecia resultar do n.º 5 do artigo 3.º da Lei n.º 19/2004 – também o Tribunal da Relação de Coimbra, no Acórdão n.º 1792/04.3 PBAVR.C1, 28 de Maio de 2008, reitera a ideia de que “os agentes das polícias municipais não integram as forças ou serviços de segurança”. Também, neste sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 165.º e 237.º, pág. 335, e 726, e Catarina Sarmento e Castro, *Competências dos Serviços de Polícia Municipal*, cit., pág. 74.

¹⁵⁰⁶ O n.º 3, do artigo 237.º, da CRP, o qual prevê que “as polícias municipais cooperam na manutenção da tranquilidade pública e na protecção das comunidades locais” foi aditada pela revisão constitucional de 1997 e deve articular-se com a alínea aa) do n.º 1 do artigo 65.º, em que se inclui na reserva relativa da Assembleia da República o regime e forma de criação das polícias municipais. A inserção deste preceito num artigo dedicado à descentralização administrativa, atribuição, organização das autarquias e competência dos órgãos, pretende salientar a relevância do poder municipal quanto à quantia da segurança e tranquilidade públicas e a protecção das comunidades locais. Cabendo naturalmente à assembleia municipal a deliberação de criação de serviços de polícia municipal bem como o respectivo regulamento e mapa de pessoal, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 237.º, pág. 726.

¹⁵⁰⁷ O acto de autoridade mais conhecido exercido tanto por agentes da polícia municipal como por agentes das forças de segurança será, porventura, a elaboração de um auto de contraordenação por violação de regras de trânsito.

das providências organizativas apropriadas aquando da realização de eventos na via pública que impliquem restrições à circulação¹⁵⁰⁸.

Por sua vez, como a polícia municipal não é órgão de polícia criminal é-lhe vedado o exercício de competências próprias destes órgãos (cfr. n.º 5 do artigo 3.º da Lei n.º 19/2004), excepto nas situações previstas nos n.ºs 3 e 4, do artigo 3.º, da Lei n.º 19/2004¹⁵⁰⁹ – cabe, *v.g.*, nesta situação excepcional, a identificação e revista dos suspeitos no local do cometimento de um ilícito criminal, quando os agentes de polícia municipal verifiquem directamente o cometimento do crime podem, bem como à sua imediata condução à autoridade judiciária ou ao órgão de polícia criminal competente; daqui decorrendo contudo que a identificação e revista de suspeitos, medidas cautelares de polícia, apenas podem ser adoptadas pelos órgãos de polícia municipal unicamente em situação de flagrante delito, com obrigação de imediata entrega às entidades competentes¹⁵¹⁰. O que não deixa, no entanto, quanto a nós, de ser sintomático dessa proximidade e similitude de funções dos agentes da polícia municipal com as das forças de segurança, o facto de se considerarem aptos para o exercício das competências das Polícias Municipais de Lisboa e Porto os agentes da Polícia de Segurança Pública¹⁵¹¹ que as formam depois de requisitados ao Director Nacional dessa força policial¹⁵¹².

Além do mais, e mesmo que assim não se entendesse, se o critério que o legislador elegeu foi o do exercício de funções de autori-

¹⁵⁰⁸ Cfr. Catarina Sarmiento e Castro, *Competências dos Serviços de Polícia Municipal*, cit., pág. 70.

¹⁵⁰⁹ Neste sentido, *vide* conclusões n. 3.º e n.º 4, do Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 28/2008, de 12 de Agosto.

¹⁵¹⁰ *Vide* conclusão n.º 5, do Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 28/2008, de 12 de Agosto. Também sobre as competências da polícia em matéria de segurança, *vide* Catarina Sarmiento e Castro, *Competências dos Serviços de Polícia Municipal*, cit., pág. 70-74.

¹⁵¹¹ O estatuto profissional do pessoal com funções policiais da Polícia de Segurança Pública (PSP), foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 243/2015 de 19 de outubro.

¹⁵¹² Ainda que só esse facto de actualmente (co)existirem dois tipos de polícia municipal: a polícia municipal formada por agentes da Polícia de Segurança Pública requisitados ao Director Nacional desta força policial – na Polícia Municipal de Lisboa e Porto, e a polícia municipal composta por agentes pertencentes às Câmaras Municipais, possa só por si violar o princípio da igualdade, com o tratamento diverso de situações idênticas, e gerar uma situação de discriminação injustificada. Pelo que, cremos que melhor seria se existisse apenas um único tipo de polícia municipal para todo o país, sujeito ao mesmo vínculo e regime.

dade para determinar a submissão desses trabalhadores ao regime da nomeação, parece-nos, uma vez que a lei lhes atribuiu expressamente, de forma inequívoca, funções de autoridade (constituídas quer pelas mencionadas funções semelhantes às forças de segurança, quer por outras funções de autoridade previstas na lei, *v.g.*, execução coerciva, nos termos da lei, dos actos administrativos das autoridades municipais, nos termos alínea c), n.º 1, do artigo 4.º, da Lei n.º 19/2004) que os agentes da polícia municipal poderiam perfeitamente ficar sujeitos ao regime e vínculo da nomeação¹⁵¹³. Assim, actualmente a generalidade das polícias municipais do país encontra-se sujeito ao contrato de trabalho em funções públicas, a partir de 1 de Janeiro de 2009, com a entrada em vigor da LVCR, tendo, como já vimos, o processo de transição apresentando uma duração variável de município para município, transitado do vínculo da nomeação para o contrato de trabalho em funções públicas (cfr. n.º 4, do artigo 88.º da LVCR¹⁵¹⁴) – com a excepção, como vimos, das Polícias Municipais de Lisboa e Porto que são formadas por agentes pertencentes à Polícia de Segurança Pública, requisitados ao Director Nacional daquela força policial¹⁵¹⁵.¹⁵¹⁶

Por fim, na opção (legislativa) que nos parece mais incompreensível temos o caso dos trabalhadores das entidades reguladoras inde-

¹⁵¹³ A Assembleia da República vem recomendar, nos termos do n.º 5 do artigo 166.º da Constituição, ao Governo, através da Resolução da Assembleia da República n.º 24/2011, de 17, de Fevereiro de 2011 (designada “*definição das funções, carreiras e condições de exercício dos agentes de polícia municipal*”), que este tome as iniciativas legislativas adequadas à definição de todas as questões relativas às funções, competências e condições de exercício dos agentes de polícia municipal que não mereceram regulamentação pelos Decretos-Leis n.ºs 197/2008, de 7 de Outubro, e 239/2009, de 16 de Setembro, nomeadamente (entre outras): “*a definição de um estatuto profissional dos agentes de polícia municipal, que defina, designadamente, as normas relativas às carreiras e remunerações dos agentes, e, bem assim, a definição rigorosa das respectivas funções, tendo em atenção as conclusões do parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 28/2008, de 12 de Agosto*”. Quiçá, seja esse momento, o da tomada destas iniciativas legislativas recomendadas pela Assembleia, o momento oportuno para o Governo levar em linha de conta, ou ponderar observações da natureza das que acabámos de apresentar *supra*, ou seja, atendendo às funções de autoridade exercidas por os agentes da polícia municipal, decida submetê-los ao vínculo e regime mais publicizado.

¹⁵¹⁴ Note-se que o artigo 88.º, da LVCR, não foi revogado pela alínea c), do n.º 1, do artigo 42.º da Lei n.º 35/2014, que aprovou a LTFP.

¹⁵¹⁵ O que acontece devido à Portaria do Ministério da Administração Interna n.º 462/86, de 23 de Agosto, a qual prevê que a PSP pode destacar pessoal com funções policiais, para a prestação de serviços a órgãos e entidades da Administração Central, Regional e Local (cfr. alínea b) do n.º 1 daquela Portaria).

¹⁵¹⁶ As polícias municipais tratam-se de serviços municipais integrados em diversos

pendentes¹⁵¹⁷, os quais se encontram, por opção do legislador, exclu-

municípios os quais pertencem à Administração Autónoma Territorial, e como tal encontram-se dotados de autonomia aos mais diversos níveis (*v.g.*, autonomia: jurídica, administrativa, normativa, financeira, estatutária, sancionatória, disciplinar interna e organizatória, e auto-governo), constituindo os agentes das polícias municipais, apesar de integrados num município, trabalhadores em funções públicas (neste sentido, n.º 1, do artigo 1.º, da LTFP). Para mais desenvolvimentos sobre a(s) autonomia(s) da administração autónoma, *vide* Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 73-74.

¹⁵¹⁷ As entidades reguladoras independentes tiveram a sua origem nos Estados Unidos da América. A emergência de movimentos privatizadores e a generalizada orientação de liberalização da economia que, desde a década de oitenta do século passado, caracterizaram a Europa, desde logo no âmbito da União Europeia – aliás num quadro de amplitude mundial com origem, como vimos, nos Estados Unidos da América –, tiveram como consequência uma importante alteração do papel do Estado neste domínio. Uma das manifestações mais visíveis deste novo papel do Estado traduziu-se na criação de entidades de regulação, essencialmente independentes do Governo, com finalidades específicas de regulação para garantir a constituição e o funcionamento de um verdadeiro mercado concorrencial. De facto, nas últimas décadas, tem estado a ocorrer uma verdadeira revolução no que respeita às relações do Estado com a economia e ao papel e sentido da regulação económica. Sendo dois os seus traços fundamentais. Por um lado, diminui o papel do Estado empresário e do Estado prestador directo de serviços públicos – é o que se apelida de “*desintervenção do Estado na economia*”, passando este a ser essencialmente regulador de uma economia crescentemente privatizada e submetida ao mercado. Por outro lado, na tradição da regulação norte-americana, as tarefas de regulação são cada vez mais confiadas a organismos mais ou menos separados do Governo, o que torna a regulação substancialmente independente da esfera política em sentido estrito, a este fenómeno costuma designar-se por “*desgovernamentalização da regulação*”. Deste modo, a regulação cabe cada vez mais a *autoridades reguladoras independentes*, sendo estas assim designadas justamente para sublinhar a sua autonomia em relação ao Governo, e à administração dele, directa ou indirectamente, dependente, *cfr.* Vital Moreira, e Fernanda Maçãs, *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 9-10. Em Portugal, o fenómeno da regulação independente iniciou-se verdadeiramente nos anos noventa do século XX, com a excepção do caso especial do Banco de Portugal, tendo começado com a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, em 1991. O fundamento da regulação reside na protecção do interesse público, embora estas entidades correspondam apenas a uma das formas possíveis de regulação. A partir de 1989, em parte devido à adesão de Portugal à União Europeia, foi realizada uma revisão constitucional no sentido de reforçar o papel da propriedade e da iniciativa privada. Esta abordagem marcou, entre nós, uma alteração radical da forma como se passou a fazer a regulação que começou a corresponder a uma intervenção indirecta do Estado na economia. Mas o que aconteceu essencialmente de forma devidamente sedimentada quando a partir dos anos noventa do século passado, começa a ser levada a cabo a progressiva privatização dos monopólios públicos, e em 1997, com uma nova revisão constitucional na qual a propriedade pública dos sectores básicos, que antes era a regra, passa a ser a excepção. Este novo contexto vem exigir que a regulação se reforçasse. Uma vez que um monopólio privado sem regulação poderia apresentar grandes perigos na perspectiva da defesa do interesse público. Esta nova forma de regulação passa, por consequência, a ser feita através de uma intervenção diferente do Estado, que deixa

dos do âmbito de aplicação da LTFP (cfr. alínea c), do n.º 1, do artigo 2.º), ficando estes trabalhadores sujeitos ao contrato individual de trabalho (cfr. n.º 1, do artigo 32.º, da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, que aprovou a Lei-Quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo – doravante, Lei-Quadro das Entidades Reguladoras). Tornando legítima a observação crítica que Licínio Lopes faz, a este propósito, que se a investidura no exercício de funções públicas que apele a elementos de autoridade deve ser feita através do acto de nomeação (cfr. artigo 8.º da LTFP), não se entende que outros trabalhadores da Administração com iguais poderes, e nalguns casos até possivelmente mais intensos, sejam “investidos” no exercício de tais funções públicas por contrato individual de trabalho¹⁵¹⁸, que é o que acontece com os trabalhadores destas entidades reguladoras. Começar por referir que as entidades reguladoras independentes são pessoas coletivas de direito público, com a natureza de entidades administrativas independentes, com atribuições em matéria de regulação da actividade económica, de defesa dos serviços de interesse geral, de protecção dos direitos e interesses dos consumidores e de promoção e defesa da concorrência dos setores privado, público, cooperativo e social (cfr. n.º 1, do artigo 3.º, da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras). Estas entidades reguladoras para poderem prosseguir as suas atribuições com independência, devem dispor de autonomia administrativa e financeira; de autonomia de gestão; possuir independência orgânica, funcional e técnica; possuir órgãos, serviços, pessoal e património próprio; ter pode-

tencialmente de intervir directamente na economia em regime de monopólio, passando a agir tendo em vista assegurar a concorrência no mercado. Este novo modelo de regulação assume várias formas, podendo ser levado a cabo através do Governo no domínio dos Ministérios, como através de organismos relativamente independentes, ou mesmo por intermédio de organismos reguladores independentes. Actualmente coexistem todos estes métodos, embora as entidades reguladoras independentes tenham vindo a assumir um protagonismo crescente, que foi numa fase inicial, potenciado pelo facto de, mesmo com as privatizações, o Estado ter continuado como accionista em certos sectores. O que implicou que, por ser parte interessada, prescindisse de regular directamente o sector, tendo necessidade de surgir as entidades reguladoras independentes, cfr. João Sérgio Ribeiro, “Entidades Reguladoras Independentes, uma forma de regulação ou de tributação?», IV Encontro de Professores de Direito Público, in *Scientia Iuridica*, Tomo LX, n.º 326, Maio/Agosto, 2011, pág. 239- 241, 257.

¹⁵¹⁸ Cfr. Licínio Lopes Martins, “A Relação de Emprego Público: Nótulas sobre as Principais Vicissitudes da sua Evolução Recente e (Algumas) Incoerências do Regime”, cit., pág. 253.

res de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infracções; e garantir a protecção dos direitos e interesses dos consumidores (cfr. n.º 2 do artigo 3.º, do mesmo diploma).

Pois bem, numa solução que nos parece de todo incompreensível, os trabalhadores destas entidades, como já referimos, encontram-se de sujeitos ao contrato individual de trabalho (cfr. n.º 1, do artigo 32.º), quando se justificava – uma vez que são, tal como os demais, são trabalhadores da Administração exercem funções públicas, de forma subordinada numa entidade empregadora pública, que integra a Administração Pública, e que prossegue o interesse público –, que todos os trabalhadores das entidades reguladoras estivessem submetidos ao regime jurídico dos trabalhadores que exercem funções públicas, mais: como estas entidades exercem de forma inequívoca importantes funções de autoridade, o que ocorre em várias vertentes, como, *v.g.*, de funções de inspecção, de fiscalização e sancionatórias¹⁵¹⁹ (cfr. n.º 3, do artigo 40.º, da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras¹⁵²⁰), os trabalhadores adstritos ao exercício deste tipo de funções nestas entidade¹⁵²¹ deveriam estar sujeitos ao regime mais publicizado da nomeação¹⁵²².

¹⁵¹⁹ Neste sentido, *v.g.*, Carlos Blanco de Morais, “O estatuto híbrido das entidades reguladoras da economia”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. IV – Direito Administrativo e Justiça Administrativa*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, pág. 210.

¹⁵²⁰ A título meramente exemplificativo, compete às entidades reguladoras no exercício dos seus poderes em matéria de inspecção e auditoria, de fiscalização e sancionatórios, designadamente: cobrar coimas (alínea f), n.º 3, do artigo 40.º da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras).

¹⁵²¹ Para mais desenvolvimentos sobre as entidades reguladoras independentes, *vide*, entre outros, Vital Moreira, e Fernanda Maçãs, *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003; João Sérgio Ribeiro, “Entidades Reguladoras Independentes, uma forma de regulação ou de tributação?», IV Encontro de Professores de Direito Público, in *Scientia Iuridica*, Tomo LX, n.º 326, Maio/Agosto, 2011, pág. 235-257; Carlos Pignatelli, “Breves reflexões em torno das “entidades reguladoras”, in *Revista do Tribunal de Contas*, n.º 45, Janeiro/Junho, Lisboa, 2006, pág. 51-77; Carlos Blanco de Morais, “O estatuto híbrido das entidades reguladoras da economia”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. IV – Direito Administrativo e Justiça Administrativa*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, pág. 183-217; e Pedro Gonçalves e Licínio Lopes, “Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes”, *cit.*, pág. 9-28.

¹⁵²² São excluídos âmbito de aplicação da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras o Banco de Portugal e à Entidade Reguladora para a Comunicação Social, que se regem por legislação própria (cfr. n.º 3, do artigo 2.º). Esta exclusão compreende-se, segundo Pedro Gonçalves e Licínio Lopes, no primeiro caso, por se tratar de uma entidade que ac-

Neste sentido defendem Pedro Gonçalves e Licínio Lopes “ [d]eve dizer-se que o regime excecional se compreende menos no caso dos trabalhadores das entidades reguladoras, que manifestamente, deveriam estar enquadradas no regime jurídico dos trabalhadores que exercem funções públicas. Mais: pelo menos alguns desses trabalhadores, estão incumbidos de tarefas com contornos claros de autoridade (v.g., funções inspetivas e de supervisão e até poderes policiais), o que poderia até justificar o regime mais publicizado do vínculo da nomeação”¹⁵²³. Até porque que estes trabalhadores das entidades reguladoras, mandatados pelas respectivas entidades para efectuar uma inspecção ou auditoria são equiparados a agentes de autoridade, nos termos do n.º 2 do artigo 42.º da Lei n.º 67/2013¹⁵²⁴.

Contudo, pensamos que situações de discriminações injustificadas, como as por nós *supra* enunciadas, poderiam ter sido evitadas, desde logo, caso o legislador ordinário não tivesse optado pelo critério que consagrou legislativamente. Ainda assim, tais discriminações injustificadas teriam sido evitadas, ou minimizadas, se o legislador tivesse optado por enunciar exaustivamente as carreiras que por envolverem o exercício de funções de autoridade e/ou soberania e que se encontram sujeitos ao regime da nomeação. Ou, já que tal não aconteceu, poderia “remediar-se o mal feito”, resolvendo tais discriminações injustificadas, se os diplomas que regulam em concreto cada uma destas carreiras que envolvem o exercício de prerrogativas de poder público, cumulativamente, as tivessem considerado como carreiras especiais, e submetido ao regime da nomeação.

Em todo o caso lembre-se que, segundo cremos, não se justifica, e não tem arrimo constitucional, a actual distinção entre trabalhadores em funções de autoridade ou trabalhadores em funções técnicas para efeitos da determinação de diferentes regimes a aplicar.

tualmente se encontra directa, e primariamente, sujeita ao direito europeu, e, no segundo caso, por gozar de um regime constitucional específico em função da matéria objecto de regulação, conforme resulta do artigo 39.º da CRP (v.g., os meios de comunicação social, as liberdades de imprensa e de informação), cfr. Pedro Gonçalves e Licínio Lopes, “Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes”, cit., pág. 12.

¹⁵²³ Pedro Gonçalves e Licínio Lopes, “Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes”, cit., pág. 23, nota n.º 21.

¹⁵²⁴ Licínio Lopes Martins, “A Relação de Emprego Público: Nótulas sobre as Principais Vicissitudes da sua Evolução Recente e (Algumas) Incoerências do Regime”, cit., pág. 253.

7. A defesa de um regime unitário e uniforme, tanto quanto possível, para o emprego público

Do que temos vindo a expor resulta que o regime (constitucional e legal) de emprego público deveria ser, segundo cremos, constituído, para além dos princípios materiais informadores da *função pública* que não são de natureza puramente administrativa, mas sim de autêntico Direito Constitucional¹⁵²⁵, por um regime jurídico, o mais unitário e uniforme possível (o que perante a lei ordinária em vigor não acontece) dentro dos quadros do direito administrativo para a generalidade dos trabalhadores da Administração Pública, disciplinando o legislador directamente toda a matéria respeitante à relação de emprego público.

Desta forma, evitar-se-iam, por um lado, os problemas inerentes a remissões e interpretações, desnecessárias, para o Código do Trabalho e legislação complementar, e as subseqüentes necessárias adaptações às especificidades do emprego público; e por outro lado, deixariam de existir dentro da lei ordinária, como hoje acontece, dois subsistemas de normas, ou dois diferentes regimes jurídicos: um mais publicizado e um mais privatizado. Pelo que, passariam a bastar para compor todo o edifício do regime jurídico do emprego público apenas dois pilares, correspondendo o primeiro deles aos princípios de direito constitucional mencionados, devendo o segundo pilar passar a conter toda a disciplina do emprego público, e não só as suas bases, como acontece actualmente, dentro do quadro do direito administrativo. Tornando-se desnecessário o terceiro pilar actualmente existente e constituído por remissões desnecessárias para o Código do Trabalho e legislação complementar, as quais podem vir a gerar dificuldades de interpretação, adaptação e aplicação destes diplomas de direito privado ao emprego público.

Segundo cremos, actualmente, perante o quadro constitucional e legal em vigor, existe um edifício do regime jurídico de emprego público composto pelos já mencionados três pilares, sendo dois destes pilares de natureza estatutária e um terceiro pilar de natureza laboral privada, aplicável a título subsidiário por remissão da LTFP. Assim, relembre-se, o *1.º pilar* é composto pelos princípios materiais estrutu-

¹⁵²⁵ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. II, cit., anotação artigo 269.º, pág. 837.

rantes da função pública, os quais são verdadeiramente de direito constitucional; o 2.º *pilar*, de Direito Administrativo, que disciplina os traços essenciais do regime, corresponde às bases do regime do emprego públicos (nos termos do artigo 3.º da LTFP); e, o 3.º *pilar* é composto pelas normas do Código do Trabalho e legislação complementar, para as quais remete, a título subsidiário, a LTFP.

Contudo, como já referimos, em rigor, além deste edifício claramente enquadrável em duas diferentes dimensões: duas estatutárias e uma de direito laboral privado, é possível ainda perante a lei ordinária em vigor divisar dois diferentes subsistemas de normas, ou dois diferentes regimes jurídicos: um mais publicizado (o regime aplicável à nomeação), e um mais privatizado (o regime aplicável ao contrato de trabalho em funções públicas). Mas, reitera-se que devido à existência das inegáveis dimensões estatutárias referidas (que correspondem ao *primeiro e segundo pilares*), o regime continua a ser marcadamente estatutário, podendo concluir-se que o essencial do regime da *função pública* continua a ser fixado unilateralmente e deve ser tido, essencialmente, como de *direito público*.

Quanto ao terceiro pilar, que consiste na aplicação subsidiária do Código do Trabalho e da legislação complementar à relação de emprego público por remissão da LTFP, cumpre salientar que esta remissão é mais fonte de problemas do que de soluções, pois transporta dificuldades de interpretação e necessidades de adaptação às especificidades do emprego público, além de poderem resultar dessa remissão algumas incongruências de regime, como acontece, nomeadamente, em matéria das fontes alínea (alínea a) do n.º 10 do artigo 4.º da LTFP), em que se faz uma remissão para o que determina o artigo 3.º do Código do Trabalho. Ensina a este propósito Cláudia Neves que o objectivo de simplificação da tarefa de interpretação e aplicação da lei, inerente à LTFP, apresenta-se frustrado devido às dificuldades inerentes à aplicação subsidiária do Código do Trabalho. Na verdade, para além da aplicação remissiva de preceitos implicar um esforço interpretativo adicional, no qual se terão de considerar as adaptações que têm que ser feitas, tarefa essa que não se revelará fácil, implica também o recurso sistemático ao Código do Trabalho, e respectiva legislação complementar, que foram já objecto de sucessivas alterações¹⁵²⁶. Admite-se,

¹⁵²⁶ Neste sentido, Cláudia Sofia Nunes, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas*, cit., pág. 6.

contudo, que tal remissão se afigura aceitável em matérias em que os regimes de emprego público e privado dispensem soluções normativas diferentes, uma vez que os trabalhadores da Administração – não nos podemos esquecer – são verdadeiros trabalhadores. Efectivamente, nem sempre se justificará a existência de uma disciplina totalmente diferente da aplicável aos trabalhadores privados, como acontece, *v.g.*, em matéria de direitos de personalidade, de direitos de igualdade, ou de não discriminação¹⁵²⁷.

Neste conspecto, cremos que melhor teria andado o legislador se tivesse regulado a totalidade da disciplina do emprego público sem remissões desnecessárias para a disciplina “vizinha de fora parte” (direito laboral comum). De facto, o recurso ao direito do trabalho por parte do legislador, seja por remissão, seja por importação de institutos, mecanismos ou instrumentos próprios daquele ramo do direito, para disciplinar o emprego público, mostra-se desnecessário e desadequado, uma vez que susceptível de gerar dificuldades. Na verdade, não podemos olvidar que o direito laboral privado foi pensado e criado para disciplinar o regime do emprego nas empresas privadas, e não o emprego público, pelo que aquele não tem que ser apropriado – como não é, segundo cremos –, para disciplinar uma relação de emprego em que é necessário assegurar a posição de supremacia do empregador público. A este propósito Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar defendem, contra o recurso do legislador ao direito laboral privado, que uma disciplina que demonstra sucesso em condições de mercado, nas quais as partes se devem apresentar em posição de paridade, não tem que funcionar necessariamente bem quando uma das partes não se orienta por essa lógica de mercado e necessita assegurar uma posição de supremacia, que lhe permita prosseguir os fins que lhe são atribuídos e que se prendem com a prossecução do interesse público e com os destinos da comunidade nacional¹⁵²⁸. Ademais, existindo uma disciplina jurídica própria e específica para regular a *função pública* – o subsistema de direito administrativo que regula o emprego público –, não se vê qual é a necessidade de recorrer a uma disciplina “vizinha de fora parte”, a qual, por regra, quando empresta alguma norma, instituto ou instru-

¹⁵²⁷ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 4.º, pág. 95

¹⁵²⁸ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 4.º, pág. 95.

mento, ao emprego público vê-o ser adaptado às especificidades deste, sofrendo operações de “corte e costura” até ser aplicado a este tipo de emprego e, quando tal acontece, já é em si mesmo um novo e diferente regime do existente no direito laboral¹⁵²⁹.

Mesmo quem defende, como Pedro Madeira de Brito, que o direito laboral comum tem capacidade expansiva para abarcar a disciplina do emprego público¹⁵³⁰, não nega a existência de normas de Direito Administrativo a disciplinar a relação de emprego público devido às suas especificidades¹⁵³¹. Logo, se é inquestionável que o direito administrativo está presente na regulação da disciplina do emprego público e se existe um subsistema deste direito que foi pensado especificamente para regular as relações de emprego público, não se vê qual é a necessidade de recorrer a uma outra disciplina (o direito laboral privado) que não surgiu para regular a *função pública*. Mais: esta disciplina quando é mobilizada para se aplicar às relações de emprego público tem que ser adaptada às especificidades próprias daquela relação, surgindo como que uma disciplina “travestida” em comparação com a inicialmente existente.

Deste modo, não se vê para que fim se tenha que recorrer a outra área regulativa (direito laboral privado) para disciplinar a relação de emprego público, quando existe uma criada e pensada para o efeito e com capacidade, só por si, de abarcar e regular toda a relação de em-

¹⁵²⁹ Ensina a este propósito Paulo Veiga e Moura “a aplicabilidade do Direito Laboral não pode, por força da especificidade da Administração Pública, ser efectuada sem que haja uma desaplicação dos elementos essenciais típicos do contrato de trabalho (...) dando origem a uma disciplina completamente distinta daquela que vigora nas empresas e permite a sua rentabilização. A necessária e inevitável publicização do Direito Laboral aplicável às relações de emprego pública conduz à sua desfiguração, retirando-lhe tudo o que mais tinha de apetecível, pelo que seguramente não devolverá à Administração e eficácia que tanto procura”, cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 385-386.

¹⁵³⁰ Referindo, neste sentido, lembre-se o autor citado que “[j]ulgamos que existem três características do Direito do Trabalho que lhe conferem a capacidade de enquadrar todo o trabalho subordinado na Administração Pública, cfr. Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 523. Mais, defende este autor que, “[a] natureza contratual de todas as formas de constituição da relação de trabalho subordinado na Administração Pública dá origem a um contrato de trabalho especial da Administração Pública ao qual são aplicáveis os princípios e normas do Código do Trabalho e respectiva regulamentação que não sejam incompatíveis com o regime especial” (ibidem, pág. 538).

¹⁵³¹ Concluindo Pedro Madeira de Brito que, “[a]s relações de trabalho na Administração Pública concitam a aplicação de regras de Direito do Trabalho e do regime administrativo da actividade do empregador público, cfr. Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 537-538.

prego público (subsistema de Direito Administrativo), tal como existe uma jurisdição especializada para dirimir os litígios emergentes desta relação, os tribunais administrativos e fiscais, que devem continuar a ser considerados como os competentes para dirimir tais litígios e não serem substituídos pelos tribunais do trabalho nesta competência.

Contudo, face aos dados juspositivos vigentes, surgem aqui duas questões que urge resolver. A primeira é a de que se é certo que para restituir a desejável eficácia e eficiência de outros tempos à *função pública* não é necessário recorrer ao direito laboral privado – como tem vindo a fazer o legislador ordinário, pelo menos desde 2004 – , torna-se então pertinente saber como se pode solucionar a questão ainda dentro dos quadros do direito público. A segunda questão prende-se com a importância de alcançar um regime mais unitário e uniforme para o emprego público do que o actualmente existente, tendo como desígnio alcançar a equidade entre trabalhadores e construir um regime jurídico de aplicação mais pragmática.

Quanto à primeira questão, na senda de Paulo Veiga e Moura, entre a necessária publicização do Direito Laboral, que origina a aplicação de um regime não pensado para a Administração Pública, que surge exclusivamente para tutelar a posição da parte mais fraca na relação de emprego, e a indispensável modernização do *estatuto da função pública*, que sempre foi pensado para garantir o equilíbrio entre o interesse público e os legítimos interesses dos funcionários¹⁵³², optamos por esta última. Assim, defendemos que o legislador deve assumir a desnecessidade de recorrer ao direito laboral privado para que a *função pública* possa vir a recuperar a eficiência, a eficácia e o prestígio de outrora, bastando para o efeito, partindo sempre de um regime público, introduzir algumas actualizações, que mencionaremos *infra*, ao estatuto do emprego público, as quais constituirão como que um antibiótico que permitirão curar os males apontados ao emprego público e, consequentemente, revigorá-lo, e devolver-lhe o prestígio e eficiência tão esperados pela sociedade.

Quanto à segunda questão, como já vimos, actualmente, perante a lei ordinária em vigor, é possível divisar dentro do regime de em-

¹⁵³² Cfr. Pois parece àquele autor que a “*batalha da eficácia do emprego público será ganha com a injeção de um suplemento vitamínico que permita a este regime estatutário recuperar a eficácia e o prestígio outrora possuídos e não com a realização de sucessivas cirurgias destinadas a corrigir as imprecisões da transfiguração que o Direito Laboral sofre quando aplicado à Administração*”, cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 386.

prego público dois regimes jurídicos distintos: um mais publicizado (o da nomeação) e um mais privatizado (o do contrato de trabalho em funções públicas). Contudo, somos, como já deixámos antever, a favor da criação de um regime unitário de direito público, para regular a generalidade dos trabalhadores da Administração Pública, e tão uniforme quanto possível entre contratados e nomeados¹⁵³³, sem prejuízo das especificidades de regime exigidas por determinadas carreiras, como, *v.g.*, as carreiras do apelidado *núcleo duro* da *função pública* (funções de autoridade e/ou soberania), que justificam um regime mais intenso do que o existente noutras carreiras, devido à natureza das funções que exercem¹⁵³⁴. Um regime unitário evita violações do princípio da igualdade, ao evitar situações de desigualdades injustificadas entre trabalhadores, além de que um regime uniforme facilita o funcionamento da máquina administrativa, o que conseqüentemente contribuirá para aumentar a eficiência da Administração.

Neste sentido, lembre-se, ensina há muito João Alfaia que o regime de todos os profissionais da Administração deveria ser tão uniforme quanto possível, não só por uma questão de justiça, limitando-se ao mínimo possível as desigualdades de tratamento (que só deveriam ser de manter quando as necessidades do serviço as requeiram efectivamente) como ainda por questões que se prendem com a facilidade de gestão. Enquanto tal não aconteça, seria de esperar um clima de reivindicação sistemática, fomentada pelas desigualdades existentes, que só por si impede a existência de uma Administração eficiente; e, por outro lado, a proliferação de regimes jurídicos do pessoal dificulta o fun-

¹⁵³³ Referindo-se à defesa da importância de um regime para os trabalhadores públicos tão uniforme quanto possível, tradicionalmente João Alfaia (cfr. do autor, *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, cit., pág. 13-14). Mais recentemente, no parágrafo 7.º da Exposição dos Motivos da Proposta de Lei n.º 184/XII (lei geral do trabalho em funções públicas), também se encontra referência à importância da existência de um regime unitário para o emprego público, o que actualmente, como vimos, está longe de existir, pois temos claramente dois regime jurídicos distintos: o da nomeação e o do contrato de trabalho em funções públicas. Assim, pode ler-se naquele parágrafo 7.º da Exposição dos Motivos que uma das ideias-chave na qual assenta a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas é a de “*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*”.

¹⁵³⁴ Para mais desenvolvimentos sobre este ponto, *vide* Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 412-413.

cionamento da grande máquina administrativa¹⁵³⁵. Mais recentemente, defendendo a licitude de um regime geral para os trabalhadores da Administração Pública, Miguel Lucas Pires advoga a ausência da imposição de um regime diferente para os trabalhadores públicos face aos trabalhadores privados, e afirma ainda a não obrigatoriedade, dentro dos primeiros, da criação de uma disciplina especial para alguns deles. Pelo que o mesmo autor, atendendo à diversidade das atribuições das entidades administrativas e dos seus trabalhadores, advoga que seria lícito a criação de um regime geral válido para a generalidade dos trabalhadores da Administração, ainda que complementado por regimes especiais para o exercício de determinadas funções que, pela sua natureza e pelos poderes conferidos aos que as desempenhem, exijam um tratamento diferenciado¹⁵³⁶ (designadamente, as actualmente identificadas no artigo 8.º da LTFP).

Face ao exposto, por um lado, o regime jurídico do emprego público deve ser o mais publicizado possível para a generalidade dos trabalhadores públicos, ainda que se demonstre necessário introduzir algumas alterações no atual estatuto do emprego público, como veremos em seguida, só devendo recorrer-se ao regime laboral comum em casos excepcionais; por outro lado, consideramos que o regime do emprego público deve ser o mais unitário e uniforme possível, não obstante a maior intensidade de regime que nalgumas matérias se justifica em relação às carreiras que integram o chamado *núcleo duro* do emprego público.

8. A necessidade de actualização do estatuto (legal) do emprego público: propostas de revigoração do regime

Defendemos a importância do estatuto do emprego público se manter (ou se tornar) o mais jus-publicizado possível — até porque não nos devemos esquecer que não há garantias que o recurso ao direito privado seja o meio mais adequado para permitir a modernização da acção pública¹⁵³⁷. Contudo, face à necessidade de proceder à moder-

¹⁵³⁵ Cfr. João Alfaia, *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, cit., pág. 13-14.

¹⁵³⁶ Cfr. Miguel Lucas Pires, *Os regimes de vinculação*, cit., pág. 58.

¹⁵³⁷ Neste sentido, Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, cit., pág. 561.

nização do estatuto do emprego público, urge introduzir-lhe algumas alterações, como as que sugeriremos de seguida, que com vista a flexibilizá-lo, por forma a devolver à *função pública* a eficiência, a eficácia e o prestígio de outros tempos. Sendo certo que a maioria destas sugestões ou propostas (como veremos) visará mais o regime da nomeação do que o do contrato de trabalho, por aquele se apresentar, face à lei ordinária em vigor, mais inflexível do que o regime mais flexível atualmente para este consagrado. A concretizarem-se, e a consagrarem-se legalmente, as alterações propostas estas contribuirão, além do aumento da eficiência e eficácia do emprego público, também para uma aproximação, nos pontos sugeridos, ao regime previsto do contrato de trabalho em funções públicas, o que a acontecer contribuirá para a uniformização dos regimes por nós *supra* defendida¹⁵³⁸.

A necessidade de modernização do estatuto legal da *função pública* apresenta-se como a solução indispensável para que alcance a eficiência e eficácia que lhe é exigida e esperada pela sociedade civil. Deve reconhecer-se que se está num domínio no qual o legislador goza de uma certa margem de liberdade, cabendo-lhe inventariar, no regime estatutário, os focos que continuam a ser causadores da ineficiência e ineficácia e determinar quais as melhores soluções que permitam devolver o prestígio à *função pública* de outros tempos¹⁵³⁹. Pela nossa parte, sem pretensão de elencar um catálogo exaustivo, apresentamos algumas propostas que, mantendo o regime do emprego público sempre dentro de um quadro de direito público, consideramos poderem contribuir para a modernização do regime estatutário actualmente existente. Estão, em causa em concreto três diferentes propostas.

A primeira dessas propostas de inovação passará por atribuir um novo efeito ao actual sistema integrado de gestão e avaliação de desempenho na Administração Pública¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁸ Veríamos ainda com bons olhos, e que também contribuiria para essa uniformização, que se reduzisse o *maior grau de privatização* actualmente existente no regime do contrato de trabalho em funções públicas. A título exemplificativo, o legislador deveria deixar de prever a possibilidade de negociação da posição remuneratória do trabalhador recrutado a contratar — em nome do *princípio do mérito no acesso à função pública e do princípio da igualdade retributiva* —, evitando assim que o legislador continue a tratar a Administração como um verdadeiro empregador privado, que pode livremente negociar os salários com os seus trabalhadores (cfr. artigo 38.º da LTFP). Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 38.º, pág. 212.

¹⁵³⁹ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 409.

¹⁵⁴⁰ A avaliação de desempenho na Administração Pública encontra-se actualmente

A segunda dessas propostas consiste em não negar em abstracto a possibilidade do legislador consagrar causas objectivas de cessação para todos os vínculos da relação de emprego público, o que actualmente só se encontra previsto para o contrato de trabalho em funções públicas.

A terceira, e última, consiste em considerar a hipótese de prever que todos os trabalhadores públicos possam celebrar convenções colectivas de trabalho, o que actualmente não encontra consagração legal para os trabalhadores nomeados da Administração.

Contudo, independentemente de as duas últimas propostas se reportarem a instrumentos em relação aos quais se possa, eventualmente, argumentar que tiveram a sua origem, ou foram previstos em primeiro lugar, no direito do trabalho, o relevante, no âmbito da presente dissertação, é que o direito administrativo possui capacidade expansiva para os acolher e tratar de acordo com a disciplina específica e própria que sempre caracterizou o estatuto do emprego público, não sendo necessário incluir para tanto o emprego público nos quadros do direito laboral comum.

Entrando em concreto na explanação das propostas citadas, a primeira dessas propostas de inovação passaria por atribuir um novo efeito ou uma nova valência ao sistema integrado de gestão e avaliação de desempenho na Administração Pública actualmente existente. Assim, deveria consagrar-se, como motivo de cessação da relação de emprego público, a insuficiência do desempenho do trabalhador continuamente reconhecida e comprovada. Uma solução similiar foi já apresentada, em 2004, por Paulo Veiga e Moura, o qual defendeu que seria útil *“por uma questão de prevenção geral, que expressamente se afirmasse que a insuficiência do desempenho continuamente reconhecida constituiria motivo para a cessação da relação de emprego”*¹⁵⁴¹. Claro que para tanto haverá primeiro que superar algumas falhas existentes no actual sistema integrado de avaliação de desempenho¹⁵⁴². Afigura-se essencial, quanto

regulado na Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro (que aprovou o sistema integrado de gestão e avaliação do desempenho na administração pública, doravante SIADAP), e artigos 89.º a 100.º da LTFP. Relembre-se que aquele diploma não foi revogado com a entrada em vigor da LTFP (*a contrario*, n.º 1 do artigo 42.º da Lei n.º 35/2014, que aprova a LTFP), encontrando-se nesta lei o reenvio para legislação especial previsto na sua alínea a) do artigo 5.º da LTFP.

¹⁵⁴¹ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 419.

¹⁵⁴² De notar de que todas as alterações introduzidas pelo legislador nas reformas do emprego público quer de 2008/2009, quer de 2014, a que nos parece claramente de aplaudir foi precisamente a da consagração deste sistema integrado de gestão de avaliação

a nós, desde logo, que se assegure que a avaliação seja feita por um terceiro imparcial, e, de preferência, para assegurar essa imparcialidade, que seja exterior ao serviço ou órgãos a ser avaliado. Neste conspecto, sugerimos que a insuficiência de desempenho (actualmente apelidada pela lei de *desempenho inadequado*, nos termos da alínea c), do n. 4.º, do artigo 50.º do SIADAP), continuamente reconhecida, possa vir a constituir motivo de cessação da relação de emprego público, quando o mesmo trabalhador obtenha três menções consecutivas negativas — realce-se que avançamos com este número de menções apenas como uma mera sugestão, por tal número nos parecer razoável, sendo certo que é defensável um número superior. O procedimento para que o reiterado desempenho insuficiente funcionasse como causa de extinção da relação, poderia ser o seguinte: após a primeira menção negativa deveria ser facultada ao trabalhador formação profissional adequada, a fim de tentar melhorar o seu desempenho; caso ocorra uma segunda menção negativa consecutiva, já após receber formação adequada, deveria iniciar-se, como já acontece, um processo de averiguações, destinado a apurar se o desempenho que justificou aquelas avaliações negativas constitui infracção disciplinar imputável ao trabalhador por violação culposa de deveres funcionais, designadamente do dever de zelo (como se encontra actualmente previsto no n.º 3 do artigo 232.º da LTFP¹⁵⁴³); se ainda assim voltar a ocorrer uma terceira menção ne-

de desempenho (ainda que entendamos que este sistema tal como se encontra legalmente consagrado apresenta falhas, algumas graves, que devem ser corrigidas o mais brevemente possível pelo legislador), que há muito vinha sendo necessário, lembre-se pois que o anteriormente existente verificava-se na prática como verdadeiramente inexistente, ou porque alguns serviços não avaliavam os seus trabalhadores, os que o faziam atribuíam praticamente a todos os trabalhadores, de todos os serviços ou órgãos, a menção máxima de “Muito Bom” (cfr. Paulo Veiga e Moura, *Avaliação de desempenho da Administração Pública*, cit., pág. 10), o que contribuía para a desmotivação, baixa produtividade e consequente falta de eficiência dos trabalhadores da Administração.

¹⁵⁴³ Prevê o artigo 232.º da LTFP: “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 infracção 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 fun-

gativa consecutiva, entendemos que este resultado, só por si, constituirá motivo bastante para fazer cessar a relação de emprego público daquele trabalhador – sem necessidade de se instaurar novamente um procedimento disciplinar. Contudo, aquando da terceira menção negativa consecutiva, o processo do trabalhador em causa terá que ser enviado a uma *comissão independente* pública – de forma a garantir a imparcialidade do procedimento –, que o analisará convenientemente e, caso se mostrem preenchidos todos os pressupostos *supra* apresentados, terá o poder de decidir por uma resolução sancionatória da relação de emprego público. Esta resolução, na verdade, funcionará como uma “sanção pela inércia” do trabalhador comprovada (pela comissão) e reiterada ao longo do tempo – de seis anos, uma vez que presentemente a avaliação os trabalhadores públicos decorre de forma bienal (cfr. n.º 1 do artigo 41.º do SIADAP).

A segunda dessas propostas consiste em não negar em abstracto a possibilidade do legislador consagrar causas objectivas de cessação para nenhum dos vínculos da relação de emprego público. Relembre-se que actualmente tais causas de cessação encontram-se apenas previstas para o vínculo do contrato de trabalho em funções públicas. Quanto à possibilidade abstracta de consagração de tais causas de cessação, notam Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar que esta previsão representa uma inovação em matéria de emprego público, o que vai ao encontro da posição que há muito vinham advogando, no sentido de não haver razões plausíveis que justificassem a proibição abstracta e absoluta de as relações de emprego público cessarem por motivos objectivos¹⁵⁴⁴. Obviamente que o legislador deverá ponderar e tentar encontrar um equilíbrio entre a maior estabilidade que deve ser reconhecida aos trabalhadores públicos e a necessária flexibilização de que tem que dispor a Administração, para melhor gerir os seus recursos, desde logo os financeiros, permitindo-lhe que possa fazer cessar uma relação de emprego por causas objectivas, na certeza que tal previsão contribuirá para aumentar a eficácia e eficiência da *função pública*. Também Paulo Veiga e Moura ensinava, em 2004, que uma maior estabilidade reco-

cionais por parte de quaisquer intervenientes nos processos de avaliação do desempenho, o instrutor participa-os ao dirigente máximo do órgão ou serviço, para efeitos de eventual instauração do correspondente procedimento de inquérito ou disciplinar.”

¹⁵⁴⁴ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação artigo 33.º, pág. 100.

nhecida aos funcionários públicos não legitimava que fosse constitucionalmente vedado ao Estado colocar termo a uma relação jurídica de emprego público com fundamento em motivos objectivos, apenas exigindo que a norma que o previsse obedecesse aos critérios enunciados nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da Lei Fundamental¹⁵⁴⁵. Também Miguel Lucas Pires invocando o princípio constitucional da boa administração (cfr. n.º 1 do artigo 266.º, da CRP) e o adequado, rigoroso e parcimonioso uso do dinheiro público que resulta daquele princípio, caminha no sentido de tornar legítima a utilização destes institutos no âmbito da Administração¹⁵⁴⁶. Quanto ao vínculo da nomeação e ao facto do legislador não ter consagrado causas objectivas de cessação, tal fica a dever-se à natureza das funções que exercem — e compreendemos que continuem a não ser consagradas em concreto, até pelas possíveis consequências que tal previsão pode vir a ter no desempenho daquelas vitais funções de soberania e autoridade que aqueles exercem¹⁵⁴⁷. Ainda assim, mesmo em relação aos nomeados, entendemos que não se pode vedar em absoluto e em abstracto ao legislador ordinário a possibilidade de tomar essa decisão, uma vez que a este tem que ser dada “margem de manobra” suficiente que lhe permita, sempre que se justifique, consagrar motivos objectivos de cessação do vínculo, em relação a alguma carreira, ainda que envolva o exercício de funções de autoridade ou (a alguns dos seus trabalhadores), desde que tal se revele fundamental para a cabal prossecução do interesse público. Neste sentido, quanto à não exclusão do regime dos nomeados destas causas, defende Miguel Lucas Pires que não se revela forçoso que das normas e princípios constitucionais resulte um inevitável furtar dos trabalhadores nomeados a despedimentos por causas objectivas, até porque da Constituição não decorre a exigência de uma maior estabilidade para o vínculo dos trabalhadores nomeados face aos trabalhadores contratados¹⁵⁴⁸. Continua o autor citado a referir que “*esta diferenciação tão notória entre titulares de uma relação jurídica de emprego público, motivada*

¹⁵⁴⁵ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 132.

¹⁵⁴⁶ Miguel Lucas Pires, *Será mesmo inadmissível “despedir funcionários públicos”?*, cit., pág. 72.

¹⁵⁴⁷ Em Miguel Lucas Pires, *Será mesmo inadmissível “despedir funcionários públicos”?*, cit., pág. 69.

¹⁵⁴⁸ Miguel Lucas Pires, *Será mesmo inadmissível “despedir funcionários públicos”? Reflexões em torno do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2013, de 29 de Agosto*, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 68.

*exclusivamente pelo conteúdo funcional, é susceptível de colocar em causa o princípio constitucional da igualdade, já não no confronto entre os regimes públicos e privados, mas mesmo no seio do(s) regime(s) público(s)*¹⁵⁴⁹. De facto, não nos devemos esquecer, que em geral, a inexistência de motivos objectivos de cessação da relação de emprego público pode conduzir a um sentimento exagerado de estabilidade, que pode vir a ter efeitos perversos sobre o desempenho dos trabalhadores públicos¹⁵⁵⁰.

Por último, outra das propostas deriva do facto de perante os dados juspositivos em vigor só os contratados em funções públicas terem direito a celebrar convenções e de não se encontrar consagrado tal direito para os trabalhadores nomeados da Administração (cfr. alínea b), do n.º 3, do artigo 347.º da LTFP). Entendemos que a consagração deste direito de contratação colectiva para os nomeados deve vir a ser ponderado de futuro pelo legislador, ainda que o seja nos mesmos termos – limitados e sujeitos à lei (que guarda sempre *prioridade aplicativa*) –, e com os conteúdos materiais previstos actualmente para o contrato de trabalho em funções públicas. A consagração de tal direito à contratação colectiva poderá vir a revelar-se favorável a um mais eficiente e eficaz desempenho do interesse público por esses trabalhadores. Indo ainda mais longe, defende Pedro Madeira de Brito que os trabalhadores públicos têm direito à contratação colectiva como os restantes trabalhadores subordinados, não autorizando a Lei Fundamental que o legislador ordinário possa vedar o recurso à contratação colectiva em qualquer área de emprego subordinado. Assim, aquele autor tem por inconstitucional que o legislador afaste deste processo os trabalhadores nomeados¹⁵⁵¹. Apesar de não considerarmos tal decisão do legislador inconstitucional, entendemos que a mesma deve ser ponderada por aquele. Na verdade, quando os trabalhadores (ainda que através dos seus representantes) são chamados a participar na tomada de decisões que lhes dizem directamente respeito, nomeadamente, quanto à sua situação profissional e ao seu regime jurídico, tendem a aceitá-las

¹⁵⁴⁹ Miguel Lucas Pires, *Será mesmo inadmissível “despedir funcionários públicos”? Reflexões em torno do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2013, de 29 de Agosto*, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 68.

¹⁵⁵⁰ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 419.

¹⁵⁵¹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 536.

melhor, a contestar menos a sua aplicação, além de que propendem a exercer com maior motivação e empenho as suas funções.

São propostas como as que aqui fazemos que podem funcionar como as chamadas “vias de adaptação”¹⁵⁵² do modelo estatutário, o qual pode vir a sair desta investida mais atenuado, mas tais medidas permitirão eventualmente vir a modernizar o regime jurídico dos funcionários públicos, sem lhe fazer perder as suas particularidades e sem provocar a indesejável privatização¹⁵⁵³.

As duas últimas propostas são desde há muito tempo pontos controversos no universo do direito do emprego público: tanto a consagração das *causas objectivas de cessação*, como a *consagração do direito de celebrar instrumentos de regulamentação colectiva* (actualmente só previstas para o *contrato de trabalho em funções públicas*), o que justifica os ulteriores desenvolvimentos *infra*.

8.1. *Causas objectivas de cessação da relação de emprego público*

Actualmente, a relação de emprego público titulada por contrato de trabalho em funções públicas – para os contratos celebrados após a entrada em vigor da LVCR –, pode cessar por motivos extrínsecos ao trabalhador¹⁵⁵⁴, por iniciativa da Administração, independentemente da culpa do trabalhador. Semelhante solução encontra previsão no direito do trabalho – tanto no Código do Trabalho actual, como acontecia no anterior Código de 2003, bem como na legislação que os antecedeu¹⁵⁵⁵ –, no qual se consagram, de forma explícita, motivos objectivos de cessação dos vínculos. A consagração de causas objectivas no âmbito da relação de emprego público da Administração surge na sequência da generalização no seu seio do vínculo de contrato de trabalho em funções públicas – o que aconteceu com a entrada em vigor em pleno da

¹⁵⁵² Inspirámo-nos, neste ponto, nas propostas de Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, cit., pág. 554-560. Sendo sua também a expressão de “Les voies de l’adaptation”, *ibidem*, pág. 554.

¹⁵⁵³ Num sentido próximo, Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, cit., pág. 560.

¹⁵⁵⁴ Note-se que não se pretende fazer aqui uma análise exaustiva em torno deste tema das causas objectivas de cessação da relação de emprego público, mas apenas e tão somente apresentar algumas reflexões em torno do mesmo.

¹⁵⁵⁵ Cfr. Miguel Lucas Pires, *Será mesmo inadmissível “despedir funcionários públicos”?*, cit. pág. 69.

LVCR —, e que arrastou consigo instrumentos e institutos próprios do direito laboral (nos quais se incluem as causas objectivas de cessação), bem como uma disciplina muitas vezes decalcada do Código do Trabalho¹⁵⁵⁶. Na LTFP mantém-se a generalização do vínculo do contrato, mas o legislador recorre a uma diversa técnica legislativa, optando, em vez de decalcar uma grande parte do regime do direito laboral privado, por remeter subsidiariamente determinadas matérias para o Código do Trabalho.

Antes da entrada em vigor, em pleno, da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, a relação jurídica de emprego público não cessava por circunstâncias objectivas — sem prejuízo dos contratados ao abrigo da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que aprovou o regime jurídico do contrato individual de trabalho da Administração Pública. A previsão generalizada destas causas no seio do emprego público teve lugar pela primeira vez no ordenamento jurídico português com a LVCR, numa opção que vem a ser confirmada pela LTFP. Esta inovação vem afectar a tradicional segurança e estabilidade, quase vitaliciedade, da relação de emprego público. Como bem nota Cláudia Viana, a previsão da cessação do contrato por motivos objectivos coloca em crise a concepção da relação jurídica de emprego público como vitalícia, tal como era tradicionalmente entendida¹⁵⁵⁷. Perante os dados juspositivos vigentes, actualmente somente os trabalhadores titulados por contrato de trabalho em funções públicas podem ver cessar a sua relação de emprego público por causas objectivas. Contudo, de notar que mesmo relativamente aos titulados por nomeação se vêm registando alterações de regime que contendem com a ideia de estabilidade em toda a amplitude que a caracterizava, não tanto em matéria de cessação de vínculo — sendo que esta se mantém praticamente inalterada, uma vez que actualmente não podem ver cessar o seu vínculo por causas objectivas (*a contrario*, n.º 2 do artigo 289.º da LTFP) — mas essencialmente no que respeita à introdução de instrumentos de flexibilização do vínculo da nomeação, designadamente em matéria da mobilidade em geral (artigo 92.º

¹⁵⁵⁶ Num sentido próximo, Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho”, cit., pág. 302, e Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os Novos Regimes de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações da Administração Pública*, anotação ao artigo 9.º, cit., pág. 50.

¹⁵⁵⁷ Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho”, cit., pág. 303.

e sgs. da LTFP) e da anteriormente designada *mobilidade especial*, hoje chamada de *requalificação* (artigo 258.º e ssg da LTFP)¹⁵⁵⁸.

O direito dos trabalhadores à segurança no emprego encontra consagração constitucional no artigo 53.º da CRP, o qual explicitamente proíbe os “despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos” – sendo este o artigo que abre o capítulo dos “Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores” – , estando incluídos no seu âmbito subjectivo os trabalhadores da *função pública* (uma vez que aquele preceito abrange todos os que sejam reconduzíveis à noção constitucional de trabalhador)¹⁵⁵⁹. No nosso ordenamento jurídico, o direito constitucional à segurança no emprego tem como sua dimensão mais importante a da *proibição dos despedimentos sem justa causa*. Esta garantia traduz-se na negação do direito ao *despedimento livre ou discricionário* por parte dos empregadores. Pelo que, uma vez obtido um emprego, o trabalhador tem direito a mantê-lo, salvo justa causa, não podendo a entidade empregadora pôr-lhe termo por sua livre vontade¹⁵⁶⁰. Contudo, a tradição da estabilidade no seio das relações de emprego público que vinha a ser consagrada em legislação ordinária era bem mais intensa ou bem mais forte neste tipo de relações de emprego, do que a estabilidade existente no âmbito das relações de trabalho privado¹⁵⁶¹.

Actualmente, a relação de emprego público titulada por contrato de trabalho em funções públicas, celebrado após a entrada em vigor em pleno da LVCR, pode cessar, por iniciativa da Administração, por motivos objectivos. Contudo, só estes detentores do vínculo do contrato de trabalho em funções públicas podem ver cessar a sua relação de emprego por circunstâncias objectivas, pois, perante os dados juspositivos vigentes, a relação de emprego público não cessa por tal tipologia de razões, nem no caso dos trabalhadores contratados anteriormente à LVCR e como tal abrangidos pela *cláusula de segurança*, prevista no n.º 4, do arti-

¹⁵⁵⁸ Alda Martins, “A laboralização da função pública”, cit., pág. 173.

¹⁵⁵⁹ Ana Fernanda Neves, “Relação Jurídica de Emprego Público na Constituição: movimento de auto-semelhança”, in *Perpectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976, Vol. III*, (coord. Jorge Miranda), Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 859-896, pág. 879.

¹⁵⁶⁰ Neste sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. I, cit., anotação artigo 53.º, pág. 707.

¹⁵⁶¹ Cfr. Ana Fernanda Neves, “Relação Jurídica de Emprego Público”, cit., pág. 879-880.

go 88.º da LVCR¹⁵⁶², nem dos trabalhadores actualmente nomeados (cfr. n.º 2, do artigo 259.º, e artigo 311.º da LTFP)¹⁵⁶³.

A este propósito é de assinalar que existe uma radical divergência de soluções, entre o trabalhador com um contrato de trabalho em funções públicas constituído depois da entrada em vigor da LVCR e o trabalhador contratado antes da entrada em vigor daquela lei, abrangido pela *cláusula de segurança* prevista no n.º 4, do artigo 88.º da LVCR. Com efeito, aquele primeiro trabalhador encontra-se numa situação consideravelmente mais gravosa em comparação com este, na medida em que somente aquele pode ver o seu contrato cessar na sequência de processo de reorganização de serviços ou de racionalização de efectivos, nos termos do n.º 1, do artigo 311.º da LTFP¹⁵⁶⁴. Esta radical divergência de soluções tem vindo a suscitar algumas dúvidas, a autores como Bruno Mestre e Miguel Lucas Pires¹⁵⁶⁵, sobre a eventual falta de conformidade constitucional da solução apresentada, sobretudo com o direito constitucional da igualdade. Estamos com estes autores, pois apesar de não estar em causa a legitimidade da *cláusula de segurança* prevista no n.º 4, do artigo 88.º da LVCR, com a qual concordamos, na interpretação que lhe é dada pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 474/2013, de 29 de Agosto, de que o que está em causa é o respeito pelo princípio da confiança (artigo 2.º da CRP), para a protecção das legítimas expectativas dos trabalhadores anteriormente nomeados abrangidos por aquela cláusula¹⁵⁶⁶, vem-nos suscitando algumas dúvidas a conformidade constitucional desta disparidade de soluções prevista na lei, entre trabalhadores contratados antes ou depois da LVCR, com o princípio constitucional da igualdade, pois só os trabalhadores

¹⁵⁶² *Cláusula de segurança* prevista no n.º 4, do artigo 88.º, da LVCR (norma que a LTFP manteve em vigor, vide n.º 1, alínea c) do, artigo 42.º, da Lei n.º 35/2014 que aprovou a LTFP).

¹⁵⁶³ De notar, no entanto, que hoje a maioria dos trabalhadores da Administração ainda se encontra abrangido, e protegido, por aquela *norma de salvaguarda*, pelo que, só os contratados após a entrada em vigor da LVCR, 1 de Janeiro de 2009, podem ver o seu contrato cessar pela verificação de um motivo objectivo, tendência que num futuro próximo se vai inverter.

¹⁵⁶⁴ Bruno Mestre, “O regime jurídico da reafecção de trabalhadores na Lei n.º 35/2014”, cit., pág. 302.

¹⁵⁶⁵ Neste sentido, Bruno Mestre, “O regime jurídico da reafecção de trabalhadores na Lei n.º 35/2014”, cit., pág. 302; e Miguel Lucas Pires, *Os regimes de vinculação*, cit., pág. 118.

¹⁵⁶⁶ Bruno Mestre, “O regime jurídico da reafecção de trabalhadores na Lei n.º 35/2014”, cit., pág. 302.

com contrato de trabalho em funções públicas posterior àquela lei se vêem privados de um regime mais protector estritamente com fundamento na data da sua entrada na *função pública*¹⁵⁶⁷.¹⁵⁶⁸ Neste sentido, já defendia Miguel Lucas Pires que tal discrepância, motivada unicamente pela data de início de exercício de funções — antes ou depois de 1 de Janeiro de 2009 —, é merecedora as maiores reticências, podendo, no limite, ser susceptível de violar o princípio constitucional da igualdade, por falta de um critério objectivo que possa presidir à tal dualidade de regimes tão radical¹⁵⁶⁹.

Perante o direito positivo vigente, a cessação do contrato de trabalho em funções públicas (iniciado após a entrada em vigor da LVCR) por verificação de uma causa objectiva ocorre depois do trabalhador se encontrar na situação de *requalificação*, anteriormente designada de *mobilidade especial*, durante o período de um ano, sem que tenha conseguido ser recolocado e reiniciado funções. Ora, a então *mobilidade especial* foi instituída e modificada por diplomas sucessivos¹⁵⁷⁰. À

¹⁵⁶⁷ Bruno Mestre, “O regime jurídico da reafecção de trabalhadores na Lei n.º 35/2014”, cit., pág. 302, e Miguel Lucas Pires, *Os regimes de vinculação*, cit., pág. 118.

¹⁵⁶⁸ A este propósito, Bruno Mestre questiona-se, uma vez que os trabalhadores que entram na *função pública* após 1 de Janeiro de 2009, com relações tituladas por contrato de trabalho em funções públicas, serão tendencialmente trabalhadores mais jovens, e atendendo a que os princípios da igualdade e da proibição da discriminação em função da idade também constituem *princípios de direito público europeu* (cfr. artigo 20.º, e artigo 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e Directiva 2000/43/CE), se não estará aqui em causa uma situação de discriminação indirecta em função da idade, cfr. Bruno Mestre, “O regime jurídico da reafecção de trabalhadores na Lei n.º 35/2014”, cit., pág. 302-303.

¹⁵⁶⁹ Miguel Lucas Pires, *Os regimes de vinculação*, cit., pág. 118. Assim, nas palavras do autor citado, “[n]o limite, esta disparidade de soluções e, em particular, a sujeição às chamadas causas objectivas de extinção do contrato apenas dos titulares de contrato de trabalho em funções públicas admitidos após a entrada em vigor da LVCR, é susceptível de violar o princípio constitucional da igualdade, por não se vislumbrar um critério objectivo que possa presidir a tal duplicidade tão radical de regimes (mesmo admitindo que tal ressalva a favor dos anteriores funcionários públicos se destinou a atenuar a conversão forçada dos seus vínculos, produzida com a entrada em vigor da LVCR)”, (*ibidem*, pág. 118).

¹⁵⁷⁰ Cfr. Alda Martins, “A laboralização da função pública”, cit., pág. 173. Começando pelo Decreto-Lei n.º 535/99, de 13 de Dezembro, que estabelece o regime de colocação dos funcionários integrados em serviços e organismos que sejam objecto de extinção, fusão ou reestruturação; passando pelo Decreto-Lei n.º 193/2002, de 25 de Setembro, que revoga aquele primeiro diploma, e estabelece o regime de colocação e de afectação do pessoal integrado nos serviços e organismos que sejam objecto de extinção, fusão ou reestruturação (no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 16-A/2002, de 31 de Maio); chegado à Lei n.º 53/2006, de 7 de Dezembro (o qual revoga aquele anterior diploma).

data da entrada em vigor da LVCR, que consagra pela primeira vez causas objectivas de cessação para o emprego público, a lei que regulava a então designada *mobilidade especial* era a 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 (lei posteriormente revogada pela Lei n.º 80/2013, de 28 de Novembro). A colocação em *mobilidade especial* ocorria em caso de extinção, fusão, reestruturação e em caso de racionalização de efectivos. Sendo, o Decreto-Lei n.º 200/2006, de 25 de Outubro, aquele que, por sua vez, estabelecia o regime geral de extinção, fusão e reestruturação de serviços públicos e de racionalização de efectivos. Posteriormente, a Lei n.º 12-A/2008 vem consagrar, pela primeira vez, no seu artigo 33.º, no seio da relação de emprego público, a possibilidade do contrato de trabalho em funções públicas cessar por causas objectivas, o que ocorria após um ano do trabalhador contratado ter sido colocado numa situação de *mobilidade especial* sem ter reiniciado funções (cfr. n.º 8, do artigo 33.º da LVCR) – sem prejuízo de, pelo menos desde 2004, os contratados da Administração ao abrigo da Lei n.º 23/2004, poderem ver o seu contrato cessar por circunstâncias objectivas¹⁵⁷¹ (cfr. artigo 16.º a 18.º, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho). Seguiu-se a aprovação do Decreto n.º 177/XII, o qual veio a ser apreciado em fiscalização preventiva, pelo Tribunal Constitucional. Este Decreto previa três novos fundamentos substanciais de despedimento por causas objectivas, além das situações já previstas no Decreto-Lei n.º 200/2006, de 25 de Outubro, sendo eles por motivos: *i*) de redução de orçamento do órgão ou serviço decorrente da diminuição das transferências do Orçamento do Estado ou de receitas próprias; *ii*) de necessidade de requalificação dos respectivos trabalhadores, para a sua adequação às atribuições ou objectivos definidos; *iii*) de cumprimento da estratégia estabelecida, sem prejuízo da garantia de prossecução das suas atribuições. A verificar-se algum destes motivos o trabalhador com contrato de trabalho em funções públicas seria colocado em situação de requalificação e findo o prazo de um ano sem ter reiniciado funções, seria praticado o acto de cessação do contrato de trabalho em funções públicas (cfr. análise conjunta do n.º 2 do artigo 4.º e do n.º 2 do artigo 18 do Decreto n.º 177/XII). Quanto a es-

¹⁵⁷¹ Miguel Lucas Pires, *Será mesmo inadmissível “despedir funcionários públicos”?*, cit. pág. 10.

tes motivos pronunciou-se o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 474/2013, pela inconstitucionalidade da norma constante do n.º 2 do artigo 18.º do Decreto n.º 177/XII, quando conjugada com a segunda, terceira e quarta partes do disposto no n.º 2 do artigo 4.º do mesmo diploma, “*por violação da garantia da segurança no emprego e do princípio da proporcionalidade, constantes dos artigos 53.º e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa*”¹⁵⁷². Outra das questões que se colocou àquele Tribunal a propósito da fiscalização preventiva do mesmo Decreto n.º 177/XII foi a de tal diploma prever a inclusão dos trabalhadores que à data da entrada em vigor da LVCR eram nomeados e transitaram para o contrato de trabalho em funções públicas, e que se encontravam abrangidos pela chamada *cláusula de segurança* do n.º 4, do artigo 88.º da LVCR, na hipótese de cessação por causas objectivas no caso de não reinício de funções públicas durante o período de um ano na situação de requalificação. No referido Acórdão, o Tribunal Constitucional pronunciou-se “*pela inconstitucionalidade da norma constante do n.º 1 do artigo 4.º, bem como da norma prevista alínea b) do artigo 47.º do mesmo Decreto n.º 177/XII, na parte em que revoga o n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, e na medida em que impõem, conjugadamente, a aplicação do n.º 2 do artigo 4.º do mesmo Decreto aos trabalhadores em funções públicas com nomeação definitiva ao tempo da entrada em vigor daquela*

¹⁵⁷² O Tribunal Constitucional aquilatou se o legislador respeitou as exigências de rigor, precisão e clareza que a Lei Fundamental impõe o seu artigo 53.º para as causas de despedimento por razões objectivas, apreciando, ainda o respeito pela proporcionalidade imposta pelo n.º 2 do artigo 18.º, da Constituição, tendo concluído, em traços gerais, que a norma em causa “*o que abre campo evidente à imotivação e esta à arbitrariedade, com projecção inexorável na cadeia decisória que se segue*”. Salientou aquele tribunal que o procedimento de requalificação, nos moldes estabelecidos no Decreto n.º 177/XII “*comporta uma insuprível margem de indeterminação sobre a suficiência de razões transitórias, que coloquem a decisão no perímetro da redução de efetivos apenas ao serviço da diminuição imediata e pontual de custos*”. Pelo que, “*não se vislumbra como podem os Tribunais, chamados a dirimir conflito sobre a legalidade da conduta da Administração Pública na determinação de abertura de procedimento de requalificação, na ausência de critérios seguros de decisão na lei, proceder a esse controlo [...] o controlo judicial não encontra parâmetros normativos que lhe permitam verificar se o sistema atuou ao serviço do expurgo de disfunções e da maximização da prossecução eficaz do interesse público ou procurou tão somente equilibrar conjuntamente fatores endógenos através da mera redução de custos com pessoal. O controlo da proporcionalidade, nas suas várias dimensões, encontra-se comprometido*”, cfr., Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2013, de 29 de Agosto, e, cfr, sistematização que seguimos, neste ponto do acórdão, de 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, Revista Direito e Justiça, Vol. III*, Universidade Católica Editora, 2015, pág. 91, nota n.º 38.

lei, por violação do princípio da tutela da confiança ínsito no artigo 2.º da Constituição Republica Portuguesa”¹⁵⁷³. Deste modo, dado que alguns dos preceitos contidos naquele Decreto n.º 177/XII foram declarados inconstitucionais, em sede de fiscalização preventiva, tal diploma voltou à Assembleia da República para ser reapreciado, vindo aquele a ser alterado e, nessa sequência, votado e aprovado um novo decreto (o Decreto n.º 184/XII) – devidamente adequado ao decidido pelo Tribunal Constitucional no Acórdão citado¹⁵⁷⁴ –, do qual vem a resultar a Lei n.º 80/2013, de 28 de Novembro. Este diploma legal estabelece o regime jurídico da requalificação de trabalhadores em funções públicas e altera a designação anterior de *mobilidade especial para requalificação*. Por fim, a LTFP passa a disciplinar a matéria da *requalificação* (cfr. artigos 245.º a 275.º, e artigos 311.º a 313.º)¹⁵⁷⁵ e mantêm em vigor a *cláusula de segurança* prevista no n.º 4, do artigo 88.º da LVCR (*vide* alínea c), do n.º 1, do artigo 42.º da Lei n.º 35/2014 que aprovou a LTFP).

De acordo com os dados juspositivos vigentes, a cessação do contrato de trabalho em funções públicas ocorre quando, após um processo de reorganização de serviço ou de racionalização de efectivos, e decorrido o período de um ano na situação de *requalificação*, o trabalhador contratado, depois da entrada em vigor da LVCR, não reinicie funções. Actualmente, a Lei n.º 35/2014 não se refere às figuras como o despedimento por inadaptação¹⁵⁷⁶; o despedimento colectivo;

¹⁵⁷³ No que respeita à revogação da cláusula de segurança estabelecida no n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, o douto tribunal, no acórdão em causa, esclareceu que tal revogação acarretaria uma contrariedade perante o princípio da confiança constitucionalmente consagrado, concluindo que “*não se demonstram razões de interesse público idóneas a postergar a tutela de confiança legítima quanto à continuidade do comportamento do Estado relativamente a peça nuclear do estatuto juslaboral dos trabalhadores abrangidos pela norma do n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro*”. Pelo que, “*a norma revogatória sub judicio viola a previsibilidade do Direito, como forma de orientação de vida (...) e, desse jeito, a confiança e a segurança jurídica inerentes ao princípio do Estado de direito consagrado no artigo 2.º da Constituição*”. Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2013, de 29 de Agosto, e, cfr., sistematização que seguimos, neste ponto do acórdão, de Paulo Almeida, “A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas”, cit., pág. 91, nota n.º 38.

¹⁵⁷⁴ Para uma apreciação mais aprofundada deste Acórdão, *vide* Miguel Lucas Pires, *Será mesmo inadmissível “despedir funcionários públicos?”*, cit. pág. 95.

¹⁵⁷⁵ Miguel Lucas Pires, *Lei geral do Trabalho em Funções Públicas*, cit., pág. 254.

¹⁵⁷⁶ Ao contrário do que acontece actualmente, o anterior quadro legislativo do emprego público, previa a figura do despedimento por inadaptação do trabalhador (alínea b), do n.º 9, do artigo 33.º da LVCR, e artigo 259.º do RCTFP). Esta figura provém do direito laboral comum, tendo nele sido introduzida pelo Decreto-Lei n.º 400/91, de 16 de

Outubro, actualmente prevista no prevista nos artigos 373.º e ssg, do CT. O artigo 373.º do CT refere que “[c]onsidera-se despedimento por inadaptação a cessação de contrato de trabalho promovida pelo empregador e fundamentada em inadaptação superveniente do trabalhador ao posto de trabalho. Tem-se apresentado como discutível na doutrina o carácter objectivo ou subjectivo desta figura do despedimento por inadaptação do trabalhador ao posto de trabalho. Assim, alguns autores consideram que o despedimento por inadaptação deve ser qualificado como baseado em causas objectivas – neste sentido, Miguel Lucas Pires refere que apesar de poder parecer que o despedimento por inadaptação se deve a motivos subjectivos, imputáveis ao próprio trabalhador, na medida em que devido ao seu comportamento de não conseguir adaptar-se às modificações introduzidas no seu posto de trabalho, se coloca em condições de ser alvo desta forma de cessação do contrato, no entanto, este circunstancialismo resulta, em última análise, de um factor externo, as alterações introduzidas no posto de trabalho, o que leva a que este despedimento deva considerar-se baseado em causas objectivas, e dentro desta categoria, como um “despedimento tecnológico”, cfr. Miguel Lucas Pires, *Os regimes de vinculação*, cit., pág. 200. Outros autores reconduzem o despedimento por inadaptação a uma causa subjectiva de cessação do contrato de trabalho – neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar referem que o despedimento por inadaptação deve ser fundamentado no não cumprimento ou no cumprimento defeituoso de obrigações e deveres profissionais, no entanto, não pode ser imputável a título de culpa do trabalhador (pois neste caso daria lugar a um procedimento disciplinar e não a um despedimento por inadaptação), antes tendo de resultar de uma incapacidade de se adaptar às novas exigências que a função lhe coloca, sendo que só há despedimento quando a inadaptação seja tal que comprometa a subsistência da relação jurídica de emprego, reconduzindo assim o despedimento por inadaptação a uma causa subjectiva de cessação, cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os Novos Regimes de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações da Administração Pública*, anotação ao artigo 33º, cit., pág. 99-100 (num sentido, que nos parece, próximo, Ana Fernanda Neves, “O Direito...”, cit., pág. 542-545). Enquanto outros autores consideram que a justificação deste despedimento por inadaptação resulta de uma combinação entre elementos subjectivos e objectivos – neste sentido, Bernardo Xavier refere que a justificação do despedimento não se reconduz a uma “causa objectiva nem puramente subjectiva, estando ligada ao binómio posto de trabalho/trabalhador concreto”, cfr. Bernardo Xavier, *Manual de Direito do Trabalho*, pág. 782 (também, no mesmo sentido, Júlio Gomes, *Direito do Trabalho*, pág. 997; Pedro Furtado Martins, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3.ª edição, Principia, 2012, pág. 376, e Maria do Rosário Palma Ramalho, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, cit., pág. 660). Quanto a nós, partindo deste último entendimento, também consideramos que no despedimento por inadaptação se misturam componentes objectivas (v.g. modificações do posto de trabalho, decisão de despedimento da entidade pública empregadora) com componentes subjectivas (essencialmente, inadaptação àquelas modificações do posto de trabalho), embora, consideremos que o motivo que releva, em última instância, é subjectivo – a incapacidade de um trabalhador concreto se adaptar às modificações introduzidas no posto de trabalho, apesar de lhe ter sido ministrada formação, lhe tenha sido facultado um período de adaptação ao posto de trabalho, e a possibilidade de afectação a um outro posto de trabalho quando disponível, e a situação de inadaptação não tenha sido determinada por falta de condições de segurança, higiene e saúde no trabalhador imputáveis à entidade empregadora pública (o agora revogado, artigo 261.º, do RCTFP). Pelo que, a causa determinante repousa, ainda, num motivo imputável a um trabalhador concreto

o despedimento por extinção do posto de trabalho; e a caducidade do contrato por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de a entidade empregadora pública receber o trabalho — ao contrário do que fazia a revogada Lei n.º 12-A/2008, no seu artigo 33.º da LVCR, e do previsto no artigo 340.º e 343.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, onde estas figuras ainda subsistem. A LTFP optou antes, por prever no seu n.º 2 do artigo 289.º, que é causa específica de cessação do contrato de trabalho em funções públicas a extinção do vínculo na sequência de processo de requalificação de trabalhadores em *caso de reorganização de serviços* ou de *racionalização de efectivos* na Administração Pública. A *reorganização dos órgãos ou serviços* ocorre por extinção, fusão e reestruturação, nos termos do Decreto-Lei n.º 200/2006 (especialmente do seu artigo 3.º)¹⁵⁷⁷, — constituindo, *v.g.*, a alteração dos mapas de pessoal que implique redução de postos de trabalho uma das situações que fundamenta um caso de reorganização do órgão ou serviço (cfr. n.º 7, do artigo 29.º da LTFP). Enquanto a *racionalização de efectivos* tem lugar, para além dos motivos previstos no Decreto-Lei n.º 200/2006, no caso de ocorrer por motivos decorrentes de desequilíbrio económico-financeiro estrutural e continuado do órgão ou serviço, e após demonstração, em relatório fundamentado e na sequência de processo de avaliação, de que os seus efectivos se encontram desajustados face às necessidades das actividades que prossegue e aos recursos financeiros que estruturalmente lhe possam ser afectos, nos termos do artigo 245.º da LTFP. Por sua vez, o artigo 311.º, da LTFP, que abre a Secção III, do capítulo IX referente à “*Extinção do Vínculo*”, estabelece que a cessação do contrato de trabalho em funções públicas ocorre na sequência de processo de reorganização de serviços ou racionalização de efectivos, quando após o decurso da primeira fase do *procedimento de requalificação* (um ano), o trabalhador não abrangido pela segunda fase — ou seja, o trabalhador com contrato de trabalho em funções públicas não abrangido pela *cláusula de segurança* prevista no n.º 4, do artigo 88.º da LVCR (artigo 259.º da LTFP)

¹⁵⁷⁷ Cfr. Miguel Lucas Pires, *Lei geral do Trabalho em Funções Públicas*, cit., pág. 254. O Decreto-Lei n.º 200/2006 não foi revogado pela Lei n.º 35/2014, (*vide, a contrario*, n.º 1 do artigo 42.º da Lei n.º 35/2014) e o seu conteúdo não se justifica que seja revogado pela LTFP)

– , não tenha reiniciado funções em órgão ou serviço (cfr. n.º 1 artigo 311.º da LTFP)¹⁵⁷⁸.

Antes de mais, devemos começar por salientar que o regime jurídico da reafecção de trabalhadores em caso de reorganização e racionalização de efectivos, previsto entre os artigos 245.º a 275.º da LTFP, encontra-se organizado em três partes. Na primeira parte, composta pelos artigos 245.º a 250.º, o legislador expõe os pressupostos em que poderá ser iniciada uma situação de requalificação; na segunda parte, composta pelos artigos 251.º a 257.º, o legislador regula a tramitação da selecção e colocação dos trabalhadores em situação de requalificação; por último, na terceira parte, nos artigos 258.º a 275.º, o legislador ocupa-se do processo de requalificação, bem como dos direitos e deveres dos trabalhadores colocados em situação de requalificação¹⁵⁷⁹.

Expliquemos, de forma breve, o procedimento da requalificação de acordo com a legislação em vigor.

No decurso de um processo de reorganização de serviço, ou de racionalização de efectivos, são seleccionados os trabalhadores a reafectar, aplicando-se, para o efeito, um dos seguintes métodos: avaliação do desempenho ou avaliação de competências profissionais, nos termos dos artigos 252.º a 254.º da LTFP. Parece não existir uma preferência ou hierarquia entre os métodos de selecção, na medida em que compete ao dirigente máximo responsável pelo processo escolher o método de selecção dos trabalhadores em causa (cfr. n.º 2, do artigo 252.º, da LTFP)¹⁵⁸⁰. Num caso e no outro, a aplicação do método de selecção termina com a publicação de uma lista nominativa final, por ordem decrescente de resultados dos trabalhadores afectados pela situação de requalificação (n.º 5, do artigo 252.º da LTFP)¹⁵⁸¹.

Após a selecção dos trabalhadores tenta proceder-se à sua reafecção, o que ocorre pela ordem constante das listas noninativas. A reafecção consiste na integração de trabalhador noutra órgão ou

¹⁵⁷⁸ Miguel Lucas Pires, *Será mesmo inadmissível “despedir funcionários públicos”?*, cit. pág. 95.

¹⁵⁷⁹ Bruno Mestre, “O regime jurídico da reafecção de trabalhadores na Lei n.º 35/2014, de 20/06”, in *Questões Laborais*, Ano XXI, n.º 45, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 298.

¹⁵⁸⁰ Bruno Mestre, “O regime jurídico da reafecção de trabalhadores na Lei n.º 35/2014”, cit., pág. 301.

¹⁵⁸¹ Bruno Mestre, “O regime jurídico da reafecção de trabalhadores na Lei n.º 35/2014”, cit., pág. 301.

serviço, a título transitório ou por tempo indeterminado (cfr. artigo 256.º LTFP).

Se após a reafecção¹⁵⁸² ainda subsistirem trabalhadores não reafectos, estes são colocados em situação de *requalificação*, obedecendo à ordem constante da mesma lista nominativa (cfr. artigo 251.º a 257.º da LTFP).

Os trabalhadores em situação de requalificação são afectos à Direcção-Geral da Qualificação dos Trabalhadores em Funções Públicas, abreviadamente designada por INA, enquanto entidade gestora do sistema de requalificação (cfr. artigo 270.º, da LTFP)¹⁵⁸³. O *processo de requalificação* destina-se a permitir que o trabalhador reinicie funções nos termos da presente lei e decorre em duas fases (cfr. 258.º a 275.º da LTFP).

A primeira *fase* decorre durante o prazo de doze meses, seguidos ou interpolados, após a colocação do trabalhador nessa situação. Destina-se a reforçar as capacidades profissionais do trabalhador, criando melhores condições de empregabilidade e de reinício de funções, devendo envolver a identificação das respetivas capacidades, motivações e vocações, a orientação profissional, a elaboração e execução de um plano de requalificação, incluindo ações de formação profissional e a avaliação dos resultados obtidos (cfr. artigo 258.º, da LTFP). Durante esta primeira fase o trabalhador auferem remuneração equivalente a 60 %, com o limite máximo de três vezes o valor do indexante dos apoios sociais (IAS).

A segunda *fase* não tem termo pré-definido e inicia-se decorrido o prazo da fase anterior. Nesta fase, o trabalhador pode vir a ser afecto a outros processos de valorização profissional por iniciativa da entidade gestora do sistema de requalificação ou por iniciativa do próprio (cfr. n.º 6, do artigo 258.º, da LTFP). Nesta segunda fase o trabalhador auferem apenas remuneração equivalente a 40 %, com o limite máximo de duas vezes o valor do IAS. De referir que apenas podem transitar para esta segunda fase do processo de *requalificação* os trabalhadores nomeados e os contratados abrangidos pela *cláusula de salvaguarda* criada pelo n.º 4 do artigo 88.º, da LVCR. Os restantes trabalhadores em regime de contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado não passam à segunda fase do processo de *requalificação*,

¹⁵⁸² A reafecção consiste na integração de trabalhador noutra órgão ou serviço, a título transitório ou por tempo indeterminado, nos termos do n.º 1, do artigo 256.º, da LTFP.

¹⁵⁸³ Sendo que a lei orgânica do INA consta do Decreto-Lei n.º 48/2012, de 29 de Fevereiro.

nos termos do artigo 259.º do LTFP. Neste caso, se após o decurso da primeira fase do processo de requalificação, o trabalhador não tiver reiniciado funções em órgão ou serviço, o contrato de trabalho em funções públicas cessa.

Esgotado, assim, aquele período de requalificação sem reinício de funções, o trabalhador é notificado pelo INA da inexistência de outros postos de trabalho compatíveis com a sua categoria ou qualificação profissional, cessando o contrato de trabalho no prazo de trinta dias, a contar desta notificação (cfr. artigo 311.º LTFP). No entanto, a extinção do contrato de trabalho¹⁵⁸⁴ confere ao trabalhador o direito a uma

¹⁵⁸⁴ João Leal Amado, “O contrato de trabalho na gestão do risco empresarial e na garantia da equidade laboral”, cit., pág. 35. É certo que, que nos últimos anos, no actual contexto da chamada *flexigurança*, política cuja implantação se propagou por toda a Europa, a tutela vem-se deslocando da estabilidade no emprego para a empregabilidade do trabalhador, pretendendo-se proteger o trabalhador, não tanto no emprego mas especialmente no mercado de trabalho (cfr. João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 38, e, João Leal Amado, “O contrato de trabalho na gestão do risco empresarial e na garantia da equidade laboral”, cit., pág. 35, e Vera Antunes, *O Contrato...*, cit., pág. 131). Ora, a ideia de *flexigurança* surge como um concentrado de flexibilidade, no emprego, e de segurança, no mercado de trabalho, no desemprego, em que a tradicional “protecção do emprego/ estabilidade do posto de trabalho” vem a ser sacrificada em prol da ideia de uma “mobilidade protegida/segurança na vida activa” (cfr. João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 38-39) – notando Leal Amado que se vem dizendo, a este propósito, inclusive, que em pleno século XXI “*lutar pela estabilidade no posto de trabalho vale tanto como lutar por um lugar sentado no Titanic*”, cfr. João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 38-39. Tentando, assim, desdramatizar a perda de emprego, a tónica da ideia da *flexigurança* vem a ser colocada na ideia de transição, pelo que, caso o trabalhador seja despedido não fica propriamente desempregado, ficando antes como que num “intervalo entre empregos” – deste ponto de vista, tanto o emprego como o desemprego, acabariam por representar, por definição, situações transitórias, cfr. João Leal Amado, “O contrato de trabalho na gestão do risco empresarial e na garantia da equidade laboral”, cit., pág. 35. O cerne do problema consiste, porém, em determinar a dose certa de cada um dos elementos que compõem o conceito da *flexigurança*, tentando encontrar um adequado equilíbrio entre flexibilidade e segurança, cfr. João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 38-39. Pois, conclui, João Leal Amado, se a estabilidade no emprego não deve ter-se por *valor absoluto*, também não deve considerar-se um *valor obsoleto*, mais que não seja pelos reflexos e consequências que necessariamente tem na qualidade de vida geral do trabalhador, bem como da respectiva família, cfr. João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 38-39. De salientar que a política de *flexigurança* não é exclusiva do sector laboral privado, pois o sector público também não escapa a esta nova política (cfr. Vera Antunes, *O Contrato...*, cit., pág. 131). Traduzindo-se em termos de regime jurídico na necessidade da existência de um regime legal flexível, que permita a este adaptar-se, sempre que mudanças o exijam, a novos contextos, designadamente económicos, capaz de ajudar a colmatar as dificuldades da entidade empregadora num determinado momento (cfr. Vera Antunes, *O Contrato...*, cit., pág. 131).

Para mais desenvolvimentos sobre o tema da *flexigurança* no âmbito do direito do trabalho privado, vide Carlos Antunes e Carlos Perdigão, “Relações Laborais e Direito

compensação, a qual é determinada de acordo com os critérios constantes do Código do Trabalho, mais precisamente no artigo 366.^{o1585}. Essa compensação é calculada a partir da remuneração base que o trabalhador auferir antes do ingresso na situação de requalificação (uma vez que esta determina uma redução daquela remuneração). O pagamento da compensação é assegurado pela Secretaria-Geral do Ministério das Finanças (cfr. artigo 312.^o, da LTFP).

Na prática este procedimento da requalificação, tal como se encontra consagrado na lei ordinária, sobretudo devido ao escasso tempo em que pode o trabalhador na situação de requalificação, e sem que a Administração tenha que comprovar que o tentou recolocar, funcionará na generalidade dos casos como uma *antecâmara da cessação do contrato de trabalho*, ou como a “*morte anunciada deste*”¹⁵⁸⁶. A extinção do vínculo no culminar de um processo de requalificação configura um despedimento por causas objectivas, isto é, não exige qualquer comportamento grave, culposo e imputável ao trabalhador¹⁵⁸⁷.

Até 1 de Janeiro de 2009 detinham a qualidade de *funcionários públicos* tanto os que exerciam funções de soberania, como os que exerciam funções técnicas, e nenhuma destas relações de emprego público poderia cessar por motivos extrínsecos ao trabalhador, resultando para este uma relação jurídica de emprego público estável, vulgarmente tomada como vitalícia. Por um lado, a dimensão da estabilidade, enquanto uma das dimensões garantísticas da *função pública*, surgiu inicialmente relacionada com a necessidade de garantir a continuidade do exercício da *função pública* e, conseqüentemente da própria Administração Pú-

do Trabalho – Tendências Futuras”, in *Minerva, Revista de Estudos Laborais*, Ano VI, n.º 10, Universidade Lusíada, Livraria Almedina, Março de 2007, pág. 9-19, e Francisco Liberal Fernandes, “Alguns aspectos da evolução do direito do trabalho”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I, 2004, pág. 197-219.

¹⁵⁸⁵ Assim, o trabalhador tem direito a compensação correspondente a 12 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, sendo a fracção de ano calculada proporcionalmente e sem prejuízo da existência de alguns limites máximos. Cfr. Miguel Lucas Pires, *Lei geral do Trabalho em Funções Públicas*, cit., pág. 321.

¹⁵⁸⁶ Para além da cessação da situação de requalificação no termo deste processo no caso do contrato de trabalho em funções públicas, sem o trabalhador ter reiniciado funções em órgão ou serviço, a situação de *requalificação* pode ainda cessar por: reinício de funções em qualquer órgão ou serviço por tempo indeterminado; aposentação ou reforma; sem que o trabalhador tenha reiniciado funções; extinção do vínculo por qualquer outra causa (artigo 269.^o, da LTFP).

¹⁵⁸⁷ Neste sentido, Miguel Lucas Pires, *Lei geral do Trabalho em Funções Públicas*, cit., pág. 322.

blica, perante eventuais flutuações dos partidos políticos no poder, e para evitar interrupção dos serviços e órgãos públicos entre períodos de eleições — ou seja, para colocar aquelas a salvo tanto das flutuações partidárias como da descontinuidade governativa¹⁵⁸⁸. Por outro lado, um vínculo mais estável, com menor precariedade, tende a colocar o trabalhador menos sujeito a pressões exteriores¹⁵⁸⁹, colocando-o por isso em melhor posição de assumir e proteger os fins institucionais da Administração¹⁵⁹⁰. Pelo que, poderá concluir-se do exposto que, a ser assim, a decisão do legislador de não prever causas objectivas de cessação da relação de emprego público acontecerá menos por razões relacionadas com a necessidade de proteger o funcionário, do que por motivos que se prendam com a prossecução do interesse público e dever de boa administração.

Ensinava Eduardo Sebastião Vaz Oliveira que a ideia de liberdade dos indivíduos associada à Revolução Francesa veio inspirar a necessidade de salvaguarda dos cidadãos em geral contra as arbitrariedades do Poder do “Estado, mesmo contra o *Estado-Patrão*”¹⁵⁹¹, a qual se traduziu a nível dos agentes do Estado na ideia de estabilidade como factor de garantia de permanência e funcionamento, ao serviço exclusivo do interesse geral, quaisquer que fossem as flutuações políticas e governativas verificadas no “exterior”¹⁵⁹² — nas palavras daquele “[a] estabilidade foi assim arvorada, automaticamente, não só como factor de garantia de permanência perante qualquer mudança governativa, mas também como processo de auto-defesa de uma armadura que tinha que permanecer actuante quaisquer que fossem as flutuações políticas verificadas no «exterior»”¹⁵⁹³. Marcello Caetano dava uma explicação semelhante, dizendo que “[p]ouco a pouco, foi-se radicando a

¹⁵⁸⁸ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 57.

¹⁵⁸⁹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 58.

¹⁵⁹⁰ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, pág. 74-75, e Íñigo Martínez de Pisón Aparicio, “Derechos de contenido no económicos: especial referencia al derecho al cargo”, in *Situación actual y tendencias de la Función Pública Española*, Coordenação de F. Castillo Blanco, Granada, 1998, pág. 340.

¹⁵⁹¹ Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, *A função Pública Portuguesa, Estatuto Novo ou nova Política?*, cit., pág. 40.

¹⁵⁹² Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, *A função Pública Portuguesa, Estatuto Novo ou nova Política?*, cit., pág. 28 e 40.

¹⁵⁹³ Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, *A função Pública Portuguesa, Estatuto Novo ou nova Política?*, cit., pág. 28.

*ideia de que todos os funcionários deviam, como profissionais da Função Pública, ter a situação garantida por leis que obrigassem e limitassem os superiores. Essa estabilidade, esse estado, constaria assim de um estatuto legal*¹⁵⁹⁴⁻¹⁵⁹⁵.

Continuava Marcello Caetano, no âmbito do anterior quadro constitucional, ensinando que a estabilidade derivava do *direito ao lugar* que o funcionário adquiria quando era provido por nomeação definitiva ou vitalícia e do qual só poderia ser privado nos casos taxativamente indicados na lei, relevando a vontade da Administração apenas no caso de aplicação de pena expulsiva na sequência de processo disciplinar. Deste modo, o *direito ao lugar* subsistia quando a lei suprimia os cargos ou reduzia o quadro do serviço em que os mesmos se integravam, devendo a Administração integrar os funcionários vitalícios em lugares doutros serviços correspondentes às suas categorias e habilitações, ou facilitar-lhes a aposentação, ou colocá-los na situação de disponibilidade sem perda de vencimento até se encontrar vaga¹⁵⁹⁶.

Já no actual quadro constitucional, e reportando-se ao Decreto-Lei n.º 184/89 e ao Decreto-Lei n.º 427/89, então em vigor, Paulo Veiga e Moura refere que o reconhecimento dum direito ao lugar por parte dos funcionários e a consagração dum *numerus clausus* de causas extintivas da respectiva relação com a Administração, em termos semelhantes à anterior legislação (apenas acrescentando a cessação por mútuo acordo mediante indemnização), traduz a concretização, ao nível da *função pública*, do direito à segurança no emprego constitucionalmente consagrado no artigo 53.^{o1597}.

Também Ana Fernanda Neves, em 2006, reconhecia que a “relação jurídica funcional”, decorrente do então direito positivo vigente, tinha uma duração indeterminada, tradicionalmente dita ou tomada como vitalícia, que gozava de uma “indeterminabilidade segura”. Com

¹⁵⁹⁴ Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, cit., pág. 685.

¹⁵⁹⁵ Neste ponto, seguimos de perto (também para mais desenvolvimentos), Alda Martins, “A laboralização da função pública”, cit., pág. 170-179.

¹⁵⁹⁶ Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, cit., pág. 758-761. Nas suas palavras: “[o] *direito ao lugar* subsiste quando a lei suprime o cargo que o funcionário estava a exercer(...). Quando os funcionários tenham provimento vitalício a Administração deve procurar integrá-los em lugares de outros serviços, correspondentes à sua categoria e habilitações ou facilitar a passagem à situação de aposentado. Se o funcionário vitalício não puder ser imediatamente colocado noutra lugar, deverá ser considerado na situação de disponibilidade, com o ordenado por inteiro, ao menos nos primeiros tempos, até encontrar vaga onde seja novamente provido. São estas as soluções tradicionais do nosso direito”, (*ibidem*, pág. 758).

¹⁵⁹⁷ Paulo Veiga e Moura, *Função Pública...*, cit., pág. 258 e 455.

efeito, admitia-se a sua cessação por aplicação de pena expulsiva mas não em resultado da supressão de empregos, postos de trabalho e de lugares, e isto porque o funcionário inserido num quadro de pessoal e numa carreira ou categoria o vocaciona para ocupar uma pluralidade de postos de trabalho e permite, assim, preservar no essencial a sua situação jurídica¹⁵⁹⁸.

No entanto, o fenómeno da *privatização* ou *laboralização do emprego público* transporta consigo o progressivo alargamento do campo de aplicação do contrato de trabalho no seio da Administração – primeiro com a Lei n.º 25/98, depois com Lei n.º 23/2004, posteriormente com Lei n.º 12-A/2008, seguida de perto pela Lei n.º 35/2014 – com a equivalente redução do universo de trabalhadores admitidos na modalidade que assegura a maior estabilidade (no regime actual, os nomeados), o que se vem a traduzir numa diminuição do número de beneficiários do regime especial de estabilidade que caracteriza tradicionalmente a *função pública*¹⁵⁹⁹.

A Constituição da República Portuguesa consagra o direito à segurança dos trabalhadores no seu artigo 53.º, não distinguindo entre trabalhadores de emprego público de trabalhadores do sector privado. De facto, o direito à segurança no emprego traduz-se no primeiro dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores¹⁶⁰⁰. O Tribunal Constitucional ensina, no Acórdão n.º 474/2013, que no direito à segurança no emprego consagrado no artigo 53.º da Constituição, inscreve-se, como *direito negativo* ou *de defesa*, a proibição dos despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos. A importância primordial desta proibição decorre igualmente da sua condição e caracterização, nas palavras do Tribunal Constitucional, como de *princípio de direito público europeu*, pois esta não se encontra somente prevista na Constituição Portuguesa, tendo também expressão e reflexos no artigo 24.º da Carta Social Europeia (revista) e no artigo 30.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁶⁰¹.

Questão diversa é a de saber se esta tradicional e reforçada es-

¹⁵⁹⁸ Ana Fernanda Neves, “O contrato de trabalho na Administração Pública”, cit., pág. 110.

¹⁵⁹⁹ Para mais desenvolvimentos, *vide* Alda Martins, “A laboralização da função pública”, cit., pág. 170-179.

¹⁶⁰⁰ João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 38.

¹⁶⁰¹ Bruno Mestre, “O regime jurídico da reafectação de trabalhadores na Lei n.º 35/2014”, cit., pág. 295.

tabilidade da *função pública* goza de protecção constitucional¹⁶⁰². Em resposta a esta questão tem vindo a generalidade da jurisprudência e da doutrina¹⁶⁰³ a defender que não resulta da Constituição um direito à segurança em termos diversos, ou superiores, para os trabalhadores da *função pública* do que a existente para os restantes trabalhadores.

O Tribunal Constitucional já teve oportunidade de se pronunciar, algumas vezes sobre esta questão, referindo que pese embora a relação de emprego público seja especialmente estável e duradoura, por confronto com a relação de emprego privada, a vitaliciedade do vínculo laboral público não encontra assento constitucional – cfr. neste sentido, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 154/86, 285/92, 4/2003 e 154/2010, e 474/2013. Deste modo, a jurisprudência do Tribunal Constitucional não tem vindo a reconhecer que os trabalhadores da Administração Pública beneficiem, em termos constitucionais, dum direito à segurança no emprego em medida superior à dos restantes trabalhadores¹⁶⁰⁴. Neste sentido, *v.g.*, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 4/2003, de 7 de Janeiro, defende que “os trabalhadores da função pública não beneficiam de um direito à segurança do emprego em medida diferente daquela em que tal direito é reconhecido aos trabalhadores em geral”.

Não obstante, em voto vencido ao Acórdão citado, Maria Fernanda Palma defende que “apesar de não existir na Constituição garantia de que o emprego na Função pública seja vitalício (...), não pode deixar de se considerar, na situação em apreço, que há uma tradição de estabilidade firmada ao longo de décadas. (...) Esta «estabilidade» é, aliás, manifestação de uma certa credibilidade do Estado empregador e expressão do bom funcionamento de uma Administração Pública baseada na experiência dos seus funcionários”. Já Ana Fernanda Neves, invocando o mesmo Acórdão, sublinha que o regime legal de cessação do vínculo de nomeação, em termos muito estritos, não decorre nem constitui uma imposição constitucional, e contrapõe aos argumentos de Maria Fernanda Palma que não existe qualquer convicção de juridicidade da referida tradição de estabilidade, antes sendo objecto de reiterado questionamento, defendendo ainda que a estabilidade invocada é também frequentemente tida como

¹⁶⁰² Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. I, cit., anotação artigo 53.º, pág. 706.

¹⁶⁰³ Cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 131. Para mais desenvolvimentos, sobre a questão da laboralização da *função pública* e do direito constitucional à segurança no trabalho, *vide*, Alda Martins, “A laboralização da função pública”, cit., pág. 163-184.

¹⁶⁰⁴ Alda Martins, “A laboralização da função pública”, cit., pág. 179.

factor de descridibilidade e de um menor empenho por parte dos funcionários públicos¹⁶⁰⁵.

Apesar do entendimento da generalidade da doutrina e da jurisprudência de que os trabalhadores da *função pública* não beneficiam de um direito à segurança do emprego em medida diferente daquela em que tal direito é reconhecido aos trabalhadores em geral, autores como Alda Martins, embora apenas em relação a trabalhadores nomeados, defendem que quanto a estes se terá formado *um direito (materialmente) fundamental à segurança na modalidade de nomeação*, de origem legal, de natureza análoga ao direito à segurança previsto no artigo 53.º da CRP — por via da “cláusula aberta” prevista no n.º 1, do artigo 16.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (artigo 17.º da CRP) —, pela prática aplicativa pacífica de várias sucessivas leis ao longo de dois séculos¹⁶⁰⁶.

Apesar de considerarmos difícil defender tal argumento e não sendo nossa intenção imiscuirmo-nos em tal celeuma, entendemos que continua a justificar-se uma estabilidade acrescida quanto à generalidade dos trabalhadores da Administração (e não somente aos nomeados), precisamente pela mesma razão pela qual aquela surgiu — como factor de garantia de permanência e funcionamento, ao serviço exclusivo do interesse público, quaisquer que fossem as flutuações políticas e governativas verificadas do exterior —, e ainda porque coloca o trabalhador menos sujeito a pressões do exterior, em melhores condições para exercer as suas funções e a prossecução do interesse público.

Note-se que, mesmo assim, e de certa forma, continua a existir uma estabilidade acrescida no emprego público em comparação com o emprego privado, uma vez que o regime deste não prevê em caso de ocorrência de uma causa objectiva de cessação nenhum procedimento semelhante ao da *requalificação* previsto para o emprego público. Ainda assim, entendemos que a estabilidade no emprego público deverá ser prevista em termos mais garantísticos e mais estáveis em comparação com os actualmente previstos na lei, uma vez que a estabilidade, tal como está legalmente prevista, poderá representar uma afronta e

¹⁶⁰⁵ Ana Fernanda Neves, «O contrato de trabalho na Administração Pública», cit., pág. 110, nota n.º 127.

¹⁶⁰⁶ Alda Martins, “A laboralização da função pública”, cit., pág. 179 e sgs.

violação constitucionalmente inadmissível ao direito fundamental da segurança no emprego dos trabalhadores públicos, como veremos.

Uma vez que defendemos uma maior estabilidade para os trabalhadores do sector público face aos do sector privado, não negamos que se revela como apelativo a rejeição liminar da possibilidade de extinção dos vínculos de emprego público por causas objectivas. Mais que não seja porque, como alerta Miguel Lucas Pires, a possibilidade de extinção do vínculo no culminar de um processo de requalificação pode conduzir a situações iníquas com prejuízo para trabalhadores com mérito adequado integrados em serviços considerados com excesso de pessoal, em benefício de outros trabalhadores com um desempenho profissional fraco mas integrados em serviços necessitados de recursos humanos¹⁶⁰⁷. Não podemos deixar de reconhecer que vivemos numa sociedade que sofre constantes e profundas mudanças, e como tal também a Administração tem a necessidade de se adaptar às novas exigências e permanentes desafios que a modernidade lhe coloca, pelo que quando, em virtude de mudanças no seio da Administração Pública, resultem recursos humanos supranumerários (*v.g.*, porque aquela encerra um determinado serviço ou suprime um posto de trabalho), aquela tem o dever de providenciar pela sua recolocação, o que decorre ainda do princípio da prossecução (eficiente e eficaz) do interesse público, e do ínsito *princípio ou dever da boa administração*¹⁶⁰⁸. No entanto, pode

¹⁶⁰⁷ Miguel Lucas Pires, *Lei geral do Trabalho em Funções Públicas*, cit., pág. 298.

¹⁶⁰⁸ Como vimos noutra sede, a doutrina fez assim emergir a *boa administração* de momentos discricionários das actuações públicas, uma vez que a Administração apesar de estar obrigada a respeitar o fim legal previsto numa norma, ela deveria sempre procurar encontrar a melhor solução para o caso concreto, cfr. Cristiana Cardoso Lopes, *O princípio da boa administração*, cit., pág. 9.

O conceito de *boa administração* apresenta-se de contornos vagos e de difícil definição, na medida em que este inclui uma pluralidade de sentidos (cfr. Daniela Camarço do Lago Veloso, *O princípio da Boa Administração e a sua evolução na Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia*, trabalho apresentado no âmbito da disciplina de “Jurisprudência de Direito Administrativo”, leccionada por Suzana Tavares da Silva, 2.º Ciclo de Estudos em Direito, ano lectivo 2009/2010, Coimbra, pág. 2. Disponível em [http://www.fd.uc.pt/~stavares/FDUC/Arquivo_2009_2010/Entradas/2010/6/2_Direito_administrativo_europeu_\(5\)_files/PAPER%20%20Princi%CC%81pio%20da%20boa%20administrac%CA7a%CC%83.pdf](http://www.fd.uc.pt/~stavares/FDUC/Arquivo_2009_2010/Entradas/2010/6/2_Direito_administrativo_europeu_(5)_files/PAPER%20%20Princi%CC%81pio%20da%20boa%20administrac%CA7a%CC%83.pdf). Consultado a 11-06-2014). Surge associada à ideia de eficiência, como garantia de que os interesses públicos fossem plenamente prosseguidos pela Administração (cfr. Daniela Camarço do Lago Veloso, *O princípio da Boa Administração*, cit., pág. 2). Surgindo, assim, inicialmente a boa administração configurada como um dever que se concretizava em critérios de natureza extrajurídical denominadas *regras de boa administração* (cfr. Cristiana Cardoso Lopes, *O princípio da boa administração*, cit., pág. 9). Para

Freitas do Amaral o dever de boa administração significava o “dever da Administração prosseguir o bem comum da forma mais eficiente possível”, cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, cit., pág. 38. Segundo Rogério Soares todo o dever relacionado com o exercício de poderes administrativos está determinado pelo fim de alcançar o interesse público. Este poder surge como um *poder com dever de exercitar*. Quando o agente descubra que tem uma necessidade pública para satisfazer, tem de o fazer com recurso aos meios que o legislador colocou à sua disposição. Contudo, não se esgota o conteúdo do dever funcional da Administração. Esta não está obrigada somente actuar, mas a actuar de uma certa maneira. Assim, a administração não tem só o dever de administrar, mas tem o *dever de boa administração*. Ou seja, a administração tem de escolher o meio mais *conveniente, o melhor meio, o meio justo, o óptimo, o único meio* que integralmente satisfaz a necessidade. Ora, segundo o autor citado, o dever de boa administração existe tanto nos actos vinculados como nos discricionários. Nos actos discricionários, o sujeito é remetido para regras não jurídicas de cujo uso resulta a conveniente satisfação do interesse previsto na lei. Nos actos vinculados o legislador já indicou no próprio preceito o conteúdo do acto, ou seja, o legislador na norma já terá estabelecido quais os meios a que o agente terá de recorrer para satisfazer o interesse público em causa (cfr. Rogério Soares, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, cit., pág. 188-190).

Para Freitas do Amaral está em causa um *dever jurídico imperfeito*, porque não comporta uma sanção jurisdicional. No entanto, reconhece o autor que muitos dos deveres específicos que integravam o dever geral de boa administração são hoje verdadeiros princípios gerais da actividade administrativa, nomeadamente, o princípio da proporcionalidade e da imparcialidade, cuja violação é susceptível de gerar uma sanção jurisdicional. O que significa que “certos parâmetros outrora considerados fora do mundo jurídico estão hoje dentro dele”, cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, cit., pág. 40.

Nesta concepção tradicional o princípio de boa administração e o correspondente dever de boa administração eram entendidos como “fórmulas sintéticas e reassumptivas de várias circunstâncias tipificadas pelo legislador, em que, por via da atribuição de um poder, surge um indispensável dever”, cfr. Rogério Soares, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, cit., pág. 201. Podendo concluir-se que nesta concepção tradicional *boa administração* era vista como um dever jurídico ao qual não correspondiam situações jurídicas subjectivas de eventuais interessados, ou seja, tratava-se de um dever ao qual não correspondia qualquer direito subjectivo (cfr. Mário Aroso de Almeida, “O provedor de justiça como garante da boa administração”, cit., pág. 14. Também, Cristiana Cardoso Lopes, *O princípio da boa administração*, cit., pág. 11 e 15).

Esta concepção tradicional parece ter começado a ser posta em causa pelo Direito Comunitário e respectiva jurisprudência. Desde logo, com o artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (publicada no Jornal Oficial da União Europeia C 83, de 30 de março de 2010, disponível em: <http://eurlex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2010:083:SOM:PT:HTML>, consultado a 17/06/2014, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi objecto de proclamação solene na Cimeira de Nice, em 7 de Dezembro de 2000, sendo recebida pelo Tratado de Lisboa, por obra do qual ganhou, desde 2009, eficácia vinculativa), o qual consagra o direito à boa administração. Este “macro-direito” – expressão de Carla Amado Gomes, “A «Boa Administração» na revisão do CPA: Depressa e Bem...”, in *Revista Direito e Política*, Diário de Bordo Editores, Lisboa, n.º 4, 2013, pág. 143 – engloba o direito dos cidadãos europeus à tomada de decisões imparciais, justas e em prazo razoável por parte das instituições, órgãos da União

(n.º 1, artigo 41.º da Carta); no direito a informação e audiência prévia no âmbito dos procedimentos administrativos; no direito à fundamentação das decisões que são tomadas no âmbito desses procedimentos (n.º 2, artigo 41.º), no direito de todas as pessoas à reparação por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou agentes no exercício das respectivas funções (n.º 3, artigo 41.º); e também no direito de qualquer pessoa se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter resposta na mesma língua (n.º 4, artigo 41.º da Carta). De uma forma sintética, recorrendo à doutrina italiana, pode-se dizer o direito a uma boa administração, segundo a Carta, é o direito a uma boa decisão, e uma boa decisão é quando é imparcial, justa e solícita (cfr. Francesca Trimarchi Banfi, “Il Diritto ad una Buona Amministrazione”, in *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Mario P. Chiti e Guido Greco, Tomo I, 2.ª Edição, Giuffrè Editore, 2007, pág. 54).

Estes direitos previstos no artigo 41.º da Carta são uma síntese dos princípios que o Tribunal de Justiça da União Europeia tem vindo a qualificar, aplicar e a revelar como princípios de boa administração, ou dimensões do princípio da boa administração (para mais desenvolvimentos sobre estas dimensões do princípio da boa administração no tribunal comunitário, vide Daniela Camarço do Lago Veloso, *O princípio da Boa Administração*, cit., pág. 5 e sgs.). De facto, os acórdãos deste tribunal têm vindo a evidenciar várias dimensões que o princípio da boa administração pode assumir, bem como ilustram a evolução funcional deste princípio, sendo que na maior parte dos casos ele já é concebido como um instrumento de tutela de situações jurídicas de particulares (cfr. Daniela Camarço do Lago Veloso, *O princípio da Boa Administração*, cit., pág. 5 e sgs.). Assim, resulta das decisões do juiz comunitário uma autonomia e um conteúdo específico do princípio da boa administração. Sendo que a entrada em vigor da Carta vem reforçar esta autonomia jurídica deste princípio. Ou, de forma sintética, como nos refere Mário Aroso de Almeida, o “conteúdo deste artigo da Carta foi deduzido do *case law* do Tribunal de Justiça em torno de alguns dos princípios que, ao longo do tempo, aquele tribunal foi qualificando como princípios de boa administração e concretiza-se na consagração de um direito dos cidadãos europeus à tomada de decisões imparciais, justas e em prazo razoável por parte dos órgãos da União, do direito à informação e audiência prévia no âmbito dos procedimentos e no direito à fundamentação das decisões” (cfr. Mário Aroso de Almeida, “O Provedor de Justiça como garante da boa administração”, cit., pág. 15) – a título meramente exemplificativo do mencionado *case law*, Acórdãos do Tribunal de Justiça de 15/10/1987, Processo n.º 222/86; Processo 374/87, de 18/10/1989; Processo n.º C-269/90 de 21/11/1991, disponível em http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/. Consultado a 23/06/2014.

De entre as dimensões desveladas pela jurisprudência comunitária podem destacar-se, segundo Daniela Camarço do Lago Veloso, a boa administração como dever de boa gestão financeira, relacionando-se com parâmetros de eficiência, essa foi a dimensão inicial assumida pela boa administração, sendo, no entanto, que o princípio adquiriu um maior alcance e evoluiu para instrumento de tutela de direitos dos cidadãos. Além desta dimensão, sobressaem como dimensões da boa administração o direito de ser ouvido, e o dever de diligência e fundamentação por parte da Administração, cfr., também para mais desenvolvimentos, Daniela Camarço do Lago Veloso, *O princípio da Boa Administração*, cit., pág. 4 e sgs.

Assim, o conceito da boa administração nascido entre nós, ligado com parâmetros de eficiência, resumindo-se à tutela de interesses públicos, sofre novas concretizações por força da legislação e juiz comunitários que lhe atribuem um novo conteúdo que o autonomiza (cfr. Cristiana Cardoso Lopes, *O princípio da boa administração*, cit., pág. 109). Tendo

acontecer que não consiga recolocar o trabalhador e que tal facto deponha contra o próprio interesse público, nomeadamente por excessos de custos para o erário público, o que aconteceria se mantivesse infinitamente recursos humanos excedentários¹⁶⁰⁹. Neste sentido, Paulo Almeida defende que esta medida da extinção da relação de emprego público no final de um procedimento de requalificação, ao densificar os contornos de que depende a colocação dos trabalhadores em situação de requalificação, permitindo um controlo jurisdicional sobre a actuação da Administração e ao salvaguardar as legítimas expectativas dos trabalhadores contratados antes de 1 de Janeiro de 2009, releva-se

adquirido, assim, um maior alcance e valor jurídico Mário Aroso de Almeida, “O provedor de justiça como garante da boa administração”, cit., pág. 24., evoluindo para um instrumento de tutela de direitos dos cidadãos (cfr. Daniela Camarço do Lago Veloso, *O princípio da Boa Administração*, cit., pág. 7). A ser absorvido pelo ordenamento jurídico português com o conteúdo que lhe foi conferido a nível comunitário, traduzir-se-á num princípio que visa garantir um procedimento célere, imparcial, justo, para os cidadãos interessados do qual resultem decisões fundamentadas, mas também assegurando-se um procedimento participado, dialogado, que permita alcançar uma decisão que realize o interesse público, encarando-se este aqui como meio de garantir o respeito pelos interesses dos indivíduos), cfr. Cristiana Cardoso Lopes, *O princípio da boa administração*, cit., pág. 106).

Alguma doutrina, na qual se insere Cristiana Lopes, defende que o *princípio-garantia* da boa administração, entrando no ordenamento constitucional português por via do n.º 4, do artigo 8.º da CRP, implica uma interpretação do artigo 266.º da CRP, o qual se refere aos princípios fundamentais com os quais a Administração deve nortear a sua actuação, no sentido de poder considerar-se que passa a estar aí consagrado. Defendia, ainda a autora citada, que existia a necessidade de consagração no CPA, de forma autónoma, do princípio da boa administração (cfr. Cristiana Cardoso Lopes, *O princípio da boa administração*, cit., pág. 95 e 108).

Ora, o novo Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, vem a dar concretização a esta doutrina autonomizando o princípio da boa administração, no artigo 5.º, passando a inclui-lo, no Capítulo II, entre os “*princípios gerais da actividade administrativa*”. Referindo no n.º 1 do artigo 5.º do novo CPA que a “*Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, de economicidade e de celeridade*”.

Entendendo que o princípio da boa administração previsto no artigo 5.º do novo CPA, além de continuar a abarcar a primeira dimensão da satisfação eficiente do interesse público (ao referir-se a *critérios de eficiência*), tem a capacidade e a intenção de abarcar as várias dimensões importadas do artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais (ao referir-se a *critérios de celeridade*), e desveladas pela jurisprudência comunitária. Entendemos que quanto aos trabalhadores que exercem funções públicas estes têm o dever de contribuir para assegurar o cumprimento das várias dimensões deste princípio da boa administração, efectivando assim as garantias e direitos que se gerem por força deste princípio na esfera dos particulares, genericamente a garantia de um procedimento justo.

¹⁶⁰⁹ Neste sentido, Miguel Lucas Pires, *Lei geral do Trabalho em Funções Públicas*, cit., pág. 255.

pertinente e justificada, face à conjuntura económica que agora se vivencia e à impossibilidade de manter *ad aeternum* os trabalhadores em causa em situação de requalificação, sendo essencial a adopção de um mecanismo que venha permitir a redução do número de trabalhadores excedentários¹⁶¹⁰. Mais, como ensinam Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, uma Administração que se pretende eficaz não pode manter ao seu serviço alguém de que comprovadamente não necessita, e que fica sem obter recolocação infinitamente¹⁶¹¹.

Assim, em abstracto, não negamos a possibilidade do legislador ordinário poder prever causas objectivas para qualquer uma das modalidades do emprego público. Por um lado, como ensina Miguel Lucas Pires, que propende a aceitá-las, não se detecta nenhum móbil específico quer da organização, quer da estrutura ou da actividade administrativas que imponha a não sujeição dos trabalhadores da Administração a causas objectivas de cessação do vínculo¹⁶¹²; por outro lado, porque a inexistência de causas objectivas de extinção da relação de emprego público pode conduzir a um sentimento exagerado de estabilidade, que pode ter efeitos perversos sobre o desempenho dos trabalhadores públicos¹⁶¹³.

Também o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 474/2013 já teve oportunidade de se pronunciar sobre a questão das causas objectivas de cessação do vínculo, entendendo que não existe incompatibilidade constitucional quanto à sua previsão. Considera, de facto, aquele tribunal, no citado acórdão, que o direito à segurança no emprego previsto, no artigo 53.º da CRP, não impede a existência de causas objectivas de cessação do vínculo laboral, desde que as mesmas se encontrem rodeadas das garantias necessárias à concretização das exigências impostas pelo princípio da proporcionalidade, por forma a que essas causas objectivas não redundem numa forma encapotada do despedimento *ad nutum* ou imotivado, quando vigora entre nós, por imposição constitucional, um princípio *da justa causa de despedimento*¹⁶¹⁴.

Defende igualmente Lino Ribeiro a compatibilidade da Constituição com a previsão de causas objectivas de cessação no emprego

¹⁶¹⁰ Paulo Almeida, “A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas”, cit., pág. 93-94.

¹⁶¹¹ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*, cit., anotação artigo 33.º, pág. 100

¹⁶¹² Miguel Lucas Pires, *Será mesmo inadmissível “despedir funcionários públicos”?*, cit., pág. 72.

¹⁶¹³ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 419.

¹⁶¹⁴ Cfr., sobre a proibição do despedimento *ad nutum* ou imotivado, e a exigência de justa causa, João Leal Amado, “O contrato de trabalho na gestão do risco empresarial

público, referindo que a legitimidade constitucional destas causas de cessação da relação de emprego não é questionável, uma vez que o direito à segurança no emprego não cobre a “vitaliciedade” do vínculo laboral, podendo este ser comprimido por motivos objectivos ligados à reestruturação e racionalização dos serviços públicos¹⁶¹⁵. Deste modo, em nome do interesse público, não resulta do direito à segurança no emprego constitucionalmente previsto, qualquer obrigação de vitaliciedade da relação de emprego público, nem decorre qualquer proibição de o legislador prever causas objectivas de cessação do vínculo do emprego público. Assim, sendo a *pedra de toque* subjacente à previsão de qualquer causa objectiva de extinção do vínculo do emprego público, forçosamente, o *interesse público* e o dever de boa administração nele inserto¹⁶¹⁶ — e, conseqüentemente, de uma Administração que se quer eficaz e eficiente —, não se compreenderá que a Administração mantenha infinitamente sem colocação um trabalhador de que comprovadamente já não necessita¹⁶¹⁷.

Do exposto, somos impelidos a concluir que, actualmente, até porque apesar do artigo 53.º da CRP acolher expressamente uma garantia de segurança no emprego, “*não há aqui valores absolutos, pois a estabilidade não significa inamovibilidade*”¹⁶¹⁸, e *não se deve excluir liminarmente, pelo menos de modo absoluto e abstracto, a possibilidade da previsão de*

e na garantia da equidade laboral”, in *O contrato na gestão do risco e na garantia de equidade*, (org. António Pinto Monteiro), Instituto Jurídico, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, pág. 34-38.

¹⁶¹⁵ Lino Ribeiro, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, cit., pág. 239.

¹⁶¹⁶ Miguel Lucas Pires, *Será mesmo inadmissível “despedir funcionários públicos”?*, cit. pág. 75.

¹⁶¹⁷ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes...*, cit., anotação ao artigo 33.º, pág. 100.

¹⁶¹⁸ João Leal Amado, “O contrato de trabalho na gestão do risco empresarial e na garantia da equidade laboral”, cit., pág. 38.

*causas objectivas de cessação da relação de emprego público*¹⁶¹⁹, em nenhuma das modalidades da relação de emprego público^{1620_1621}.

Ainda assim, apesar de defendermos que em abstracto o legislador não deve ser impedido de consagrar causas objectivas de cessação para qualquer um dos vínculos públicos, consideramos que os trabalhadores do sector público devem poder continuar a contar com um regime mais protector no que respeita à estabilidade do seu vínculo, do que o regime dos trabalhadores no sector privado — embora este regime que agora aqui se defenderá se apresente, em geral, menos protector do que o existente antes da LVCR, que se configurava como um regime de “quase de vitaliciedade”.

Este regime mais protector para os trabalhadores do sector público justifica-se, em nossa opinião, porque estes tendem a enfrentar um regime mais exigente do que os trabalhadores do sector privado: ao trabalhador do sector público são-lhe exigidos mais sacrifícios do que ao trabalhador do sector privado, o que deriva, desde logo, da-quele se encontrar ao serviço exclusivo do interesse público. Como refere Liberal Fernandes, o funcionário, enquanto elemento do aparelho administrativo, desempenha uma actividade dirigida à prossecução do interesse público, o que tende, em princípio, a exigir daquele

¹⁶¹⁹ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes...*, cit., anotação ao artigo 33.º, pág. 100, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 132 e 133, e Miguel Lucas Pires, *Lei geral do Trabalho em Funções Públicas*, cit., pág. 255.

¹⁶²⁰ Também no ordenamento jurídico francês, é possível o despedimento do trabalhador, por iniciativa da Administração, sem ser por motivos disciplinares, ainda que este tipo de despedimento seja excepcional, e só ocorre quando se reúnem determinadas condições rigorosas (Tabrizi Ben Salah, *Droit de la Fonction Publique*, cit., pág. 156). Designadamente, no que concerne à *função pública* do Estado (francês) é necessário, para que um funcionário possa ser despedido, por motivos objectivos, que exista uma lei de “*dégagement des cadres*”, que preveja as condições de despedimento (e a respectiva indemnização), ou de reclassificação do trabalhador (cfr. article 69.º da Loi du 11 de janvier 1984). No entanto, estas leis não implicam necessariamente o despedimento do agente, podendo, ao invés, estas prever a reclassificação do trabalhador, quer dentro do corpo de origem, quer noutros corpos da administração, cfr. Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, cit., pág. 100. Até porque a decisão do despedimento é excepcional, *uma vez que a segurança no emprego domina* (e caracteriza) *a função pública do Estado*, cfr. Alain Plantey, *La Fonction Publique, Traité Général*, 2.ª ed., Litec, Paris, 2001, pág. 368-371.

¹⁶²¹ Podendo acrescentar-se assim, em geral, que a relação de emprego público, tal como ensina Leal Amado a propósito do contrato individual de trabalho “é como o amor: eterno enquanto dura!”, cfr. João Leal Amado, “O contrato de trabalho na gestão do risco empresarial e na garantia da equidade laboral”, cit., pág. 35.

uma disponibilidade acrescida¹⁶²². Os trabalhadores do sector público encontram-se exclusivamente vinculados à prossecução do interesse público, decorrendo desta sujeição, nomeadamente, a obrigação de cumprimento de princípios jurídicos fundamentais (cfr. artigos 266.º e 269.º da CRP) e a sujeição a regimes singulares de hierarquia, de incompatibilidades, de impedimentos (cfr. artigo 269.º e 271.º), de responsabilidade civil, penal e disciplinar (cfr. artigo 271.º da CRP). Por fim, os trabalhadores públicos continuam a poder ver o seu estatuto ser modificado unilateralmente pela lei ou pela Administração em nome do interesse público – como aconteceu em tempos recentes, nomeadamente, com as reduções remuneratórias aprovadas, como comprovam as últimas e sucessivas leis do orçamento de Estado desde 2010 (v. g., LOE 2011, LOE 2012, LOE 2013, LOE 2014), justificadas por uma forte crise económica que Portugal atravessou.

Todas estas exigências decorrem, directa ou indirectamente, da Constituição e não encontram paralelo no regime dos trabalhadores no sector privado. Na verdade, os “funcionários públicos” encontram-se numa *relação especial* – tradicionalmente designada *relação especial de poder* (ou até *estatutos de sujeição*) –, que os coloca numa *situação especial* geradora de mais deveres e obrigações que resultam para o cidadão, em geral, e para os restantes trabalhadores, em específico¹⁶²³.

Resulta do exposto, que os factores mencionados contribuem para introduzir desequilíbrio, ou sacrifícios acrescidos na relação de emprego público, pelo menos, em comparação com a relação de emprego privado. Justificando-se, a nosso ver, uma necessidade de (re) equilibrar este regime de maiores sacrifícios com um regime de compensações aos trabalhadores públicos, o que pode passar pela consagração a nível legislativo de maiores garantias de estabilidade, designadamente ao nível da disciplina das causas objectivas de cessação. Até porque, como ensina Liberal Fernandes, embora a reforma do emprego público esteja a ir no sentido de uma convergência com o direito laboral privado, não pode esquecer-se que o sector público continua a exigir o cumprimento de um conjunto de funções, substancialmente mais amplas do que as relacionadas com o exercício de funções de au-

¹⁶²² Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 115.

¹⁶²³ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed. (2.ª reimpr.), Almedina, Coimbra, 2003, pág. 466.

toridade, cuja boa execução exige “*garantias de estabilidade laboral a que o novo regime parece adverso ou alheio*”¹⁶²⁴.

Caberá ao legislador ordinário a decisão de prever, ou não — numa óptica de reequilíbrio entre um regime de sacrifícios e um regime de compensações dos trabalhadores públicos —, causas objectivas de cessação em relação a cada uma das carreiras¹⁶²⁵. Caso aquele decida consagrar para determinada(s) carreira(s) causas objectivas de cessação da relação existirá sempre a necessidade de respeitar sempre os critérios enunciados nos n.ºs 2 e 3, do artigo 18.º da CRP¹⁶²⁶. Pois como refere o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul n.º 03722/08, de 14 de Junho de 2012, “[s]e a Constituição não veda que causas objectivas possam implicar a cessação da relação laboral efectiva, ou a sua suspensão, na função pública, a verdade é que indispensável se torna, em qualquer caso, que sempre ocorram razões que tornem necessária, adequada e proporcionada a compressão do direito fundamental à segurança no emprego daí decorrente”¹⁶²⁷. Segundo cremos, por um lado, só com a verificação de determinados requisitos objectivos cumulativos, que enunciaremos *infra*, se encontrarão cumpridos aqueles critérios previstos no artigo 18.º da Constituição e, por outro lado, a necessidade da verificação cumulativa daqueles requisitos dificultará à Administração a possibilidade de cessação da relação de emprego público por circunstâncias objectivas, transformando tal cessação numa *ultima ratio* — o que contribuirá para aumentar a estabilidade dos trabalhadores do sector público.

Cabe agora colocar a questão de saber se dentro do grupo dos “funcionários públicos” não existirão alguns que conhecem no exercício das suas funções, e por causa delas, deveres, exigências e sacrifícios especiais e que, por isso, devam ser recompensados. Gomes Canotilho refere que “*as relações especiais de poder são de diferente natureza e poderão exigir uma limitação do estatuto geral do cidadão em grau muito diferencia-*

¹⁶²⁴ Francisco Liberal Fernandes, “A flexibilidade como novo modo de ser da relação de emprego público: necessidade ou estratégia de domínio”, cit., pág. 292.

¹⁶²⁵ Não obstante a LTFP não conter nenhuma noção de carreira, tal como a antecessora Lei n.º 12-A/2008, esta pode ser definida como 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. Paulo Veiga e Moura, e Cátia Arrimar, *Os Novos Regimes de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações da Administração Pública*, cit., p. 117.

¹⁶²⁶ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 132.

¹⁶²⁷ Sobre o princípio da proibição do excesso, vide, por todos, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pág. 457.

do”¹⁶²⁸. Mesmo entre *funcionários públicos*, todos eles em *relações especiais de poder*, se encontram carreiras de diferente natureza, que se traduzem em diferentes graus de exigência e implicam diferentes restrições aos direitos fundamentais dos seus trabalhadores. Quanto maiores as exigências, as restrições especiais de direitos e os sacrifícios inerentes a uma determinada carreira, maior deve ser a recompensa desses trabalhadores. Este desequilíbrio pode ser compensado com uma maior remuneração, mais subsídios, ou com *garantias acrescidas de estabilidade*, *v.g.*, a não consagração de causas objectivas de cessação do vínculo — consistindo esta eventual decisão ainda numa decorrência do *princípio da igualdade*, previsto em geral no artigo 13.º da CRP, de acordo com o qual deve tratar-se de modo desigual o que é desigual. Deste modo, podemos concluir que dentro da Administração existem trabalhadores que conhecem diferentes exigências, deveres ou restrições, no exercício das suas funções, e que tal facto deve ser ponderado pelo legislador no momento da decisão de consagrar (ou não) causas objectivas de cessação para aquela carreira.

Procuraremos, de seguida, saber o critério que deve presidir à tomada de decisão de consagração de causas objectivas de cessação relativamente a determinada relação de emprego público, e de não previsão das mesmas causas para outra relação deste tipo de emprego.

Começando por recorrer à lei ordinária em vigor, deparamo-nos com um critério puramente formal, que como já vimos é imperfeito, e que assenta no vínculo que esteja em causa. Assim, o vínculo de nomeação, reservado para funções de autoridade e soberania, não cessa com fundamento em circunstâncias objectivas, ao invés do vínculo de contrato de trabalho em funções públicas, previsto para funções predominantemente técnicas, que pode cessar por motivos objectivos, fora dos casos previstos na *cláusula de salvaguarda* prevista no n.º 4, do artigo 88.º da LVCR (artigo 259.º e 311.º da LTFP). Na verdade, pode-se até admitir que em termos genéricos os nomeados conhecem deveres funcionais mais exigentes do que os de outras carreiras, desde logo, porque de acordo com a lei ordinária em vigor, os nomeados integram carreiras especiais, e segundo ela tal significa que os “respectivos trabalhadores se devam sujeitar a deveres funcionais mais exigentes que os previstos para os das carreiras gerais” (cfr. n.º 2, do artigo 8.º, e n.º 4, do artigo 84.º da LTFP). Contudo, e ainda que se entenda que,

¹⁶²⁸ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pág. 466.

em princípio, para tais carreiras se justifica a decisão do legislador de não consagrar motivos objectivos de cessação do vínculo de nomeação — até porque se pode entender que o exercício destas funções vitais de autoridade e soberania, poderiam ver o seu modo de actuação afectado, caso se previssem causas objectivas de cessação desta relação¹⁶²⁹ —, estas não são as únicas carreiras consideradas especiais¹⁶³⁰, pois existem outras carreiras nas quais os trabalhadores também se sujeitam a deveres mais exigentes de os outros trabalhadores em funções públicas em geral.

Assim, pensamos que a distinção anteriormente apresentada entre nomeação e contrato de trabalho em funções públicas assenta num critério puramente formal (o vínculo), e como tal não deve ter a relevância pretendida. Além de que, como vimos, esse critério, tal como consta no direito positivo vigente, é um critério restrito e imperfeitamente delimitado. Desde logo, e designadamente porque, *por um lado*, há contratados e nomeados que exercem similares funções de autoridade ou soberania — *v.g.*, um polícia municipal de Coimbra com contrato de trabalho em funções públicas e um polícia municipal que é efectivo da Polícia de Segurança Pública, como tal nomeado, requisitado pela Câmara Municipal do Porto ou Lisboa¹⁶³¹ — ; *por outro lado*, podemos encontrar na mesma carreira e com o mesmo conteúdo funcional nomeados e contratados (*v.g.*, como acontece actualmente na carreira da inspecção tributária); e, *por fim*, há nomeados que, na prática, se encontram a exercer funções predominantemente técnicas (*v.g.*, um militar instrutor na Escola Prática da Guarda Nacional Republicana¹⁶³² — embora este continue a ter encargos especiais e mais gravosos do que para outros trabalhadores¹⁶³³, como acontece com as

¹⁶²⁹ Miguel Lucas Pires, *Será mesmo inadmissível “despedir funcionários públicos”?*, cit. pág. 69.

¹⁶³⁰ É, *v.g.*, considerada como carreira especial a médica, nos termos do Decreto-Lei n.º 177/2009, de 04 de Agosto que estabelece o regime da carreira especial médica, bem como os respectivos requisitos de habilitação profissional.

¹⁶³¹ Com efeito, o Município de Lisboa e o do Porto têm uma polícia municipal constituída por efectivos da Polícia de Segurança Pública, portanto, com vínculo de nomeação, requisitados por aquelas Câmaras (artigo 21.º da Lei n.º 19/2004, de 20 de Maio, que procedeu à revisão da lei quadro que define o regime e forma de criação das polícias municipais), e restantes câmaras municipais têm polícia municipal com vínculo de contrato de trabalho em funções públicas.

¹⁶³² Cfr. artigo 200.º, do Decreto-Lei n.º 297/2009, de 14 de Outubro, que aprova o Estatuto dos Militares da Guarda Nacional Republicana.

¹⁶³³ Cfr. alínea a) do artigo 16.º da Decreto-Lei n.º 297/2009.

restrições aos seus direitos fundamentais, nos termos do artigo 270.º, da CRP, factores estes que devem ser ponderados e que só por si podem justificar um regime mais estável – , e, *v.g.*, um inspector da Segurança Social que realiza apenas diariamente o vulgarmente designado “trabalho de secretaria”).

Deste modo, torna-se necessário continuar a procurar outro critério que esteja na base da decisão da consagração ou não de causas objectivas de cessação. No enalço deste, pode começar-se por referir que entendemos que devem presidir à tomada de decisão da previsão, ou da não previsão, de causas objectivas de cessação do vínculo, razões que se prendem com as *condições específicas de cada carreira*, independentemente do vínculo que esteja em causa, sendo certo que tal decisão cabe no âmbito dos poderes do legislador ordinário. Torna-se relevante atender às *condições específicas de cada carreira*, uma vez que algumas delas conhecem mais sacrifícios e exigências do que a generalidade das carreiras na Administração Pública, e que por tal merecem ser compensadas, designadamente, ao nível de uma maior estabilidade do vínculo.

Assim, partindo *do conteúdo funcional de uma carreira*, o legislador deve analisar se as *condições específicas dela* impõem ao trabalhador público sacrifícios ou exigências acrescidas que devam ser recompensados, designadamente através de maiores garantias de estabilidade e, assim, decidir se consagra ou não causas objectivas de cessação do vínculo para aquela. Podem estar em causa carreiras tituladas pelo vínculo da nomeação¹⁶³⁴, mas podem também estar em causa carreiras

¹⁶³⁴ Constituindo pois, *v.g.*, uma dessas carreiras a dos militares da Guarda Nacional Republicana, titulada por nomeação, na qual se exercem funções de soberania e autoridade (cfr. Decreto-Lei n.º 297/2009, de 14 de Outubro, que aprova o Estatuto dos Militares da Guarda Nacional Republicana). Ora, desde logo, decorre das previsões constitucionais que estes militares conhecem restrições especiais aos seus direitos fundamentais, o que é justificado com base na *relação especial de poder* na qual se inserem, tendo estas restrições fundamento constitucional expresso, nos termos da artigo 270.º da Lei Fundamental. Percorrendo as previsões legais que dispõem sobre o regime daqueles, designadamente analisando o conteúdo funcional que resulta daquelas para estes, podemos concluir que estes militares estão também sujeitos a um tipo de hierarquia específica: a chamada *hierarquia de comando* [cfr. Decreto-Lei n.º 297/2009, de 14 de Outubro; Lei n.º 145/99 de 1 de Setembro, que aprova o Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional Republicana; e Despacho do Comando-Geral da Guarda Nacional Republicana n.º 10393/2010, que aprova o Regulamento Geral do Serviço da Guarda Nacional Republicana (RGSG-NR)]. Os mesmos trabalhadores públicos conhecem, ainda, outros deveres especiais face à generalidade das carreiras: como o *dever de usar uniforme* (cfr. alínea a) do artigo 16.º da Decreto-Lei n.º 297/2009) – o que já só por si pode considerar-se um sacrifício especial

tituladas pelo contrato de trabalho em funções públicas – distinção que como já vimos decorre da lei ordinária em vigor, mas que assenta num critério meramente formal. Com efeito, é possível encontrar trabalhadores vinculados com contrato de trabalho em funções públicas que conhecem na sua carreira também muitos sacrifícios especiais no exercício das suas funções, os quais podem estar, e na maior parte dos casos estarão, relacionados com funções de autoridade ou de soberania – *v.g.*, um polícia municipal com contrato de trabalho em funções públicas¹⁶³⁵, ou um inspector tributário que inicia funções depois da entrada em vigor da LVCR, e que detém um vínculo de contrato de trabalho em funções públicas –, mas nada impede que no exercício de outras funções, predominantemente técnicas, também surjam deveres e/ou exigências especiais que devem ser compensados – *v.g.*, um médico do serviço de urgências em regime de direito público¹⁶³⁶ –, o que pode justificar a existência, também, para estas carreiras, de um regime mais protector no que respeita a garantias de estabilidade, designadamente justificando a não previsão de causas objectivas de cessação do seu vínculo. Não obstante, sublinhe-se que tal decisão deve ser tomada pelo le-

–, o *dever de disponibilidade*, nos termos do artigo 10.º, do Decreto-Lei n.º 297/2009 – segundo o qual face à sua condição militar e à especificidade da missão, o militar da Guarda encontra-se permanentemente disponível para o serviço. Enfrentam ainda condições de trabalho mais exigentes e perigosas do que as que resultam para outros trabalhadores do sector público, quer quando integram o vulgarmente designado *trabalho de campo* (como “rondas” e “patrulhas”), quer em outras missões nacionais e internacionais. Devido a todos os sacrifícios, restrições e deveres especiais que conhece um militar da GNR no exercício das suas funções devem ser recompensados, cremos que deve consagrado um regime mais protector no que respeita à estabilidade, com a *decisão de não previsão de causas objectivas de cessação do seu vínculo*.

¹⁶³⁵ Cfr. espte. artigos 1.º, 3.º e 4.º, da Lei n.º 19/2004, de 20 de Maio, que procedeu à revisão da lei quadro que define o regime e forma de criação das polícias municipais. A carreira de polícia municipal constitui uma carreira não revista, nos termos do artigo 19.º, do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 69-A/2009, de 24 de Março, com o conteúdo funcional constante do Despacho 20/SEALOT/94, publicado no DR, II Série, de 12.05.1994.

¹⁶³⁶ Cfr. nos termos do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 177/2009, de 4 de Agosto, que aprovou o regime jurídico da nova carreira especial médica única, (alterado pelo Decreto-Lei n.º 266-A/2012, de 31 de Dezembro), os médicos em regime de direito público hoje integram a *carreira especial médica*, e a sua relação jurídica de emprego público é constituída por contrato de trabalho em funções públicas, com *deveres funcionais especiais* previstos no artigo 10.º, e com o *conteúdo funcional* previsto nos artigos 11.º e sgs., do mesmo diploma.

gislador e só deve ser tomar atendendo aos condicionalismos específicos de cada carreira.

Contudo, caso o legislador decida, desde que fundamentadamente, consagrar causas objectivas de cessação do vínculo de emprego público para uma determinada carreira, tal decisão não deve ter-se por inconstitucional. Isto porque, como vimos, não resulta do texto constitucional um direito constitucional à segurança do emprego público diferente dos demais trabalhadores¹⁶³⁷, não derivando assim daquele direito a previsão da relação de emprego público como vitalícia¹⁶³⁸, nem a proibição da consagração de causas objectivas de cessação do emprego público. Apenas se exige, para se considerar respeitado aquele direito fundamental à segurança, que a norma que consagre tais causas de cessação respeite os critérios enunciados nos n.ºs 2 e 3, do artigo 18.º da CRP¹⁶³⁹ – neste sentido, como já vimos, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul n.º 03722/08, de 14 de Junho de 2012.

Decorre do exposto que a decisão de consagração ou de não consagração de causas objectivas de cessação da relação de emprego público para uma determinada carreira deverá ser tomada pelo legislador, não devendo *assentar no critério formal* (e legislativamente imperfeitamente delimitado) de distinção entre funções de soberania e funções predominantemente técnicas – uma vez que se pode justificar a decisão de não consagração de tais causas em relação a outras carreiras não relacionadas com funções de autoridade e soberania, mas que impliquem também deveres e sacrifícios especiais.

O critério que deve antes presidir à tomada de decisão do legislador ordinário de consagrar ou não causas objectivas de cessação deve prender-se sempre com as *condições específicas de cada uma das carreiras*, e já não com aquele critério formal de distinção entre funções de autoridade e funções técnicas. Deste modo, o legislador deve partir *do conteúdo funcional das carreiras* e ponderar tal decisão atendendo às condições de cada uma delas, designadamente verificando da existência,

¹⁶³⁷ Miguel Lucas Pires, *Será mesmo inadmissível “despedir funcionários públicos”?*, cit. pág. 68, e Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 132, e Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho”, cit., pág. 303.

¹⁶³⁸ Cláudia Viana, “O Contrato de Trabalho”, cit., pág. 303.

¹⁶³⁹ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 132, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 285/92, 17 de Agosto, e Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul n.º 03722/08 de 14 de Junho de 2012.

ou não, de eventuais restrições ou sacrifícios especiais daquela carreira para os trabalhadores em causa, resultantes da Constituição ou de lei.

Pode concluir-se, pois, uma vez que não decorre da Constituição a proibição de consagração de causas objectivas no emprego público, nem para os que exercem funções de soberania nem para os que exercem funções técnicas, que em abstracto não se deve negar a possibilidade do legislador ordinário consagrar a extinção do vínculo por motivos objectivos, deixando para este essa decisão em relação a cada uma das carreiras.

Caso se preveja para determinada carreira causas objectivas de cessação, tal como decorre da lei ordinária actualmente em vigor, só se efectuará a extinção do vínculo de um determinado trabalhador após a Administração ter cumprir um determinado procedimento: o da *requalificação*. Esta selecciona os trabalhadores a reafectar, tenta reafectá-los e, caso fiquem trabalhadores por reafectar, coloca-os na situação de *requalificação*, tentando recolocá-los. Esta obrigação legal da Administração tentar recolocar os trabalhadores contratados que se encontrem no procedimento de *requalificação* tem actualmente o prazo de duração de um ano, findo o qual ocorre a cessação do contrato de trabalho. Consideramos que este prazo previsto no direito positivo vigente é manifestamente escasso¹⁶⁴⁰. Assim, perante os dados juspositivos vigentes, se conjugarmos a escassez do prazo em situação de *requalificação*, juntamente com a ausência de qualquer regra impeditiva na contratação de novo pessoal no(s) ano(s) seguinte(s) — bastando, para o efeito, que num ano se entenda que o pessoal é excessivo e nos seguintes já se orçamente verba para contratar novo pessoal —, julgamos, na esteira de Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, que se poderá estar perante um atentado constitucionalmente inadmissível ao direito fundamental à segurança e estabilidade no emprego¹⁶⁴¹.

Contudo, se, por um lado, consideramos que o prazo de um ano actualmente previsto na lei ordinária é manifestamente curto para a Administração tentar recolocar o trabalhador, por, outro lado, reconhecemos que se apresenta como tarefa difícil e controversa avançar com um prazo máximo durante o qual o trabalhador deve aguardar por

¹⁶⁴⁰ O que decorre da leitura conjunta, da alínea a) do n.º 1, do artigo 258.º; do n.º 2 do artigo 259.º; e do n.º 1 do artigo 311.º da LTFP.

¹⁶⁴¹ Neste sentido, Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os Novos Regimes de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações da Administração Pública*, anotação ao artigo 33º, cit., pág. 100.

recolocação até que a Administração possa fazer cessar o seu vínculo. Apesar destas advertências, sabendo da importância de avançar com um prazo máximo, e não querendo escusar-nos desta tarefa, tendemos a considerar como um prazo razoável o prazo máximo previsto para a figura do *pacto de permanência* – por encontramos alguma semelhança/correspondência nas duas situações –, previsto no artigo 78.º da LTFP, que é de três anos. Pois, se o empregador público pode celebrar com o trabalhador um pacto de permanência, de acordo com o qual, sem diminuição de remuneração, este mantém a obrigação de prestação de serviço durante um prazo não superior a três anos, como compensação de despesas extraordinárias comprovadamente feitas pelo empregador público na formação profissional do trabalhador, também cremos ser um prazo razoável para a administração tentar recolocar o trabalhador no caso da ocorrência de um motivo objectivo que pode originar a cessação da relação de emprego público do trabalhador.

Na hipótese da Administração não conseguir recolocar o trabalhador no prazo previsto – prazo este que pode ser o sugerido, de três anos, ou qualquer outro superior ao legalmente previsto –, defendemos que são ainda possíveis outras soluções antes de ocorrer a cessação do vínculo. Designadamente: se o trabalhador estiver perto da idade da reforma, findo aquele prazo em situação de requalificação, e desde que com o consentimento deste, deve ser-lhe facilitada a passagem àquela; se expirado o prazo em situação de requalificação e desde que o trabalhador concorde com a suspensão do seu vínculo – correspondendo esta suspensão ao não exercício de funções e à perda das remunerações respectivas –, não descortinamos razões válidas para este ter de cessar. No que concerne a esta última solução, ao trabalhador suspenso deve ser assegurado o direito de preferência numa futura vaga que surja num posto de trabalho, igual ou similar, ao que mantinha antes da suspensão. Assim sendo, entendemos que a cessação do vínculo por causas objectivas só deve ocorrer como *ultima ratio*.

Contudo, perante os dados juspositivos vigentes, caso se verifique a cessação do vínculo contratual por ter terminado o prazo em situação de requalificação, o trabalhador não ficaria completamente desamparado, uma vez que se encontram previstos já alguns direitos e prerrogativas, tais como: o direito a uma compensação, calculada nos termos do Código do Trabalho (cfr. artigo 312.º da LTFP); o direito a auferir de subsídio de desemprego por cessação da relação de emprego

público; a possibilidade do trabalhador, a todo o tempo, chegar a acordo com a Administração sobre a cessação do seu vínculo (cfr. artigos 295.º e 296 da LTFP); e, o direito de accionar o controlo jurisdicional sobre a licitude ou ilicitude da actuação da Administração que declara a cessação do contrato de trabalho em funções públicas na sequência de processo de requalificação (cfr. artigo 313.º da LTFP). Mesmo assim, parece-nos que tais prerrogativas ou direitos são insuficientes para assegurar o cumprimento do direito fundamental à segurança constitucionalmente previsto, pelo que entendemos que se torna necessário que o legislador aumente essa segurança, designadamente consagrando requisitos cumulativos que têm que se verificar para poder ocorrer a cessação do vínculo por motivos objectivos. Pretende-se, pois, com tais requisitos dificultar a possibilidade da Administração Pública fazer cessar as relações de emprego público, contribuindo deste modo, consequentemente, para o aumento da segurança e estabilidade dos trabalhadores públicos e para uma melhor prossecução das suas funções. Como afirmava brilhantemente Lino Ribeiro: “*o clamor das pessoas por segurança, por uma certa estabilidade nas relações jurídicas, é um valor fundamental de qualquer Estado que tenha a pretensão de ser um Estado de direito*”¹⁶⁴².

Decorre do exposto que, na nossa opinião, quando a Administração tenha que recorrer, como *ultima ratio*, à cessação do vínculo de emprego público por causas objectivas, deve fazê-lo apenas e só depois de cumpridos cumulativamente os seguintes requisitos: *i*) que tenha sido ultrapassado o tempo máximo do trabalhador colocado em situação de requalificação (que, como proposto *supra*, deveria ser de três anos); *ii*) que a Administração comprove que tentou em concreto e efectivamente recolocar o trabalhador; e, *iii*) que a Administração não possa no(s) próximo(s) ano(s) recrutar novo trabalhador para ocupação de posto de trabalho igual ou semelhante ao do trabalhador que viu cessar o seu vínculo, sendo que se tal suceder a Administração tem obrigação de reintegrar o trabalhador nesse mesmo posto de trabalho¹⁶⁴³. Acresce

¹⁶⁴² Lino Ribeiro, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, cit., pág. 240.

¹⁶⁴³ Mais: a ausência de uma regra impeditiva de recrutar novo pessoal no(s) ano(s) seguinte(s) permite que num ano se entenda que o pessoal é excessivo e nos seguintes já se orçamente verba para contratar novo pessoal. Alertando a propósito Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar que “[a] extinção do posto de trabalho nos termos aqui previstos não é constitucionalmente necessária para a salvaguarda de quaisquer outros valores constitucionalmente protegidos — até por não se poder esquecer que o princípio da continuidade do serviço público reclama que não se ex-

que, como já se prevê na lei ordinária, entendemos que, cessando o seu vínculo, o trabalhador deve ser indemnizado. Entendemos, pois, que só assim estarão preenchidos os critérios previstos nos n.ºs 2 e 3, do artigo 18.º da CRP e poderá a Administração desta forma fazer cessar um vínculo da relação de emprego público por causas objectivas.

8.2. *Direito de contratação colectiva dos trabalhadores da Administração Pública*

Tradicionalmente não era reconhecido o direito à contratação colectiva aos trabalhadores da *função pública*, e mesmo actualmente só os trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas vêm reconhecido legislativamente tal direito. A reserva de lei formal conferida à Assembleia da República para legislar sobre as bases da *função pública* costuma ser apontada como um *limite directo à liberdade de contratação colectiva dos funcionários públicos*¹⁶⁴⁴. Assim o facto do legislador constituinte ter sujeitado a *função pública* a uma reserva de lei configura-se como o principal obstáculo ao reconhecimento da negociação colectiva no seio daquela¹⁶⁴⁵.

Logo, o facto dos aspectos mais importantes do regime do emprego público deverem ser fixados, por imposição constitucional, uni-

tingam relações jurídicas que brevemente podem voltar a ser necessárias para a satisfação do mesmo ou outro órgão — , maxime a eficácia e a eficiência da Administração, para além de potenciar que nas alterações dos «ciclos políticos» se assista a uma cessação de contratos para nos anos seguintes se iniciarem novas relações por tempo indeterminado com outros trabalhadores, numa partidarização da estrutura administrativa que, essa sim, seguramente em nada contribuirá para a eficácia e bom funcionamento da Administração Pública”, cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, Os Novos Regimes de Vinculação, de Carreiras e de Remunerações da Administração Pública, anotação ao artigo 33º, cit., pág. 100. Também alerta, neste sentido, Lino Ribeiro, “o modo como as causas objectivas podem operar é susceptível de transformar a desejável flexibilidade em arbitrariedade. Os recursos humanos são planificados e geridos em função de um mapa de pessoal a aprovar anualmente com a proposta de orçamento para o ano seguinte. Compete ao dirigente máximo dos serviços definir em cada ano, em função dos recursos financeiros e da política de emprego, se os postos de trabalho são insuficientes ou excessivos, promovendo o recrutamento ou a cessação do contrato, conforme for o caso. Ora, a ampla discricionariedade que a Administração dispõe na aprovação do mapa anual, sem que haja regras impeditivas da contratação de novo pessoal ou da proibição de extinção do posto de trabalho nos anos seguintes, cria uma situação de instabilidade e de precariedade pouco compatível com o direito ao lugar, assim como propícia a criação de situações arbitrárias dificilmente controláveis”, cfr. Lino Ribeiro, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, cit., pág. 239.

¹⁶⁴⁴ Expressão de Francisco Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 149.

¹⁶⁴⁵ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 107.

lateral e autoritariamente, pela lei¹⁶⁴⁶, criou grande entrave à admissibilidade da contratação colectiva no seio do emprego público¹⁶⁴⁷.

No entanto, o reconhecimento dos direitos fundamentais a todos os trabalhadores, incluindo os funcionários públicos, sobretudo dos seus direitos colectivos — no qual se inclui o n.º 3, do artigo 56.º da CRP, que consagra o *direito de contratação colectiva* — levou a que surgissem vozes a defender a possibilidade da coexistência entre as bases do regime da *função pública* sujeitas a uma reserva de lei formal e a possibilidade da consagração do direito de contratação colectiva dos funcionários públicos; quer tal coexistência fosse fora do âmbito das matérias consideradas de bases do regime da *função pública*¹⁶⁴⁸, quer fosse em aspectos secundários às matérias previstas nessa reserva de lei, desde que a lei que estabelecesse as bases gerais do emprego público voluntariamente se autolimitasse e previsse essa possibilidade¹⁶⁴⁹.

O direito de contratação colectiva encontra expressa consagração constitucional, correspondendo a um direito fundamental do trabalhador, competindo o seu exercício às associações sindicais¹⁶⁵⁰ (cfr. n.º 3,

¹⁶⁴⁶ Francisco Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág.155.

¹⁶⁴⁷ Francisco Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág.133.

¹⁶⁴⁸ Neste sentido refere Francisco Fernandes “o próprio facto de a definição das bases gerais da função pública ser da exclusiva competência do legislador e, por esse motivo, constituir uma matéria cuja regulamentação se encontra livre da interferência da autonomia colectiva dos agentes públicos, não é uma situação que, no seu conjunto, possa ser equiparável à que decorreria da consagração do modelo clássico, dado que, relativamente às outras condições de trabalho, não existe qualquer proibição constitucional quanto à possibilidade de serem reguladas através da negociação colectiva”, cfr. Francisco Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág.134.

¹⁶⁴⁹ Neste sentido Paulo Veiga e Moura refere “nada impede que o próprio legislador das bases do regime se auto-limite e, respeitada que seja uma determinação material suficiente, remeta para a negociação colectiva a regulamentação de determinados aspectos complementares e periféricos das matérias incluídas na reserva de lei”. Acrescentado, o autor citado, “[c]ontudo, seguramente que esta possibilidade nunca poderá conduzir a uma paridade na fixação das condições de trabalho dos funcionários e agentes, a qual sempre reclamará, sob pena de se fazer perigar e hipotecar a prossecução do interesse público uma natural supremacia por parte da autoridade pública”, cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 114.

¹⁶⁵⁰ Determinando o n.º 3 (*in fine*) do artigo 56.º da CRPP que este direito garantido “nos termos da lei”. A propósito referem-nos Gomes Canotilho e Vital Moreira, “[n]ão é inequívoco o sentido do exercício do direito «nos termos da lei». A garantia do exercício do direito *nos termos da lei* não significa a transferência para o legislador da própria garantia da contratação colectiva. Trata-se tão somente de dizer que à lei incumbe estabelecer as regras básicas relativas ao *direito de autonormação* dos trabalhadores exercido através das associações sindicais. (cfr. AcsTC n.ºs 581/98 e 391/04). O direito é um *direito próprio*, imediatamente reconhecido pela Constituição, e não um direito derivado da lei (cfr. AcTc

do artigo 56.º da CRP)¹⁶⁵¹. No âmbito do Direito do Trabalho Privado, os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho surgem como um singular instituto deste ramo do direito¹⁶⁵², pois como ensina Pedro Romano Martinez o direito do trabalho apresenta uma especificidade em matéria de fontes de direito, pois ao lado das fontes heterónomas, comuns a todos os ramos do direito, surgem as fontes autónomas, que são o produto da “autorregulamentação de interesses”¹⁶⁵³. Sendo, as fontes colectivas, essencialmente os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, fontes típicas do direito do trabalho¹⁶⁵⁴. Estes instrumentos surgem, assim, como fontes internas específicas, e típicas, do direito de

n.º 517/98). Todavia, a remissão para a lei (cfr. também o n.º4) confere ao legislador uma margem de conformação não somente quanto à competência e ao modo de exercício desse direito, mas também quanto à sua própria configuração substantiva (por exemplo, definição das matérias elegíveis para serem objecto de contratação colectiva), desde que isso não implique uma injustificada ou desrazoável restrição do seu âmbito”. Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. I, cit., anotação ao artigo 56.º, pág.746.

¹⁶⁵¹ João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 34.

¹⁶⁵² Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 212.

¹⁶⁵³ Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 6.ª ed., 2013, Almedina, Coimbra, pág. 177.

A distinção entre fontes heterónomas e fontes autónomas consiste, segundo Monteiro Fernandes, em que “[a]s primeiras (de que a lei constitui exemplo) traduzem intervenções externas – do Estado – na definição das condições de trabalho e aspectos conexos, ou seja na composição de interesses de empregadores e trabalhadores. As segundas (as convenções colectivas) constituem formas de auto-regulação de interesses, isto é, exprimem soluções de equilíbrio ditadas pelos próprios titulares daqueles, os trabalhadores e os empregadores, colectivamente organizados ou não”, cfr António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 56.

¹⁶⁵⁴ Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 6.ª ed., 2013, Almedina, Coimbra, pág. 177.

trabalho, nos termos do artigo 1.º do Código do Trabalho¹⁶⁵⁵⁻¹⁶⁵⁶. Pelo que, se afirma hoje a convenção colectiva de trabalho como um das mais influentes fontes de Direito do Trabalho¹⁶⁵⁷.

Tarefa mais difícil se revela a de tentar caracterizar o que se entende por convenção colectiva de trabalho. Definindo-a Bernardo Xavier como um acordo celebrado entre as instituições patronais (empregadores e as suas associações), com as associações representativas de trabalhadores, tendo por objectivo principal a fixação das condições de trabalho (salários, férias, entre outras) que virão a vigorar para as categorias abrangidas por aquele acordo¹⁶⁵⁸. Também a natureza jurídica das convenções colectivas se apresenta como uma matéria controvertida e complexa. Sendo, neste âmbito, normalmente identificadas, fundamentalmente, três diferentes teses¹⁶⁵⁹: *as teses contratualistas*, que reconduzem a convenção colectiva à ideia de representação ou a conceitos de gestão de negócios, de contrato a favor de terceiro e cláusulas contratuais gerais; *as teses normativistas* que consideram este ins-

¹⁶⁵⁵ Actualmente, no âmbito do direito laboral comum, a matéria relativa aos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho encontra-se regulada no Subtítulo II do título III (Direito colectivo) do Livro I do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, entre os artigos 476.º a 521.º. Referindo o artigo 2.º do Código do Trabalho que os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho podem ser negociais ou não negociais. Sendo, que os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho negociais são a convenção colectiva, o acordo de adesão e a decisão arbitral em processo de arbitragem voluntária. Já os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho não negociais são a portaria de extensão, a portaria de condições de trabalho e a decisão arbitral em processo de arbitragem obrigatória ou necessária. Os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho são publicados no *Boletim do Trabalho e Emprego*, entrando em vigor, após a publicação, nos termos da lei. Isto sem prejuízo de a portaria de extensão e a portaria de condições de trabalho carecerem de ser publicadas no *Diário da República*, da qual depende a respectiva entrada em vigor (cfr. artigo 519.º do Código do Trabalho).

Podendo considerar-se que a convenção colectiva é o instrumento de regulamentação colectiva de trabalho nuclear, “em torno do qual todos os outros giram e em função do qual todos os outros se compreendem”, cfr. João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 33.

¹⁶⁵⁶ João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 33.

¹⁶⁵⁷ João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 34.

¹⁶⁵⁸ Bernardo da Gama Lobo Xavier, *Curso de Direito do Trabalho – Volume I (Introdução, Quadros Organizacionais e Fontes)*, Verbo, Lisboa/São Paulo, 2004, pág. 537.

¹⁶⁵⁹ Para mais desenvolvimento sobre estas posições sobre a natureza das convenções colectivas, vide Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 1071-1076, e Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 302-318.

trumento como um centro de produção normativa; e as *teses mistas ou ecléticas* que procuram uma síntese entre as duas posições anteriores, consideram que a convenção estão a meio caminho entre o contrato e a lei¹⁶⁶⁰. Quanto a nós, que não pretendemos escarpelizar este tema das convenções colectivas, diga-se apenas recorrendo à feliz expressão de Carnelutti, que “o *contrato colectivo é um híbrido, que tem corpo de contrato e a alma na lei*”¹⁶⁶¹. Também neste sentido, Leal Amado ensina que a convenção colectiva não é somente lei, nem somente contrato “*ela é, diz-se, uma síntese destas figuras, é um «contrato-lei», é uma «lei negociada», é um contrato criador de normas, um contrato normativo*”. Acrescentando o autor citado que embora a convenção colectiva apresente uma inequívoca faceta negocial, pois resulta do acordo estabelecido entre empregadores e trabalhadores, ela apresenta também uma importante faceta normativa, através da qual se estabelecem colectivamente as condições de trabalho¹⁶⁶².

Sendo, no entanto, inquestionável por determinação da Constituição que da celebração das convenções colectivas de trabalho resultam normas (cfr. n.º 4, do artigo 56.º, da CRP)¹⁶⁶³. O que nos leva a outra importante questão, em conexão com a questão da natureza da convenção colectiva, que é a de saber qual a natureza das normas emanadas de uma convenção colectiva de trabalho¹⁶⁶⁴. Rui Medeiros e Jorge Miranda defendem a insusceptibilidade de fiscalização pelo Tribunal Constitucional das convenções colectivas de trabalho, incluindo-as nas normas e actos normativos de direito privado¹⁶⁶⁵. Em sentido

¹⁶⁶⁰ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 212.

¹⁶⁶¹ Francesco Carnelutti, *Teoria del regolamento collettivo: dei rapporti di lavoro*, Padova, CEDAM, 1927, pág. 108.

¹⁶⁶² João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 34.

¹⁶⁶³ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. I, cit., anotação ao artigo 56.º, pág. 747-748.

¹⁶⁶⁴ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 311.

¹⁶⁶⁵ Jorge Miranda e Rui Medeiros defendem, neste sentido, que “[a] *autonomia colectiva, por certo não se confunde com a pura autonomia privada. Mas, tal como ela, é ainda expressão de uma sociedade civil distinta (embora hoje não separada) do Estado. Submeter as normas dela emergentes ao mesmo sistema de controlo de normas de Direito legislado (ou das normas de Direito Internacional convencional) implicaria uma publicização dessas normas, deslocada e inconveniente*”, cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *A Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, cit., anotação ao artigo 277.º, pág. 712-713.

contrário, pronuncia-se parte significativa da doutrina. Por exemplo, Gomes Canotilho considera que, como actos normativos que são, e na parte em que têm esse valor normativo, as convenções colectivas estão sujeitos ao controlo de constitucionalidade¹⁶⁶⁶. Por sua vez, o entendimento do Tribunal Constitucional quanto à natureza das normas contidas em convenções colectivas, após alguma hesitação¹⁶⁶⁷, consolidou-se no sentido de que as normas das convenções colectivas são verdadeiras normas para efeitos de fiscalização de constitucionalidade¹⁶⁶⁸. Este último entendimento vem permitir reforçar a tese da verdadeira

¹⁶⁶⁶ Cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., 2003, pág. 937.

Também neste sentido, entre outros, José Carlos Vieira de Andrade, “A Fiscalização da Constitucionalidade das «Normas Privadas» pelo Tribunal Constitucional” in *Revista de Legislação e jurisprudência*, ano 133.º (2001), pág. 357 a 363, Licínio Lopes Martins, “O conceito de norma na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”; in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXV (1999), pág. 599 a 648.

¹⁶⁶⁷ No sentido de considerar que as normas emanadas das convenções colectivas de trabalho se encontram excluídos do controlo de constitucionalidade cometido ao Tribunal Constitucional, v.g. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 172/93 (de 10 de Fevereiro de 1993), 637/98 (de 4 de Novembro de 1998), e 284/99, (de 5 de Maio de 1999), e 224/2005, (de 27 de Abril de 2005). Concluindo-se, v.g., no Acórdão n.º 172/93 “como as normas das convenções colectivas de trabalho não provêm de entidades investidas em poderes de autoridade, e muito menos provêm de poderes públicos, então não estão sujeitas à fiscalização concreta de constitucionalidade que incumbe a este Tribunal exercer, nos termos do artigo 280º, n.º 1, alínea b), da Constituição.”

¹⁶⁶⁸ Neste sentido, Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 311.

No sentido de considerar que as normas constantes das convenções colectivas de trabalho são verdadeiras normas, e como tal podem ser objecto de apreciação pelo Tribunal Constitucional, vários Acórdãos do Tribunal Constitucional, entre eles Acórdão n.º 214/94, de 2 de Março de 1994, no qual se pode ler “[c]hegados, assim, à conclusão que as regras jurídicas constantes das convenções colectivas de trabalho se devem ter como normas para efeitos do controlo de constitucionalidade cometido a este Tribunal”. Também, o Acórdão 368/97, 14 de Maio de 1997, considerando “[a]ssim, a jurisdição de tais normas é indiscutível, por estar fundamentada na lei”. Acrescentando, o mesmo Acórdão, “[p]or outro lado, as normas das convenções colectivas de trabalho não só são normas jurídicas, por determinação da lei, como se adequam a um conceito funcional de norma jurídica, para efeitos do controlo de constitucionalidade”. Ainda, o Acórdão n.º 580/2004, de 28 de Setembro de 2004, no qual se pode ler “[c]onclui-se, assim, que as normas constantes de convenções colectivas de trabalho se devem ter como normas para efeitos do controlo de constitucionalidade cometido a este Tribunal”. Mais recentemente, o Acórdão n.º 174/2008, de 11 de Março, no qual se pode ler “[p]or todas estas razões deve a constitucionalidade das normas contidas em convenções colectivas de trabalho, ou da interpretação que delas façam os tribunais, poder constituir objecto de recurso para o Tribunal Constitucional”.

natureza normativa das convenções colectivas¹⁶⁶⁹, podendo ler-se, a este propósito, no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 54/2009, de 28 de Janeiro de 2009, que “[a] *consagração do direito à contratação colectiva, enquanto direito fundamental titulado pelos trabalhadores e exercido pelas associações sindicais, resultou do reconhecimento de um pluralismo normativo no sentido de que o Estado deixou de deter o monopólio de criação dos preceitos juridicamente vinculantes*”. Dá-se, assim, como refere Jorge Leite — que considera as convenções colectivas como uma lei em sentido material¹⁶⁷⁰ —, afirmação do *princípio da autonomia normativa social*, através do qual se reconhece a determinadas “*formações sociais intermédias*”, nomeadamente aos trabalhadores enquanto grupo social organizado e aos empregadores, uma verdadeira *potestas normandi*, ou seja, um verdadeiro poder de criação de regras de conduta, de atribuição de direitos e de deveres relacionados com a sua situação de trabalhadores dependentes¹⁶⁷¹.

Também no Parecer da Procuradoria-Geral da República, n.º 9/2014, 6 de Outubro de 2014 se afirma, que “[é] *precisamente por constituírem um modo de formação de normas jurídicas que as convenções coletivas se inserem no elenco das fontes do direito*”.

Para finalizar, recorrendo à excelente conclusão de Pedro Madeira de Brito, pode referir-se que “*as convenções colectivas são um contrato de direito privado, mas simultaneamente fontes de direito, materialmente contêm normas jurídicas, mas também em termos formais porque são um centro de produção autorizada de normas jurídicas*”¹⁶⁷². Do exposto, somos levados a concluir que a convenção colectiva é uma fonte de direito da qual resultam normas jurídicas.

Tradicionalmente o que estava em causa no Direito do Trabalho com o recurso à negociação colectiva era a garantia de que se reconhecesse a faculdade de as partes poderem modificar *in melius* a disciplina fixada pelo legislador¹⁶⁷³. No entanto, tal foi afectado com a entrada em vigor do Código de Trabalho de 2003, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto¹⁶⁷⁴, que passou a dispor no seu n.º 1,

¹⁶⁶⁹ Neste sentido, também, Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 311.

¹⁶⁷⁰ Jorge Leite, *Direito do Trabalho e da Segurança Social*, cit., pág. 183 e sgs.

¹⁶⁷¹ Jorge Leite, *Direito do Trabalho*, Vol. I, cit., pág. 79.

¹⁶⁷² Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 311.

¹⁶⁷³ Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 156.

¹⁶⁷⁴ Código de Trabalho de 2003 foi aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto.

do artigo 4.º, que as normas daquele Código podem ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário. Com tal previsão ocorreu segundo o entendimento de João Leal Amado um “*verdadeiro atestado de óbito do favor laboratoris relativamente à contratação colectiva*”, pois dele se extrai que o Direito do Trabalho legislado, em princípio, possui um carácter facultativo ou supletivo face à contratação colectiva – ou seja, devido ao previsto neste preceito, passa a poder concluir-se que as normas legais serão, por regra, normas livremente afastáveis por convenção colectiva. Pelo que, daí em diante o quadro legal pode ser alterado in pejus por uma convenção colectiva, o que implicou uma mutação “(*dir-se-ia: uma revolução*) na filosofia básica inspiradora do Direito do Trabalho”¹⁶⁷⁵. O autor citado acrescenta, ainda, que se está perante um Direito do Trabalho mais flexível no qual a contratação colectiva já não é tida como um instrumento através do qual se pretende melhorar as condições de trabalho em relação ao previsto na lei¹⁶⁷⁶.

Mais tarde, aquando da elaboração do actual Código do Trabalho (de 2009) a dúvida era saber se o princípio do tratamento mais favorável liquidado em 2003, iria ou não ser resposto em vigor. A resposta veio a ser fornecida artigo 3.º, do Código do Trabalho de 2009¹⁶⁷⁷. O n.º 1 do artigo 3.º vem repetir a solução de 2003, ao prever que as *normas legais reguladoras de contrato de trabalho podem ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário*, podendo pensar-se somente pelo teor deste preceito que o Código do Trabalho de 2009, não trouxe novidades neste domínio. No entanto, o n.º 3, daquele artigo 3.º, vem prever um leque de matérias em relação às quais os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho somente podem afastar o regime legal em sentido mais favorável aos trabalhadores.

Referindo-se a tal preceito, Monteiro Fernandes entende que a posição de princípio adoptada pelo legislador em 2003 mantém-se, como tal, na revisão de 2009, mas com o n.º 3, daquele artigo 3.º, vem repor a prevalência do tratamento favorável relativamente a um largo

¹⁶⁷⁵ João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 47.

¹⁶⁷⁶ João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 47.

¹⁶⁷⁷ Código do Trabalho de 2009 foi aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro. Para uma análise mais detalhada deste Código, vide MARTINEZ, Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray e Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013

elenco de matérias, numa solução de compromisso que, na óptica do autor, acabaria por representar, sob o ponto de vista prático, um verdadeiro retorno à situação anterior do Código de 2003¹⁶⁷⁸.

Em sentido diverso, João Leal Amado refere que a tónica deve ser colocada na regra de princípio, para quem a verdade é que, “*enquanto regra de princípio, o favor laboratoris foi liquidado em 2003 e não foi ressuscitado em 2009*”¹⁶⁷⁹. Esta questão assume relevância no mundo do emprego público, uma vez em matéria de relação entre fontes do emprego público – a relação entre a lei e os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho e entre aquelas fontes e o contrato de trabalho em funções públicas – o legislador da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas remete para o Código do Trabalho.

A nosso ver numa opção infeliz, mais geradora de conflitos do que de soluções, demonstrando esta opção uma das incongruências em que incorre o legislador quanto importa para as soluções do mundo laboral privado para o universo do emprego público¹⁶⁸⁰ (cfr. alínea a), n.º 1 do artigo 4.º da LTFP), como vimos *supra*.

Entrando, especificamente, no tema da contratação colectiva quanto aos trabalhadores da Administração Pública, comece por referir-se que a Constituição consagra, no seu artigo 56.º, o direito à contratação colectiva sem distinguir aqueles trabalhadores públicos dos demais trabalhadores¹⁶⁸¹. Pelo que, em princípio será de considerar que o direito de contratação colectiva é também reconhecido a estes trabalhadores públicos. Mas devido ao tipo de finalidade que prosseguem estes trabalhadores, – o interesse público –, e às especificidades de regime que conhecem, pode justificar-se por vezes, algumas restri-

¹⁶⁷⁸ Nas suas palavras de Monteiro Fernandes “[t]al é a “*posição de princípio*” adoptada pelo legislador em 2003, e mantida (como tal) na revisão de 2009 (art. 3.º/1). No entanto, o Código revisto restringe fortemente o alcance dessa directiva geral. O art. 3.º/3 repõe a prevalência do tratamento mais favorável relativamente a um largo elenco de matérias, no qual se compromete tudo o que pode considerar-se essencial na construção do estatuto socio-laboral derivado para o trabalhador do contrato de trabalho. Trata-se manifestamente de uma solução de compromisso que, todavia, acaba por representar, sob o ponto de vista prático, um verdadeiro retorno à situação anterior ao Código”, cfr. António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 106.

¹⁶⁷⁹ João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, cit., pág. 55, nota de rodapé n.º 68.

¹⁶⁸⁰ Para mais desenvolvimentos sobre uma análise crítica à remissão da LTFP em matéria de relação de fontes para o Código do Trabalho, cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação ao artigo 4.º, pág. 95.

¹⁶⁸¹ Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 9/2014.

ções ou limitações aos direitos fundamentais (algumas delas previstas expressamente na Constituição, *v.g.* artigo 271.º), sobretudo no que concerne aos seus direitos colectivos, como aconteceu durante muito tempo com o direito de contratação colectiva.

Hodiernamente este direito já se encontra consagrado para os contratados em funções públicas mas já não para os nomeados (e em comissão de serviço), pelo que, ainda hoje este direito não é reconhecido a todos os trabalhadores públicos. Paulo Veiga e Moura¹⁶⁸² após questionar-se se os agentes administrativos deveriam ser configurados como trabalhadores e, sobretudo se o texto constitucional lhe reconhece a generalidade dos direitos assegurados àqueles, responde à questão referindo que “julgamos que os funcionários e agentes não serão configurados como trabalhadores para efeitos de *acesso automático* a todos os direitos constitucionalmente assegurados a estes últimos”.

Esta opinião já foi também sufragada pelo Pleno do Supremo Tribunal Administrativo, o qual referindo-se aos direitos dos trabalhadores, em geral, considerou que estes “*só são aplicáveis aos funcionários públicos na medida em que não colidam com o regime específico da função pública*”¹⁶⁸³.

Já, o Tribunal Constitucional, referindo-se mais especificamente ao direito à contratação colectiva, considera no Acórdão n.º 54/2009, de 28 de Janeiro, que “[t]rata-se de um direito de todos os trabalhadores, abrangendo-se, naturalmente, tanto aqueles que se encontram ao serviço de entidades patronais privadas como os trabalhadores da Administração Pública”. Mas, no entanto, acrescenta aquele Acórdão, que “[n]ão significa isto, no entanto, que o direito em análise possua exactamente o mesmo conteúdo relativamente às diferentes categorias de trabalhadores. Como assinala Ana Neves, «a liberdade de negociação das condições de trabalho na *função pública* pode dizer-se sujeita a maiores condicionamentos do que no sector privado (...)»”.

O facto da Constituição sujeitar a *função pública* a uma reserva de lei formal configurou, durante muito tempo, o principal obstáculo à admissão do direito de contratação colectiva na Administração Pública¹⁶⁸⁴. Ou, por outras palavras, o facto do estatuto da *função pública* ser unilateralmente fixado por lei, constituiu durante muito tempo

¹⁶⁸² Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 107-108.

¹⁶⁸³ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Pleno), Processo n.º 010397, de 13 e Fevereiro de 1980.

¹⁶⁸⁴ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 107.

um obstáculo à admissão da contratação colectiva, e inclusive da negociação colectiva, na Administração Pública¹⁶⁸⁵. Assim, a *função pública* encontrava-se tradicionalmente excluída do domínio da utilização da contratação e da negociação colectiva¹⁶⁸⁶.

No que concerne ao direito de negociação colectiva na *função pública*, durante muito tempo a lei apenas assegurou o direito de participação e de negociação colectiva.

Seguindo os ensinamentos de Paulo Veiga e Moura, o direito à negociação colectiva pode desenvolver-se em três níveis diferentes e evolutivos, como, *consulta, concertação e contratação*. O primeiro surge a *consulta* (ou *participação*), que apenas impõe como trâmite essencial mas não sendo vinculativo a audição dos representantes dos trabalhadores; o segundo a *concertação* (ou *negociação*) que não surge configurada como um direito dos trabalhadores à efectiva determinação das suas condições de trabalho, antes representa um compromisso do Governo que chegando a consenso sobre determinadas matérias o transporá para uma normal legal, e a *contratação*, ou *negociação colectiva em sentido estrito*, no qual o acordo sobre as condições de trabalho tem eficácia directa e vinculante para as partes que o subscrevem¹⁶⁸⁷. Durante muito tempo o legislador ordinário apenas consagrou, para os trabalhadores da Administração Pública, um direito de negociação colectiva, e um direito de participação, num primeiro momento, circunscrito essencialmente às matérias remuneratórias, pouco mais, e, posteriormente, a parte significativa do regime jurídico da *função pública*¹⁶⁸⁸.

O direito de negociação dos trabalhadores na Administração Pública foi consagrado pela primeira vez no Decreto-Lei n.º 45-A/84, de 3 de Fevereiro¹⁶⁸⁹.¹⁶⁹⁰ Essa lei surgiu na sequência da ratificação da

¹⁶⁸⁵ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 319.

¹⁶⁸⁶ Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 9/2014, de 6 de Outubro de 2014, Sumário: *Acordos coletivos de entidade empregadora pública (ACEEP). Legitimidade para a sua celebração. Autarquias locais. Princípio da autonomia local. Direito de contratação coletiva. Negociação coletiva*. Publicado no Diário da República n.º 192/2014, Série II de 2014-10-06.

¹⁶⁸⁷ Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 110.

¹⁶⁸⁸ Ana Fernanda Neves, “O direito da...”, cit., pág. 392.

¹⁶⁸⁹ Entre outros, vide H. Nascimento Rodrigues, “Função Pública: que direito de negociação colectiva?”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 2, Coimbra, 1986, pág. 281-288, pág. 282.

¹⁶⁹⁰ De notar, no entanto, que a celebração de contratos colectivos de trabalho,

Convenção n.º 151 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Relativa à Protecção do Direito de Organização e aos Processos de Fixação das Condições de Trabalho da Função Pública¹⁶⁹¹. Este diploma consagrava apenas um direito de negociação colectiva no artigo 6.º, do Decreto-Lei n.º 45-A/83, de 3 de Fevereiro¹⁶⁹², e um direito de participação no artigo 9.º do mesmo diploma legal, mas já um direito de contratação colectiva. A *natureza* da negociação colectiva entre Administração Pública e sindicatos só valia como recomendação (n.º 4, do artigo 7.º, e n.º 3 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 45-A/84), pelo que não se estava perante uma convenção colectiva, e não produzindo em si mesmo qualquer efeito, pois, o acordo tinha que ser integrado em actos legislativos ou regulamentares adequados (cfr. n.º 3 e n.º 4, do artigo 5.º). Pelo que, concluem Jorge Leite e Jorge Coutinho de Almeida, “[a]ssim não há convénio, não há pacto, não há contrato colectivo: o que há é uma decisão unilateral”¹⁶⁹³. Também quanto ao *objecto* da negociação colectiva, este só poderia incidir sobre determinadas matérias do tipo

no nosso ordenamento jurídico, sempre esteve associada à existência de uma contrato de trabalho e como forma de regulamentar as suas cláusulas e condições de trabalho. No período corporativo, *derivava do Estatuto do Trabalho Nacional*, não admitia que os funcionários públicos pudessem constituir sindicatos privativos ou fazer parte de quaisquer organismos corporativos (cfr. artigo 39.º), assim, se impedindo que fossem celebrados contratos colectivos relativos a estes trabalhadores. Vindo só com o Decreto-Lei n.º 45-A/84, a prever, pela primeira vez, o direito de negociação colectiva dos trabalhadores da Administração Pública, ainda que de forma limitada (cfr. Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 270-273).

¹⁶⁹¹ A ratificação foi operada pela Lei n.º 17/80, de 15 de Julho. Cfr. Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 9/2014, e António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 623.

¹⁶⁹² O Decreto-Lei n.º 45-A/84, de 3 de Fevereiro prevê, pela primeira vez o direito de negociação dos trabalhadores na Administração Pública, o que apesar do âmbito limitado que apresenta ao regular o direito à negociação colectiva e a liberdade de participação na fixação das condições de trabalho na função pública, este diploma por si só, já representa uma revisão do autoritarismo tradicionalmente dominante neste sector, na medida em que impõe ao Estado a partilha do seu poder de regulamentação.

Embora este diploma não tenha instituído um verdadeiro sistema de fontes de direito de natureza convencional, pois este diploma não consagra na realidade o direito de contratação colectiva, mas apenas um direito de negociação, o facto de o acordo obtido em sede de negociação valer apenas como recomendação (n.ºs 3 e 4 do artigo 5.º) não significa, nas palavras de Francisco Liberal Fernandes, que a respectiva força vinculativa fique reduzida a um simples compromisso político-sindical. Cfr. Francisco Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 157-158 (e nota n.º 500).

¹⁶⁹³ Jorge Leite e Jorge Coutinho de Almeida, *Colectânea de Leis do Trabalho*, 1.ª edição, Coimbra, 1985, pág. 408.

remuneratório; de aposentação ou reforma e regalias sociais (cfr. artigo 6.º). Posteriormente, seguiu-se a Lei n.º 23/98, de 26 de Maio (que revoga o Decreto-Lei n.º 45-A/84, de 3 de Fevereiro, com a excepção do artigo 10.^{o1694}), que continuava a assegurar apenas o direito de negociação coletiva (cfr. artigo 6.º) e de participação (cfr. artigo 10.º) e não o direito de contratação coletiva em sentido próprio. Procede à revisão daquele diploma legal e introduzindo importantes alterações no direito de negociação colectiva dos trabalhadores da Administração Pública, embora do ponto de vista estrutural não tenha admitido a possibilidade de haver, como produto da negociação, a celebração de convenções colectivas¹⁶⁹⁵. Por um lado, quanto ao âmbito desta Lei houve uma restrição da maior importância: uma vez que deixou de se aplicar a todos os trabalhadores da Administração Pública, independentemente da natureza do vínculo, para passar a aplicar-se aos trabalhadores da Administração Pública em regime de direito público (cfr. artigo 1.º de ambos os diplomas)¹⁶⁹⁶, ficando assim excluídos do seu âmbito de aplicação os trabalhadores da Administração Pública em regime de direito privado, os quais passam a reger-se pela legislação geral referente à regulamentação colectiva das relações de trabalho. Por outro lado, a Lei n.º 23/98 alargou o âmbito do objecto de negociação colectiva, indo agora para além do previsto na legislação anterior, ou seja, indo para além das matérias de tipo remuneratório; de pensões de aposentação ou de reforma, e regalias sociais, como resulta do seu artigo 6.º, e conferiu maior intensidade vinculativa ao acordo obtido no âmbito da negociação: este acordo obriga o Governo a *adoptar as medidas legislativas ou administrativas adequadas ao seu integral e exacto cumprimento* (cfr. n.º 3, do artigo 5.º), tratando-se de um acordo com eficácia vinculante para as partes (o Governo e sindicatos), mas não produz efeitos imediatos relativamente aos trabalhadores abrangidos, o Estado através do seu poder unilateral legislativo e regulamentar materializa as condições de

¹⁶⁹⁴ A propósito desta opção legislativa, veja-se Francisco Liberal Fernandes, “O direito da negociação colectiva na Administração Pública”, in *Questões laborais*, n.º 12, 1998, pág. 221, nota n.º 1.

¹⁶⁹⁵ A circunstância da Lei n.º 23/98, de 26 de Maio, negar o direito de contratação pública aos trabalhadores da Administração Pública em regime administrativo foi considerada por Francisco Liberal Fernandes como uma situação de inconstitucionalidade. Cfr. Francisco Liberal Fernandes, “O direito da negociação colectiva”, cit., pág. 221.

¹⁶⁹⁶ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 315-316.

trabalho dos trabalhadores. Pelo que, se mantém a negação da contratação colectiva para os trabalhadores da Administração Pública.¹⁶⁹⁷

O recurso a instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho de trabalho, no âmbito da Administração Pública Portuguesa, enquanto forma de regular situações jurídico-laborais foi apenas previsto, como sistema, pela Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.¹⁶⁹⁸ Deste modo, foi nos artigos 19.º a 22.º desta lei que, importando o sistema de fontes do regime laboral comum, se procede à construção de um sistema de contratação colectiva, mas apenas para os trabalhadores em regime de contrato de trabalho no âmbito das pessoas colectivas públicas¹⁶⁹⁹. Continuando, assim, para os restantes trabalhadores da Administração Pública, os então denominados funcionários e agentes, a negar-se o direito à contratação colectiva, prevendo-se apenas a existência de um direito à negociação colectiva nos termos já referidos da Lei n.º 23/98¹⁷⁰⁰. Sendo apenas a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro a prever, pela primeira vez, a possibilidade de contratação colectiva no âmbito da relação jurídica de emprego público, o que comporta em matéria da negociação colectiva uma importante novidade, pois, a partir desta lei, o sistema de fontes do emprego público fica definitivamente impregnado de um dos aspectos mais específicos do Direito do Trabalho¹⁷⁰¹.¹⁷⁰² No entanto, o legislador apenas prevê que os trabalha-

¹⁶⁹⁷ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 315-316.

¹⁶⁹⁸ Sobre o regime da contratação colectiva no âmbito da Lei n.º 23/2004, vide Maria do Rosário Palma Ramalho e Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho na Administração Pública: anotação à Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho*, cit., pág.91-106.

¹⁶⁹⁹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 308.

¹⁷⁰⁰ Maria do Rosário Palma Ramalho e Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho na Administração Pública*, cit., pág. 93.

¹⁷⁰¹ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 318-319.

¹⁷⁰² De notar que o regime de contratação coletiva envolvendo pessoas coletivas públicas comporta certas particularidade, como dá conta Ana Fernanda Neves quando refere que: “[a] contratação colectiva no emprego público tem a «insuperável peculiaridade fisionómica» de ser «alimentada por recursos públicos», com uma «rigidez prévia desconhecida da contratação colectiva... do universo do trabalho privado»; a «predeterminação dos recursos utilizáveis» objetiva-se na necessária «quantificação dos encargos contratuais inscricíveis nos instrumentos financeiros» [Franco Carinci] e disponíveis para a contratação. Há um princípio da compatibilidade financeira dos acordos que tem de ser observado. De igual modo deve ser observado um princípio da articulação com a política em matéria de função pública A garantia desta dupla compatibilização passa pela

dores com vínculo de contrato de trabalho em funções públicas possam ver o conteúdo da sua situação jurídica ser abrangido pelo disposto em contratos colectivos e apenas nas matérias que a lei deu abertura nesse sentido¹⁷⁰³. Pelo que, continuam os trabalhadores com vínculos de nomeação e em comissão de serviço sem possibilidade de celebrar instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho¹⁷⁰⁴. Embora com a transição de grande parte dos trabalhadores da Administração Pública com a antiga qualidade de funcionários para a condição de trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas (que ocorreu automaticamente por determinação, e com a entrada em vigor em pleno, da Lei n.º 12-A/2008), passam a ser muitos os trabalhadores daquela organização que passam a conhecer a susceptibilidade de aplicação à sua situação jurídica de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho¹⁷⁰⁵. A opção tomada pelo legislador ordinário na Lei n.º 12-A/2008, de os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho serem aplicáveis somente aos titulares de contrato de trabalho em funções públicas, mantendo afastados desta possibilidade os trabalhadores com vínculo de nomeação, e de comissão de serviço, reitera-se na Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, uma vez que os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho permanecem como fonte normativa

definição do procedimento de contratação e das regras de legitimidade para nele participar, respetivamente, de molde a garantir a necessária articulação com o Orçamento do Estado e a participação dos responsáveis pelas finanças e política de pessoal da Administração Pública". Acrescentando, a mesma autora, em nota de rodapé "[a] regulação colectiva do regime das relações de emprego na Administração Pública encontra-se limitada pela conformação orçamental da despesa que pode envolver e pelas políticas e interesses públicos em que entronca, que as mais das vezes não estão na disponibilidade dos empregadores públicos". Cfr. Ana Fernanda Neves, "O direito da...", cit., pág. 393, (e nota de rodapé n.º 105).

¹⁷⁰³ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 318-319.

¹⁷⁰⁴ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 244 e 324. Segundo o entendimento deste autor, considerando que não existe qualquer justificação material – nem apoio constitucional – para excluir os trabalhadores nomeados da contratação colectiva, considerava, durante a vigência da Lei n.º 12-A/2008, que "no limite, o artigo 80.º da LVCR que estabelece as fontes normativas dos trabalhadores nomeados deve ser considerado inconstitucional por vedar a contratação colectiva a estes trabalhadores da Administração Pública", *ibidem*, pág. 219 e 249.

¹⁷⁰⁵ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 318, 323-324.

exclusiva daquela primeira modalidade de vínculo de emprego público (cfr. n.º 2, do artigo 13.º, da LTFP)¹⁷⁰⁶.

No entanto, nos termos do n.º 1, do artigo 347.º, da LTFP, independentemente do vínculo de emprego público que esteja em causa é assegurado a todos os trabalhadores da Administração Pública o direito de negociação colectiva. A ser assim, continua a assegurar-se aos detentores do vínculo de nomeação, não o *direito de contratação colectiva*, mas o *direito de negociação colectiva*, nos termos da alínea b), do n.º 3, do artigo 347.º¹⁷⁰⁷ e nas matérias previstas no artigo 350.º¹⁷⁰⁸ da LTFP¹⁷⁰⁹. Contando ainda estes, bem como os restantes trabalhadores com vínculo de emprego público, com o direito de participação na elaboração da legislação do trabalho, nos termos do artigo 15.º e 16.º, da LTFP.

Contudo, quanto aos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, estes só podem ser celebrados e aplicáveis aos trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas (cfr. alínea b), do n.º 3, do artigo 347.º da LTFP). Quanto ao conteúdo destes instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho só podem dispor sobre as matérias previstas no artigo 355.º da LTFP (ou prevista em norma especial)¹⁷¹⁰.

¹⁷⁰⁶ Miguel Lucas Pires, *Lei Geral*, cit., anotação artigo 347.º, pág. 351. Actualmente, nos termos dos dados juspositivos em vigor a matéria da negociação colectiva no emprego público encontra-se prevista na LTFP, na sua Parte III – Direito colectivo, e no Título II, – Negociação colectiva, entre os artigos 347.º a 386.º.

¹⁷⁰⁷ De acordo com a alínea a) do n.º 3 do artigo 347.º da LTFP: “a negociação colectiva visa: obter um acordo sobre as matérias que integram o estatuto dos trabalhadores em funções públicas, a incluir em actos legislativos ou regulamentos administrativos aplicáveis a estes trabalhadores”.

¹⁷⁰⁸ De acordo com o artigo 350.º “[s]ão objeto de negociação coletiva, para a celebração de um acordo quanto ao estatuto dos trabalhadores com vínculo de emprego público, as seguintes matérias: 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. 2 - Não podem ser objeto de negociação coletiva matérias relativas à estrutura, atribuições e competências da Administração Pública. 3 - A negociação coletiva a que se refere o n.º 1 pode ser geral ou sectorial, nos termos definidos na presente lei”.

¹⁷⁰⁹ Neste sentido, Miguel Lucas Pires, *Lei Geral*, cit., anotação artigo 347.º, pág. 350.

¹⁷¹⁰ De acordo com o n.º 1, do artigo 355.º: “[p]ara além de outras matérias previstas na presente lei ou em norma especial, o instrumento de regulamentação coletiva de trabalho só pode

A opção do legislador na norma em questão foi pois a de enumerar o conjunto de conteúdos potenciais dos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, resultando, indirectamente, desta opção, que, por regra, as demais matérias se consideram como de reserva de lei, pelo que, estão impedidas a sua modificação por via negocial¹⁷¹¹. Assim, os instrumentos de regulamentação colectiva apenas podem disciplinar o que a própria lei permita que disciplinem (quer seja a LTFP, quer seja em norma especial, pois o elenco previsto no n.º 1 do artigo 355.º não é fechado¹⁷¹²) e nunca em sentido contrário ao que se determina na lei, ficando excluídas do âmbito a contratação colectiva todas as matérias não especificamente enunciadas no artigo 355.º, bem como as que não o sejam pela própria LTFP (ou por outra lei especial)¹⁷¹³.

Este preceito, o artigo 355.º da LTFP, que dispõe sobre o conteúdo de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, encontra-se inserido dentro das consideradas normas base definidoras do regime do emprego público (cfr. alínea l) do artigo 3.º da LTFP) — que conservam a determinação material dos traços fundamentais do regime; daqui se extraíndo, conseqüentemente, que o legislador das bases do regime decidiu autolimitar-se ao remeter para a contratação colectiva algumas matérias, mas que optou por deixar para esta contratação colectiva matérias que podemos considerar “de importância menor” no regime do emprego público. Da análise das matérias elencadas no n.º 1, do artigo 355.º que podem ser objecto daqueles instrumentos de regulamentação colectiva, podemos concluir que o legislador das bases do regime deixou apenas para aqueles instrumentos matérias complementares e/ou periféricos das matérias incluídas na reserva de lei. Como ensinam Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar uma análise das matérias que podem ser regulamentadas por tais instrumentos (cfr. artigo 355.º da LTFP), comprova que estão em causa assuntos de menor importância, podendo considerar-se que não passam de “peanuts” no âmbito da disciplina jurídica do emprego público¹⁷¹⁴. Ou seja, o le-

dispor sobre: a) Suplementos remuneratórios; b) Sistemas de recompensa do desempenho; c) Sistemas adaptados e específicos de avaliação do desempenho; d) Regimes de duração e organização do tempo de trabalho; e) Regimes de mobilidade; f) Acção social complementar”.

¹⁷¹¹ Cfr. Miguel Lucas Pires, *Lei Geral*, cit., anotação artigo 355.º, pág. 349.

¹⁷¹² Cfr. Miguel Lucas Pires, *Lei Geral*, cit., anotação artigo 355.º, pág. 360.

¹⁷¹³ Cfr. Miguel Lucas Pires, *Lei Geral*, cit., anotação artigo 355.º, pág. 360.

¹⁷¹⁴ Cfr. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Comentários à Lei Geral*, cit., anotação

gislador deixou, propositadamente, de fora das convenções colectivas as matérias da *função pública* consideradas mais sensíveis ao regime do emprego público.¹⁷¹⁵

À mesma conclusão se poderá chegar quando existam instrumentos de regulamentação colectiva que disciplinem outras matérias previstas e permitas por norma especial. É que, não sendo o elenco contido no artigo 355.º fechado, conforme se alcança da leitura do corpo do preceito¹⁷¹⁶, permite-se, no n.º 1 daquele preceito, que uma norma especial preveja outras matérias sobre as quais podem dispor os instrumentos de regulamentação colectiva. Em todo o caso, quando uma norma especial preveja outras matérias que podem ser objecto de contratação colectiva, estas terão que ser necessariamente matérias fora das consideradas *bases* do regime do emprego público, pelo que, também nesses casos as matérias sobre as quais poderão incidir tais instrumentos serão matérias sem grande relevância e importância para o regime jurídico do emprego público.

Por sua vez, a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, à semelhança da antecessora Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, que aprovou o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas¹⁷¹⁷, prevê o *princípio* da filiação como elemento estruturante das relações colectivas de trabalho. Contudo, esta lei introduz alterações a este princípio¹⁷¹⁸, pois vem prever um sistema de extensão automática dos efeitos das convenções colectivas aos trabalhadores não sindicalizados e mesmo aos filiados noutros sindicatos não outorgantes do acordo¹⁷¹⁹, salvo oposição expressa deste trabalhador não sindicalizado ou dos sindicatos não outorgantes do instrumento de regulamentação colecti-

ao artigo 3.º, pág. 93.

¹⁷¹⁵ Neste sentido, nota Miguel Lucas Pires que a opção do legislador foi a de “*excluir do alcance da contratação colectiva a determinadas problemáticas, designadamente as mais sensíveis*”, cfr. Miguel Lucas Pires, *Lei Geral*, cit., anotação artigo 355.º, pág. 360. Defendendo idêntica solução, em 2004, à agora consagrada legalmente, cfr. Paulo Veiga e Moura, *A privatização*, cit., pág. 113-114.

¹⁷¹⁶ Miguel Lucas Pires, *Lei Geral*, cit., anotação artigo 355.º, pág. 360.

¹⁷¹⁷ Cfr. artigo 359.º da, revogada, Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro.

¹⁷¹⁸ Quanto ao princípio da filiação no âmbito do emprego público com a entrada em vigor da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, *vide* Pedro Madeira de Brito, “A superação do princípio da filiação na contratação coletiva especial do setor público”, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Xavier, Revista Direito e Justiça, Vol. III*, Universidade Católica Editora, 2015, pág. 213-226.

¹⁷¹⁹ Miguel Lucas Pires, *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 2.ª ed., cit., pág. 421.

va convencional (cfr. artigo 370.º do LTFP)¹⁷²⁰— consequentemente desapareceram os regulamentos de extensão anteriormente previstos no RCTFP (cfr. n.º 4, do artigo 2.º, do revogado, RCTFP, e n.º 4, do artigo 13.º da LTFP)¹⁷²¹. Com esta nova previsão da situação de aceitação tácita do acordo colectivo de trabalho, por decurso do prazo, sem oposição por parte do trabalhador não sindicalizado, nos termos do n.ºs 3 e 4.º, do artigo 370.º, da LTFP¹⁷²², contribui-se para que — como alerta Pedro Madeira de Brito — este regime poder vir tornar a filiação sindical algo menos interessante e, por esse motivo, promover a desfiliação, levando ao conseqüente enfraquecimento das estruturas representativas dos trabalhadores¹⁷²³.

De referir, que embora se reconheça no ordenamento jurídico nacional que as pessoas colectivas públicas possam ser partes em instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho de trabalho, a verdade é que a esta autonomia conhece restrições. Assim, como ensina Pedro Madeira de Brito “*a contratação coletiva com o empregador público tem inscrito no seu ADN um código feito da palavra limite*”¹⁷²⁴. A necessidade de restrição da autonomia do empregador público resulta essencialmente da sua vinculação ao princípio da prossecução do interesse público. Algumas das restrições prendem-se com questões orçamentais e financeiras, das quais podem resultar limitações ao nível de competências

¹⁷²⁰ Pedro Madeira de Brito, “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, 2014, pág. 344.

¹⁷²¹ Os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho no emprego público podem ser convencionais e não convencionais. Sendo, nos termos do n.ºs 3 e 4 do artigo 13.º da LTFP, actualmente instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho convencionais: o acordo colectivo de trabalho, o acordo de adesão e a decisão de arbitragem voluntária. Restando somente como instrumento de regulamentação colectiva de trabalho não convencional a decisão de arbitragem necessária (uma vez que a LTFP revoga o regulamentos ou portarias de extensão, *vide*, a este respeito, n.º 3, do artigo 10.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho, que aprova a LTFP). Os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, bem como a sua revogação, são publicados na 2.ª série do *Diário da República* e entram em vigor, após a sua publicação, nos mesmos termos das leis (cfr. n.º 1, do artigo 356.º da LTFP).

¹⁷²² Pedro Madeira de Brito, “A superação do princípio da filiação na contratação coletiva especial do setor público”, *cit.*, pág. 226.

¹⁷²³ Pedro Madeira de Brito, “A superação do princípio da filiação na contratação coletiva especial do setor público”, *cit.*, pág. 226.

¹⁷²⁴ Pedro Madeira de Brito, “O reconhecimento legal do direito à contratação coletiva...”, *cit.*, pág. 329.

e atribuições para a negociação colectiva de determinadas matérias, nomeadamente quando incidam sobre questões remuneratórias — esta situação torna-se evidente se atendermos às sucessivas leis do orçamento que desde 2010 têm vindo a estabelecer reduções remuneratórias, proibição de valorizações patrimoniais para os trabalhadores da função pública e condicionamento da eficácia das convenções colectivas (v. g., LOE 2011, LOE 2012, LOE 2013, LOE 2014). Além da ocorrência eventual destes limites conjunturais existem outros limites materiais à autonomia colectiva das pessoas colectivas públicas. Sendo um dos mais evidentes o da subtração à negociação colectiva de determinadas matérias, seja através da fixação de “áreas de exclusão”, seja, pela delimitação positiva das “áreas possíveis de inclusão”, como aconteceu com a lei actualmente em vigor — v. g., artigos 350.º e 355.º da LTFP.¹⁷²⁵

Cabe tentar entender, de seguida, porque razão o legislador não estendeu ao vínculo da nomeação o direito de celebração de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho.

Pedro Madeira de Brito refere que a celebração de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho negociais, no nosso ordenamento jurídico sempre esteve associada à existência de um contrato de trabalho como forma de regulamentar o conteúdo da situação jurídica dele emergente¹⁷²⁶.

Gomes Canotilho e Vital Moreira após considerarem que o direito de contratação colectiva é um direito que assiste a todos os trabalhadores, e que não estabelece o artigo 56.º da Constituição, qualquer discriminação, pelo que não pode aquele direito deixar de ser reconhecido a todos os que gozam, em geral, dos direitos dos trabalhadores, incluindo aqui também, portanto, também os trabalhadores da Administração pública sujeitos a contratos de trabalho, e somente aos trabalhadores daquela sujeitos a contratos individuais de trabalho, pois, entendem os autores citados que “*por definição, não pode haver contratação colectiva em sentido próprio onde não há contrato de trabalho individual*”¹⁷²⁷.

Mais recentemente, Rui Medeiros e João Lamy Fontoura, relembram este argumento, de que se os trabalhadores da Administração

¹⁷²⁵ Neste sentido, Pedro Madeira de Brito, “O reconhecimento legal do direito à contratação colectiva...”, cit., pág. 329 e nota n.º 9.

¹⁷²⁶ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 311.

¹⁷²⁷ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, Vol. I, cit., anotação ao artigo 56.º, pág. 746-747.

Pública têm contrato de trabalho (em funções públicas), têm direito à contratação colectiva e à celebração de convenções colectivas¹⁷²⁸.

Também se pode ler na Exposição dos Motivos da Proposta de Lei do RCTFP que são mantidos como fonte de direito, aplicáveis aos *contratos de trabalho*, agora, em *funções públicas*, os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, o que consubstancia uma importante alteração no domínio das relações jurídicas de emprego público, à data “*caracterizadas pela sua natureza exclusivamente estatutária e, logo, imunes a formas convencionais de auto-composição colectiva das condições de trabalho*”¹⁷²⁹.

Do exposto parece resultar que a justificação da decisão do legislador ordinário da não aplicação às nomeações dos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho se deve à submissão deste vínculo a um regime estatutário (unilateralmente definido por lei ou regulamento), entendendo-se com alguma dificuldade que a regramento de tal vínculo se possa reconduzir a *esquemas convencionais de auto-composição colectiva*.

Contra esta opção legislativa se posiciona, à data da vigência da LVCR, Pedro Madeira de Brito referindo que não existe qualquer justificação material, nem arrimo constitucional, para excluir os trabalhadores nomeados da contratação colectiva, pelo que, no limite, o preceito que estabelecia na LVCR (artigo 80.º) as fontes normativas dos trabalhadores nomeados devia ser tomado por inconstitucional por vedar a contratação colectiva a estes trabalhadores da Administração¹⁷³⁰. Esta opção é mantida pelo legislador na LTFP, onde apenas em relação aos trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas é reconhecido o direito à contratação colectiva em sentido próprio. Notando, o mesmo autor citado, em escrito posterior, já durante a vigência da LTFP, que se manteve assim o clássico dogma clássico de onde não existir contrato não pode haver contratação colectiva¹⁷³¹.

¹⁷²⁸ Rui Medeiros e João Lamy da Fontoura, “Contratação colectiva e universidades públicas”, in *Direito e Justiça – Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, Volume II, Lisboa, 2013, pág. 447-472. 456.

¹⁷²⁹ Itálico nosso. Parágrafo n.º 9 da Exposição dos Motivos da Proposta de Lei n.º 209/X (3.ª), do RCTFP (publicada no DAR, II Série-A, n.º 107, de 4 de Junho de 2008, pág. 32-33).

¹⁷³⁰ Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, cit., pág. 218-219.

¹⁷³¹ Pedro Madeira de Brito, “O reconhecimento legal do direito à contratação coletiva...”, cit., pág. 342.

Naturalmente que de *iure condendo*, defendemos que não se deve negar, por princípio, a aplicação de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho ao vínculo da nomeação¹⁷³², podendo vir a sê-lo, tal como acontece hoje para as mesmas restritas matérias e nos mesmo termos admitidos para a contratação colectiva quando esteja em causa o vínculo do contrato de trabalho em funções públicas (cfr. artigo 355.º, da LTFP). Não deve, pois, considerar-se um obstáculo intransponível ao reconhecimento do direito à contratação colectiva para os nomeados a existência de uma reserva de lei formal quanto à definição das bases da *função pública*, tal como de resto já é actualmente permitido para os titulares de contrato de trabalho em funções públicas¹⁷³³. Devendo, contudo, referir-se que a Administração ficará sempre salvaguardada com a hipótese de poder vir a existir uma revogação deste instrumento de regulamentação, o que decorrerá de forma unilateral através de lei (a qual guarda sempre *prioridade applicativa*), quando tal se revele fundamental para dar continuidade à prossecução do interesse público, pois mal se entenderia que um instrumento de regulamentação colectiva pudesse travar a prossecução daquele interesse.

Assim, apesar da nomeação nascer de um acto administrativo (unilateral e autoritário), e não de um contrato de trabalho, entendemos que essa razão não deve ter-se por bastante para excluir do âmbito daquela relação jurídica a possibilidade de celebração de contratos colectivos. Por um lado, porque se encontra legislativamente consagrado o *princípio da autonomia contratual da Administração Pública*¹⁷³⁴, do qual

¹⁷³² Sem pretensão de dar grandes desenvolvimentos à questão, pois não é esse o objecto central da nossa investigação.

¹⁷³³ Neste sentido, Francisco Liberal Fernandes refere “[e]mbora tal reserva constitua um limite directo à liberdade de contratação colectiva dos funcionários públicos, ela não implica qualquer situação de inferioridade especial para os trabalhadores da Administração, uma vez que também no domínio do contrato de trabalho são inúmeros e importantes os casos em que legislador intervém em termos imperativos”, cfr. Francisco Liberal Fernandes, *Autonomia Colectiva*, cit., pág. 149.

¹⁷³⁴ Pois, como já bem ensinava, no quadro constitucional anterior, Marcello Caetano “[h]á quem o tenha negado com o principal fundamento de que sendo o Estado uma entidade soberana, por definição juridicamente onnipotente, não é concebível que se mantenha vinculado por contrato a qualquer outra pessoa, porventura sujeitando o interesse público a um interesse privado”. Acrescentando o autor, que vimos acompanhando, “[o] contrato seria uma forma repugnante à própria essência do Direito Público e só poderia ser adoptado pelo Estado quando este travasse relações de direito privado; ou, quando muito, aquilo a que se poderia chamar contrato de direito público consistiria numa realidade jurídica essencialmente diferente da figura clássica do contrato em Direito privado”. Defendendo, pois, o autor citado, que “nem o contrato é incompatível

decorre que ela pode em termos gerais celebrar contratos; por outro lado, apesar do trabalhador nomeado ter por base um acto administrativo unilateral não nos parece impeditivo de ao longo da relação poder existir contratualização entre este trabalhador e o empregador público em alguns aspectos do regime jurídico de emprego público a que se encontra sujeito — mais em concreto matérias incluídas dentro do conteúdo material hoje permitido no n.º 1 do artigo 355.º da LTFP para os titulares do contrato de trabalho em funções públicas. Aliás, a compatibilidade, em geral, no Direito Administrativo, da actuação unilateral da Administração com uma actividade contratual é patente em várias situações, de que é exemplo a figura dos *contratos sobre exer-*

com o Direito Público, nem os contratos regulados pelo Direito Público são essencialmente diferentes dos que conhecemos da tradição civilista". Prossegue Marcello Caetano, "*supor que o Estado, ao prosseguir o interesse público, não possa vincular-se contratualmente é pôr em dúvida o próprio fundamento do Direito Público. A soberania (poder supremo na ordem interna e independente na ordem internacional) é um atributo do Estado graças ao qual ele se constitui e organiza. (...). Ora desde que o Estado, num regime de Direito, pode vincular-se juridicamente aos particulares através dos actos legais das autoridades públicas, nada impede que essa vinculação se opere por contrato*". Cfr. Marcello Caetano, *Manual...*, vol. I, pág. 575-577.

Ora, já no actual quadro constitucional, o *princípio da autonomia pública contratual* da Administração foi consagrado no artigo 179.º do Código do Procedimento Administrativo de 1991 (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro). Assim, "[a]s opções do Código nesta matéria não deixam margens para dúvidas sobre a valia jurídica autónoma da figura dos contratos administrativos, ficando, por isso, as teses que negam a admissibilidade, a existência, a autonomia ou o interesse da figura arredadas do "terreiro" da prática jurídica. Sem embargo, claro, do seu, enorme interesse no estudo e construção do Direito Administrativo", cfr. Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento administrativo (comentado)*, 2.ª edição, (8.ª reimpressão da edição de 1997), Almedina, Coimbra, 2010, pág. 805. Mais tarde este princípio é consagrado no artigo 278.º do Código dos Contratos Públicos. Actualmente tal princípio consta também, em termos genéricos, do artigo 200.º do novo Código do Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, que revogou o anterior CPA). Para mais desenvolvimentos sobre o princípio da autonomia contratual da Administração, *vide*, José Manuel Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Colecção Teses, Almedina, Coimbra, Reimpressão da edição de 1987, 2013.

*cício de poderes públicos*¹⁷³⁵⁻¹⁷³⁶. É certo que a situação que aqui tratamos está fora desta realidade, mas não nos parece que o facto de a relação de emprego público ser constituída por via de acto administrativo crie uma qualquer impossibilidade de certas matérias poderem vir, posteriormente, a ser objecto de convenções colectivas de trabalho.

A solução de permitir a celebração de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho no regime do actual vínculo da nomeação pode contribuir para uma mais eficaz realização do interesse público, no sentido de que tendo estes trabalhadores nomeados (o que entendemos que já acontece trabalhadores contratados) a possibilidade de tomarem parte, através das respectivas associações sindicais, na definição, pelo menos de algumas, das suas condições de trabalho

¹⁷³⁵ Os contratos sobre o exercício de poderes públicos eram tradicionalmente designados por “contratos com objecto passível de acto administrativo”. Poder-se-á referir que são contratos sobre o exercício de poderes públicos, seja por neles se estipular o modo ou sentido do exercício futuro de tais poderes, seja por determinarem eles próprios a produção de certos efeitos jurídicos públicos. Cfr. Filipa Urbano Calvão, “Contratos sobre o exercício de poderes públicos”, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Pedro Gonçalves (Org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 328-370, e Pedro Gonçalves, *O Contrato Administrativo – Uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 49. Estes contratos encontram enquadramento legal no actual Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, (cfr. artigos 336.º-337.º). A contratação do exercício de poderes públicos abrange: os tradicionais *contratos substitutivos de actos administrativos* – através dos quais a Administração no final do procedimento administrativo celebra um contrato com o destinatário do projectado acto administrativo em vez de tomar a decisão unilateralmente – ; os *contratos obrigacionais* – que configuram contratos pelos quais a Administração se vincula à emissão (ou não emissão) de um acto administrativo antes ou no decurso de um determinado procedimento administrativo – cfr. Filipa Urbano Calvão, “Contratos sobre o exercício de poderes públicos”, cit., pág. 334); e, mais recentemente, tem vindo a doutrina a pretender aqui incluir também outras categorias de contratos, como a dos *contratos normativos* (o que acontecerá, designadamente, com em algumas situações no direito do urbanismo, *v.g.*, com os contratos para planeamento, em que o que está em causa é uma actuação normativa). Em Fernanda Paula Oliveira, “Contratação Pública no Direito do Urbanismo”, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Pedro Gonçalves (Org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 785.

Para mais desenvolvimentos sobre este tipo de contratos, *vide* Filipa Urbano Calvão, “Contratos sobre o exercício de poderes públicos”, cit., pág. 328-370.

¹⁷³⁶ Os *contratos sobre o exercício de poderes públicos* costumam ter lugar, *v.g.*, em alguns contratos urbanísticos. Podendo definir-se contratos urbanísticos, nas palavras de Alexandra Leitão, “genericamente como acordos subscritos entre a Administração e os particulares – e por vezes entre entidades administrativas entre si – interessados num determinada actuação de carácter urbanístico, com o objectivo de estabelecer formas de colaboração para a realizar”. Cfr. Alexandra Leitão, “A Contratualização no Direito do Urbanismo”, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.ºs 25/26, 2006, pág. 25

contribuí, como facilmente se entenderá, para uma mais pacífica, e neste sentido, mais eficaz realização do interesse público, podendo também contribuir para aumentar a motivação dos trabalhadores¹⁷³⁷. Pois, como refere Filipa Urbano Calvão, de uma intensa participação dos interessados decorre uma tendencial aceitação dos efeitos jurídicos acordados, e, em consequência, a paz jurídica¹⁷³⁸.

Pelo que entendemos, de *iure condendo*, que o legislador ordinário deve vir a consagrar o direito à contratação colectiva também dos trabalhadores nomeados, nos mesmos termos que hoje se encontra consagrado para os trabalhadores da Administração titulados por contrato de trabalho em funções públicas.

9. Conclusões preliminares

No sentido da aproximação do direito laboral comum do regime do emprego público, com as recentes reformas do emprego público, pode dizer-se que indubitavelmente ocorreu a *privatização do emprego público*.

Diferente é a questão de saber se dentro das fronteiras orgânicas tradicionais do emprego público, perante os dados juspositivos vigentes, a privatização que ocorreu se integra no conceito de *privatização do emprego público* no sentido por nós adoptado para efeitos de investigação, isto é, no sentido de uma substituição do regime de direito administrativo pelo direito laboral privado enquanto regime disciplinador da relação de emprego público. Quando a esta última questão, entendemos que os traços essenciais do regime desta relação de emprego continuam a ser dados pelo regime de direito administrativo, donde não se poder afirmar que o direito laboral comum tenha substituído o direito administrativo enquanto regime disciplinador da relação de emprego público.

A ser assim, e embora não se negue, que a tendência de futuro do legislador ordinário seja a da criação de um direito comum do

¹⁷³⁷ Pois como bem ensina Liberal Fernandes “há outros factores para além do sistema jurídico adoptado – como a qualidade dos recursos humanos, a organização e a gestão dos serviços, e, não menos importante a motivação dos trabalhadores – decisivos para uma boa administração”, cfr. Francisco Liberal Fernandes, “A flexibilidade como novo modo de ser da relação de emprego público: necessidade ou estratégia de domínio”, cit., pág. 292.

¹⁷³⁸ Filipa Urbano Calvão, “Contratos sobre o exercício de poderes públicos”, cit., pág. 337.

trabalho, como o direito administrativo ainda se mantém, de acordo com a lei ordinária em vigor, como regime prevalecente da relação de emprego público, ainda não consideramos que tenha ocorrido (embora esteja em vias de acontecer) uma completa descaracterização da *garantia institucional de função pública*, que deriva da Constituição.

Assim, o regime, legal e constitucional do emprego público continua a apresentar dimensões estatutárias.

Desde logo, para além dos princípios estruturantes do emprego público que derivam do direito constitucional, as bases do regime são fixadas unilateralmente pela lei, de direito público (correspondendo, respectivamente, ao *primeiro e segundo pilares* do edifício do regime do emprego público, por nós defendido).

Contudo, entendemos que o legislador no futuro deveria fixar toda a disciplina do emprego público dentro do quadro do direito administrativo, sem necessidade de remissões desnecessárias, que suscitam incongruências, para o Código do Trabalho, tal como hoje o legislador consagrou na LTFP (evitando assim aquele *terceiro pilar* actualmente existente daquele edifício).

Apesar do fundamental do regime de todas as modalidades de emprego público terem natureza estatutária, na verdade, não existe na lei ordinária em vigor, *maxime* na LTFP, um regime unitário e uniformizado: É possível, de facto, numa análise mais atenta à LTFP, divisar dois subsistemas de normas, ou dois distintos regimes jurídicos de emprego público: um *mais publicizado*, o da nomeação, e outro *mais privatizado*, o do contrato de trabalho em funções públicas.

Foi no âmbito deste último regime (do contrato de trabalho em funções públicas) que o legislador ordinário mais fomentou, na LTFP, a *privatização do emprego público*, no sentido por nós adoptado para efeitos de investigação, pois é neste que mais se identifica com o regime existente no direito laboral comum.

Mais: o legislador ao generalizar um vínculo proveniente do emprego privado – o contrato de trabalho em funções públicas – que arrasta consigo um conjunto de instrumentos, institutos e regime em tudo próximos ao regime laboral privado, vem alastrar um regime no seio das relações de emprego da Administração próximo ao regime laboral privado, podendo tal opção, no limite, suscitar eventuais dúvidas quanto à sua conformidade com a imposição constitucional de um regime específico e distinto para a *função pública*. Relembre-se que

o quadro constitucional se mantém inalterado e que este impõe, em nossa opinião, um regime de direito administrativo para regular a generalidade das relações de emprego público (o que resulta, *maxime*, da leitura conjugada da alínea t), do n.º 1, do artigo 165.º e do artigo 269.º da CRP).

Apesar de entendermos ser claro que com as ulteriores alterações legislativas, se caminha na lei, progressivamente e a passos largos, para um direito comum laboral a todos os trabalhadores, nós defendemos, em sentido contrário, que a solução para a falta de eficiência e eficácia da Administração ainda se encontram dentro de um regime estatutário do emprego público, que deve ser o mais uniforme possível.

Deve, assim, evitar-se a existência de dois regimes distintos dentro do emprego público, como actualmente existe consagrado no direito positivo vigente (até porque não resulta de nenhum preceito constitucional que um regime específico de emprego público esteja reservado apenas para certo tipo de funções, pelo que, não decorre da Lei Fundamental que o regime especial de emprego público deva ser reservado somente para trabalhadores em funções de autoridade ou soberania). Pelo que, defendemos que só excepcionalmente será lícito ao legislador afastar o regime de direito administrativo, e consagrar o regime do direito laboral comum no seio das relações de emprego com a Administração, devendo, por imposição constitucional, o *regime legal da função pública* continuar a ser de direito administrativo, e os litígios emergentes da relação jurídica de emprego público manter-se na jurisdição dos tribunais administrativos e fiscais.

Mais: não está comprovado que a via mais adequada para devolver a eficiência e eficácia ao emprego público seja a do recurso ao direito laboral privado, estando, na verdade, por detrás deste fenómeno genérico da *privatização do emprego público* sobretudo opções políticas, e opções estas que têm vindo a seguir uma *moda* ou *febre*, sobretudo, europeia da privatização do emprego público, tal como, *v.g.*, a do ordenamento jurídico italiano. Pelo que, entendemos que a solução para os problemas da ineficácia e ineficiência da Administração e do emprego público pode ainda ser encontrada dentro de um modelo estatutário, embora este tenha que sofrer algumas alterações.

Por tudo isto, sugerimos como vias de adaptação do modelo estatutário, além de um novo, e eventual, efeito a atribuir ao sistema integrado de gestão e avaliação de desempenho na Administração Pública

— que consistiria na consagração como motivo da cessação da relação de emprego público da insuficiência continuamente reconhecida do desempenho do trabalhador — , essencialmente duas: a consagração em abstracto de causas objectivas de cessação para todas as modalidades de vínculos do emprego público, bem como a consagração do direito de contratação colectiva também para todos os trabalhadores da Administração, independentemente do vínculo. O que, a vir a ser consagrado, levará sem dúvida à atenuação do modelo estatutário, mas permitirá modernizar o regime jurídico do emprego público, sem que este perca as suas particularidades, e sem provocar a (total e) indesejada privatização do emprego público, no sentido da substituição dos regimes jurídicos!

CONCLUSÕES TESES

1.^a O fenómeno da *privatização do emprego público* pode conhecer, pelo menos, três acepções. Uma primeira acepção, que se traduz na aproximação do regime público ao regime privado. Uma segunda acepção consiste no recurso, pela Administração, a trabalhadores com vínculo de contrato individual de trabalho, disciplinado pelo direito laboral comum. E a terceira acepção a da instituição de um regime laboral comum que substitui o regime administrativo enquanto regime disciplinador do emprego público.

2.^a No caso dos dois primeiros sentidos não há dúvida de que ocorreu este fenómeno da *privatização do emprego público*. Já quanto ao terceiro, precisamente aquele que guiou a nossa investigação, a resposta se revela mais difícil.

3.^a Perante a Constituição e a lei ordinária em vigor é possível ainda divisar duas dimensões claramente estatutárias no regime de emprego público e uma dimensão de direito laboral privado. Estas três dimensões correspondem aos três pilares por nós defendidos que existem no regime actual (legal e constitucional) de emprego público: o

1.º constituído pelos princípios estruturantes do emprego público que decorrem da Lei Fundamental, que é de verdadeiro Direito Constitucional; o 2.º composto pelas bases do regime de emprego público, que por imposição constitucional, é de direito administrativo; e o 3.º existe por remissão da LTFP, aplica-se a título subsidiário, e que é de direito laboral privado.

4.ª Uma vez que os traços essenciais do regime de emprego público continuam a provir de um regime de direito público, será de concluir que ainda não ocorreu uma (total) *privatização do emprego público* no sentido de substituição do direito administrativo pelo direito laboral comum, enquanto regime disciplinador da relação de emprego público, embora se caminhe para a uniformização de um ramo comum de direito laboral para todas as relações de emprego (público e privado).

5.ª Acresce que, uma vez que a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas estabelece, além das bases do regime, outros aspectos do regime do emprego público, alguns dos quais se aproximam mais de um regime publicizado, e outros mais de um regime privatizado, é possível divisar, dentro daquela lei ordinária, dois diferentes subsistemas de normas, ou, dois distintos regimes jurídicos: um mais publicizado (o regime jurídico dos nomeados), e um mais privatizado (o regime previsto para os titulares de um contrato de trabalho em funções públicas) – este último é o que mais se aproxima da *privatização do emprego público* no sentido por nós adoptado para efeitos de investigação.

6.ª Contrariamente, defendemos um regime jurídico o mais uniforme possível, regime esse que deve, por imposição constitucional, ser específico de direito público e distinto do regime laboral comum.

7.ª Este regime de direito público, *maxime* de direito administrativo, em nome da eficiência e eficácia do emprego público tão almejadas, tem necessidade de ser actualizado e adaptado.

8.ª Como vias de adaptação, além de um novo, e eventual, efeito a atribuir ao sistema integrado de gestão e avaliação de desempenho na Administração Pública – que consistiria na consagração como motivo da cessação da relação de emprego público da insuficiência continua-

mente reconhecida do desempenho do trabalhador —, sugerimos essencialmente duas: a consagração do direito de contratação colectiva para todos; e, em termos abstractos, a admissão de causas objectivas de cessação do vínculo para todas as modalidades da relação de emprego público.

9.^a Estas vias de adaptação, a serem consagradas, levarão sem dúvida à atenuação do modelo estatutário, mas permitirão modernizar o regime jurídico do emprego público, sem que este perca as suas particularidades e sem provocar a (total e) indesejada privatização do emprego público, no sentido da substituição dos regimes jurídicos!

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE, Alessandra, “Il Parere del Consiglio di Stato sullo Schema di Disegno di Legge Delega per la Riforma del Pubblico Impiego”, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Ano XII, n.º 1, Parte Terza, 1993, págs. 20-41.
- ALFAIA, João, *Regime Jurídico do Funcionalismo*, Edições Ática, Lisboa, 1962.
- ALFAIA, João, *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1985.
- ALMEIDA, Mário Aroso de Almeida, “O provedor de justiça como garante da boa administração”, in *Provedor de Justiça – Estudos*, Volume Comemorativo do 30.º aniversário da Instituição, Lisboa, 2006, pág. 14. Disponível em http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Estudos_VolumeComemorativo30Anos.pdf. Consultado a 23/06/2014.
- 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*, *Revista Direito e Justiça*, Vol. III, Universidade Católica Editora, 2015, pág. 79-17.
- ALVAREZ RICO, Manuel, *Principios constitucionales de organizacion de las administraciones publicas*, 2.ª ed., Madrid, 1997.
- AMADO, João Leal, “Prefácio”, in *O Contrato de Trabalho na Administração Pública – evolução, reflexos e tendências para o emprego público*, de Vera Lúcia Santos Antunes, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

- AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, 3.^a Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- AMADO, João Leal, “O contrato de trabalho na gestão do risco empresarial e na garantia da equidade laboral”, in *O contrato na gestão do risco e na garantia de equidade*, (org. António Pinto Monteiro), Instituto Jurídico, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, pág. 31-67.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Direito Administrativo*, Volume III, lições policopiadas, Lisboa, 1985.
- AMARAL, Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, (6.^a reimpressão da edição de 2001), Almedina, Coimbra, 2006.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3.^a edição (6.^a Reimpressão), Almedina, Coimbra, 2011.
- AMORIM, Rui Pessoa de, “Regime Laboral e estatuto e remunerações do pessoal dirigente dos institutos públicos”, in *Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública/Grupo de Trabalho para os Institutos Públicos, Relatório e proposta de lei-quadro sobre os Institutos Públicos*, Coordenação de Vital Moreira, Lisboa, 2001, pág. 113-203.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, “A Fiscalização da Constitucionalidade das «Normas Privadas» pelo Tribunal Constitucional” in *Revista de Legislação e jurisprudência*, ano 133.º (2001), pág. 357 a 363.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, “A Responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 137.º, 2008, pág. 360-371.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, 2.^a edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2012.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003.

-
- ANTUNES, Carlos/PERDIGÃO, Carlos, “Relações Laborais e Direito do Trabalho – Tendências Futuras”, in *Minerva, Revista de Estudos Laborais*, Ano VI, n.º 10, Universidade Lusíada, Livraria Almedina, Março de 2007, pág. 9-19.
- ANTUNES, Vera Lúcia Santos, *O Contrato de trabalho na Administração Pública – evolução, reflexos e tendências para o emprego público*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- ARAÚJO, Joaquim Filipe Esteves de, “Os dirigentes na relação entre a administração e os cidadãos”, *Revista de Administração e Políticas Públicas*, Vol. III, (1 e 2), 2002, pág. 28-35.
- ARAÚJO, Joaquim Filipe Esteves de, “A reforma da gestão pública: do mito à realidade”, Comunicação apresentada no Seminário Internacional Luso-Galaico: A reforma da Administração Pública apostas e casos de sucesso, Braga, 18 a 19 Maio, Universidade do Minho, 2004. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/3312>. Consultado a 15/07/2013.
- ARAÚJO, Joaquim Filipe Esteves de, “A reforma administrativa em Portugal: em busca de um novo paradigma”, in *Working Paper do Núcleo de Estudos em Administração e Políticas Públicas da Universidade do Minho, Série I*, (10), 2005, disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/3274>. Consultado a 18/02/2015.
- ARAÚJO, Joaquim Filipe Esteves de, “A implementação da gestão orientada para os resultados em Portugal: a experiência recente”, in *Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, San Domingo, 2007. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/8289>. Consultado a 19/11/2014.
- ARAÚJO, Joaquim Filipe Esteves de, “A avaliação da gestão pública: a administração pós burocrática”, Comunicação apresentada na Conferência da UNED, Corunha, Espanha, 21 de Novembro, UNED, 2007. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/8309>. Consultado a 11/07/2015.
- ASSIS, Rui, *Contrato de Trabalho em Funções Públicas*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- AUER, A./ Demmke, C./ Polet R., *Civil services systems in European of fifteen: current situation and prospects*, EIPA, Maastricht, 1996.

- AUBY, Jean-Marie, *L'évolution des sources de la fonction publique*, AJDA, 1984.
- BACH, Stephen/ BORDOGNA, Lorenzo, "Varieties of new public management or alternative models? The reform of public service employment relations in industrialized democracies", in *The International Journal of Human Resource Management*, Vol. 22, (11), 2011, pág. 2281-2294.
- BACHOF, Otto, "Über öffentliches Recht", in *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgericht, Bachof/Heigl/Redeker (orgs.)*, Ed. C.H. Beck, München, 1978.
- BAER, Susanne, "Verwaltungsaufgaben", in *Grundlagen des Verwaltungsrecht, I Band: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, 2.ª auflage, Hoffmann-Riem, Schmidt-Abmann, VOßkuhle (editores literários), Beck, München, 2012, pág. 779-822.
- BANFI, Francesca Trimarchi, "Il Diritto ad una Buona Amministrazione", in *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Mario P. Citi e Guido Greco, Tomo I, 2.ª Edição, Giuffrè Editore, 2007.
- BARZELAY, Michael/ Armajani, Babak J., *Breaking Through Bureaucracy: A new vision for managing in government*, University of California Press, Berkeley.
- BATALHÃO, Carlos José, "Função Pública: novo regime laboral", in *Artigo de Opinião*, Porto Editora, Julho de 2014 (disponível no endereço <http://www.portoeditora.pt/sites/funcao-publica-novo-regime-laboral>. Consultado a 20/ 08/2014.
- BECK, Ulrich, *Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade*, (tradução de Sebastião Nascimento), Editora 34, 1.ª edição, São Paulo, Brasil, 2010.
- BERGAMINI, Cecília Whitaker, *Avaliação de desempenho humano na empresa*, Editora Atlas, São Paulo, 1971.
- BERMEJO CABRERO, Fernando, "Las relaciones de puestos de trabajo y la laboralización de la función pública", in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 62, 1989, pág. 229-241.
- BERTHÉLEMY, H., *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 11.ª ed., 1926.
- BONNARD, Roger, *Précis de droit public*, 6.ª ed., Recueil, Paris, 1944.
- BONNARD, Roger, *Précis de droit public*, 7.ª ed., Recueil, Paris, 1947.

-
- BOSSAERT, Danielle / DEMMKE, Christoph / KOEN, Nomden / POLET, Robert / Auer, Astrid, *La fonction publique dans l'Europe des quinze*, Maastricht, 2001.
- BOYNE, George A., “Public and private management: what’s the difference?”, in *Journal of Management Studies*, Vol. 39, (1), 2002, pág. 97-122.
- BOYNE, George/ Glenville, Jenkins, /POOLE, Michael, “Human resources management in the public and private sectors: an empirical comparison”, in *Public Administration*, Vol. 77, (2), 1999, pág. 407-422.
- BRITO, Pedro Madeira de, *Contrato de Trabalho da Administração Pública e Sistema de Fontes*, Dissertação de Doutoramento em Direito, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, (policopiado), 2010.
- BRITO, Pedro Madeira de, “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, 2014, pág. 327-347.
- BRITO, Pedro Madeira de, “A superação do princípio da filiação na contratação coletiva especial do setor público”, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Xavier*, *Revista Direito e Justiça*, Vol. III, Universidade Católica Editora, 2015, pág. 213-226.
- CADILHA, Carlos Alberto Fernandes Cadilha, “Aceitação da nomeação versus aceitação do acto administrativo – Acórdão do Tribunal Central Administrativo (1.ª Secção), de 7.3.2002, P. 10 554”, in *Cadernos da Justiça Administrativa*, n.º 37, Janeiro/Fevereiro de 2003, pág. 42-48.
- CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – Anotado*, Coimbra Editora, 2008.
- CAETANO, Marcelo, *Do poder disciplinar no Direito Administrativo Português*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1932.
- CAETANO, Marcello, *Estudos da Administração Pública Portuguesa, organização e prefácio de Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994.
- CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.ª edição, (9.ª reimpressão), revista e actualizada por Diogo Freitas do Amaral, Almedina, Coimbra, 2007.

- CAETANO, Marcello, Manual de Direito Administrativo, Vol. II, 10.^a Edição (10.^a Reimpressão), revista e actualizada por Diogo Freitas do Amaral, Almedina, Coimbra, 2010.
- CAETANO, Marcello, Princípios Fundamentais do Direito Administrativo, Almedina, Coimbra, 3.^a Reimpressão Portuguesa da edição Brasileira de 1977, 2010.
- CALVÃO, Filipa Urbano, “Contratos sobre o exercício de poderes públicos”, in Estudos de Contratação Pública – I, Pedro Gonçalves (Org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 328-370.
- CÁMARA DEL PORTILLO, Diego, “La Función Pública ante el Tribunal Constitucional: Una Oportunidad Perdida”, in Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 57, 1988, pág. 101-120.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, Estado de Direito, Cadernos Democráticos, Fundação Mário Soares, Edição Gradiva, Lisboa, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7.^a ed. (2.^a reimp.), Almedina, Coimbra, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, 4.^a edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II, 4.^a edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa/ FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel/ MAESO SECO, Luis F./ MARINA JALVO, Belén, Régimen Jurídico de la Función Pública, 1.^a ed., Miguel Sánchez Morón (coord.), THOMSON REUTERS Y LEX NOVA, Valladolid, 2013.
- CARINCI, Franco, “Alle origini di una storica divisione: impiego pubblico-impiego privato”, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Ano XXVIII (1974), pág. 1098-1151.
- CARIOLA, Agatino, La nozione costituzionale di pubblico impiego, Università di Catania, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1991.
- CARNELUTTI, Francesco, Teoria del regolamento collettivo: dei rapporti di lavoro, Padova, CEDAM, 1927.
- CARVALHO, António Nunes de, “Relações de emprego público irregulares, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 10 de Novembro de 1994”, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXXVII, n.º 4, 1995, pág. 475-489.

-
- CARVALHO, Orlando de, *Direito das Coisas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- CARVALHO, Raquel, “O procedimento concursal no acesso à função pública. Reflexões de natureza constitucional”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume III, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, pág. 515-530.
- CARINCI, Franco, “La c. d. privatizzazione del pubblico impiego”, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Ano XII, n.º 1, Parte Prima, 1993, pág. 8-44.
- CARIOLA, Agatino, *La nozione Costituzionale di Pubblico Impiego*, Giuffrè Editore, 1991.
- CASSESE, Sabino, “Il Sofisma della Privatizzazione del Pubblico Impiego”, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Ano XII, n.º 3, 1993, pág. 287- 318.
- CASSESE, Sabino, “Crisis y transformaciones del Derecho Administrativo”, in *Documentación Administrativa*, n.ºs 250-251, 1998, pág. 215-225.
- CASTEL-BRANCO, Teresa (Coord.)/ CARINHAS, Carlos/ CRUZ, Emília, *Caracterização dos recursos humanos na administração pública portuguesa 2005*, Direcção-Geral da Administração e do Emprego Público, Lisboa, 2008. Disponível em <http://www.dgaep.gov.pt/upload/catalogo/RH2005.pdf>. Consultado a 20/08/2014.
- CASTRO, Catarina Sarmento e Castro, *A questão das Polícias Municipais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- CASTRO, Catarina Sarmento e Castro, *Competências dos Serviços de Polícia Municipal: sentido e limites de actuação*, Centro de Estudos e Formação Autárquica, Coimbra, 2002.
- CAUPERS, João, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 1985.
- CAUPERS, João, “Situação jurídica comparada dos trabalhadores da Administração Pública e dos trabalhadores abrangidos pela legislação reguladora do contrato individual de trabalho”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXXI, n.os 1/2, Janeiro-Junho, 1989, pág. 243-254.
- CAUPERS, João, “Las garantías de los trabajadores de la Administración Pública, en general, y su derecho a la reserva de la intimidad

- de la vida privada, en especial”, in Documentación Administrativa, n.ºs 257-258, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2000.
- CATELANI, Alessandro, *Il Pubblico Impiego*, 2.ª ed., Cedam, Padova, 1995.
- CHEMLA-LAFAY, A., “Accord syndicats/administration en Italie”, in *Gestion publique réactive*, janvier 2007, pág. 1-2.
- CHEVALLIER, J./ LOSCHAK, D., “Rationalité juridique et rationalité manageriale dans la Administration française”, in *Revue Française d’Administration Publique*, n.º 24, 1982, pág. 679-720.
- CHIAVENATO, Idalberto, *Administração geral e pública*, 2.ª edição, Elsevier Editora, Rio de Janeiro, 2008.
- CHORÃO, Mário Bigotte, “Notas para um curso de direito do trabalho”, in *O Direito*, 1970, pág. 175-188.
- Comissão de Revisão do Sistema de Carreiras e Remunerações, *Vínculos, Carreiras e Remunerações na Administração Pública – Diagnóstico e Perspectivas de evolução*, de 2006. Disponível em http://www.dgaep.gov.pt/media/1100000000/09.09.2006_relatorio_de_diagnostico_crscr-final.pdf. Consultado a 19/11/2015.
- Conselho da Europa, *La privatisation d’entreprises et d’activités publiques*, Edições do Conselho da Europa, 1994.
- CORPACI, Alfredo, “La Cultura Giuridica e Il Problema del Pubblico Impiego dal 1909 al 1930: Spunti Dalle Revista”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, Ano XXVII, págs. 1253-1293.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, Reimpressão da edição de 1987, 2013.
- CORREIA, Sérvulo, “Os contratos económicos perante a Constituição”, in *Nos Dez Anos da Constituição*, org. Jorge Miranda, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1987, pág. 93-111.
- CORTE-REAL, Isabel, “Public management reform in Portugal: successes and failures”, in *International Journal of Public Sector Management*, Vol. 21, n.º 2, 2008, pág. 205-229.
- CRUZ, José Maria Teixeira da, *A Função pública e o Poder Político: As situações na Alemanha, em França, na Grã-Bretanha, nos Estados Unidos da América e em Portugal*, Universidade Técnica de Lisboa, Lisboa, 2002.

-
- D'ALBERTI, Marco, "Note sui Rapporti di Impiego Pubblico a Contratto", in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Ano XXV, 1975, págs. 531-575.
- D'AURIA, Gaetano, "Lavoro Pubblico e Pubblici Controlli", in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, n.º 68, 1995, 4, pág. 503-519.
- DEL SAZ, Silvia, "La laboralización de la Funcion pública: del contrato laboral para trabajos manuales al contrato de Alta Dirección", in *Documentación Administrativa*, n.º 243, 1995, pág. 133-181.
- DEL SAZ, Silvia, "La privatización de las relaciones laborales en las administraciones públicas", in *Os caminhos da Privatização da Administração Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 147-162.
- DENHARDT, Janet Vinzant/ Denhardt, Robert B., "The new public service: serving rather than steering", in *Public Administration Review*, Vol. 60, (6), 2000, pág. 549-559.
- DENHARDT, Janet Vinzant/ DENHARDT, Robert B., *The new public service: serving, not steering*, edição expandida, M. E. Sharp, New York, 2007.
- Direcção-Geral da Administração e do Emprego Público, *A Década: Emprego Público em Números – 1996-2005*, OBSEP, 2009. Disponível em http://www.dgaep.gov.pt/upload//DEEP/SIEP2014/DGAEPDEEP_SIEP_2013_T4_17022014.pdf. Consultado a 20/08/2014.
- Direcção-Geral da Administração e do Emprego Público, *Síntese Estatística do Emprego Público (SIEP) – 4.º trimestre 2013*, Fevereiro de 2014. Disponível em http://www.dgaep.gov.pt/upload//DEEP/SIEP2014/DGAEPDEEP_SIEP_2013_T4_17022014.pdf. Consultado a 20/08/2014.
- DUGUIT, Léon, *L'État, Les Gouvernants et Les Agents*, Études de Droit Public II, Paris, 1903.
- DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tomo III, 3.ª ed., Paris, 1930.
- ESTORNINHO, Maria João, *A fuga para o direito privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Colecção Teses, Almedina, Coimbra, (reimpressão), 1999.

- ESTORNINHO, Maria João, *Requiem pelo contrato administrativo*, Almedina, Coimbra, 2003.
- ESTORNINHO, Maria João, *O Direito Europeu dos Contratos Públicos, Um olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006.
- ENTRENA CUESTA, Rafael, “El Régimen Estatutario de los Funcionarios Públicos como Postulado Constitucional”, in *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1991, pág. 2599-2618.
- FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 16.^a ed., Almedina, Coimbra, 2012.
- FERNANDES, Francisco Liberal, *Autonomia Colectiva dos trabalhadores da Administração. Crise do Modelo clássico de Emprego Público*, *Studia Iuridica* 9, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- FERNANDES, Francisco Liberal, “Sobre a proibição da conversão dos contratos de trabalho a termo certo no emprego público: comentário à jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in *Questões Laborais*, n.º 19, 2002, pág. 77-95.
- FERNANDES, Francisco Liberal, “Alguns aspectos da evolução do direito do trabalho”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I, 2004, pág. 197-219.
- FERNANDES, Francisco Liberal, *A obrigação de serviços mínimos como técnica de regulação da greve nos serviços mínimos*, Coimbra, 2010.
- FERNANDES, Francisco Liberal, “A flexibilidade como novo modo de ser da relação de emprego público: necessidade ou estratégia de domínio”, in *As reformas do Sector Público – Perspetiva Ibérica no Contexto Pós-crise*, José Carlos Vieira da Andrade e Suzana Tavares da Silva (Coord.), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, pág. 283-293.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil I – Introdução*, *Pressupostos da Relação Jurídica*, 6.^a ed. Revista e atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012.
- FLEINER, Fritz, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 8.^a ed., Ed. Mohr, Tübingen, 1928, pág. 326.
- FONSECA, Guilherme da, “A jurisprudência constitucional sobre as Bases do Regime e o Âmbito da Função Pública”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LI, n.º 293, 2002, pág. 259-269.

-
- FORGES Jean-Michel de, Droit de la fonction publique, 2.^a ed., Presses Universitaires de France, Paris, 1997.
- FÜRST, Walther, Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht, IV, Berlin, 2010.
- GANSHOF, François Louis, Que é o feudalismo?, tradução de Jorge Borges de Macedo, Publicações Europa-América, Coleção Saber, Mem Martins, 1976.
- GARCIA, António Dias, “Da responsabilidade civil objectiva do Estado e demais entidades públicas”, in Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública, Coordenação de Fausto de Quadros, 2.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2004.
- GARCIA, Maria da Glória Dias, Da Justiça Administrativa em Portugal. Sua origem e evolução, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La Revolución Francesa y la emergencia histórica de la administración contemporánea, Madrid, 1959, Madrid, 1959.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Revolución Francesa y Administración Contemporánea, Taurus Ediciones, Madrid, 1972.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/Fernández, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Vol. I, 9.^a Ed., Civitas Ediciones, Madrid, 1999.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A., “Relación Orgánica y Relación de Servicio en los Funcionarios Públicos, in Revista de Administración Pública, Año V, n.º13, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 3.^a Ed., 1974.
- GARRIDO FALLA, Fernando, Comentarios a la Constitución, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 2001.
- GAUDEMET, Yves, Droit Administratif, 20.^a ed., L.G.D.J., Paris, 2012.
- GAZIER, François, La Fonction Publique dans le Monde, Bibliothèque de L’Institut International d’Administration Publique, Paris, 1972.
- GIANNINI, Massimo Severo, “Organi (teoria generale)”, in Enciclopedia del Diritto, Vol. XXXI, Giuffrè Editore, Milano, 1981, pág. 37-60.

- GIANNINI, Massimo Severo, “Impiego Pubblico”, in *Enciclopedia del Diritto*, XX, Giuffrè Editore, 1970, pág. 293-306.
- GIANNINI, Massimo Severo, “Rapporto sui principali problemi dell’Amministrazione dello Stato”, inserido na obra de Paolo Stella Richter, *Scienza dell’Amministrazione*, Edizione Kappi, Roma, 1991.
- Gonçalves, Luiz da Cunha, A evolução do movimento operário em Portugal, A. de Mendonça, Lisboa, 1905.— Gonçalves, Luiz da Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português, vol. VII, Coimbra Editora, Coimbra, 1933.
- GONÇALVES, Pedro, O Contrato Administrativo – Uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo, Almedina, Coimbra, 2003.
- GONÇALVES, Pedro, Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas, Dissertação de Doutoramento, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2005.
- GONÇALVES, Pedro, “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, Julho/Agosto, 2007, pág. 36-46.
- GONÇALVES, Pedro Costa/ MARTINS, Licínio Lopes, “Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da atividade económica”, *Textos de Regulação da Saúde/ano de 2013*, n.º 4, 2014, Entidade Reguladora da Saúde, Porto, 9-28.
- GONZALEZ-HABA GUIZADO, Vicente, “La nueva Imagen del Funcionario Público”, in *Documentación Administrativa*, n.º 174, Madrid, 1977.
- GONZALEZ-HABA GUIZADO, Vicente, “Política de Personal y Rasgos Estructurales de la Función Pública Española”, in *Revista de Estudios de la Vida Local*, n.º 220, 1983, pág. 695-728.
- GONZALEZ-HABA GUIZADO, Vicente-María, “Los problemas del personal no funcionario”, in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 225, 1985, pág. 123-156 e sgs.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *El Derecho Administrativo Privado*, Editorial Moncorvo, S. A., Madrid, 1996.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, *As Constituições dos Estados da União Europeia*, Lisboa, 2000.

-
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I, 2.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2007.
- GUIMARÃES, Fernanda Luísa Marques, *Subemprego: conceito e métodos*, Ministério das Corporações e Previdência Social, Lisboa, 1968.
- HAURIUO, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 12.^a ed., Recueil Sirey, Paris, 1933.
- Hauriou, Maurice, *Précis Élémentaire de Droit administratif*, 4.^a edição, Recueil Sirye, Paris, 1937.
- HAYS, Steven W., “The state of the discipline in public personnel administration”, in *Public Administration Quarterly*, Vol. 20, (3), 1996, pág. 285-304.
- HAYS, Steven W./ PLAGENS, Gregory K., “Human resource management best practices and globalization: the universality of common sense”, *Public Organization Review*, Vol. 2, (4), 2002, pág. 327–348.
- HEGEL, *Princípios da Filosofia do Direito*, tradução de Orlando Vitorino, 4.^a ed., Guimarães Editores, Lda., Lisboa, 1990.
- HEUER, Von Ernst, “Privatwirtschaftliche Wege und Modelle zu einem modernen (anderen?) Staat”, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1995, n.º 3, pág. 85-95.
- HOOD, Christopher, “A public management for all seasons?”, *Public Administration*, Vol. 69, (1), 1991, pág. 3-19.
- HOOD, Christopher, “Contemporary public management: a new global paradigm”, in *Public Policy and Administration*, Vol. 10, (2), 1995, pág. 104-117.
- HOOD, Christopher Hood, *The art of the State: culture, rhetoric, and public management*, Oxford University Press, Oxford.
- INA E DGAEP, *Estudo Comparado de Regimes de Emprego Público de Países Europeus – Relatório Final*, 2007, pág. 105-108. Disponível em <http://www.dgap.gov.pt/upload/homepage/relatorio-final.pdf>. Consultado a 19/11/2015.
- JANE, J., “Incorporation as public sector reform”, in idem (org), *Public sector reform: rationale, trends and problems*. London: Sage Publications, 1997, pág. 283-307.
- JELLINEK, Giorgio, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, tradução italiana de Gaetano Vitagliano, Società Editrice Libreria, Milano, 1912.

- JÈZE, Gaston, *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, traducción de la segunda edición francesa revisada y aumentada considerablemente y prólogo de Carlos García Oviedo, Madrid, 1928.
- JÈZE, Gaston, *Les Principes Généraux du Droit Administratif. Le Fonctionnement des Services Publics*, Tome 3, 3.^a ed. (reimp.), Éditions Dalloz, Paris, 2011.
- JORDÃO, Carvalho, “Caracterização Jurídico-Administrativa dos Funcionários e Agentes da Administração Regional Autónoma”, in *Revista de Direito Público*, Ano I, n.º 2, 1986, pág. 93-111.
- KAHN-FREUND, Otto, *Labour and the Law*, 3.^a ed., 1983, Stevens & Sons Ltd., Londres, 1983.
- KAUFMAN, Herbert, “Emerging conflicts in the doctrines of public administration”, in *American Political Science Review*, Vol. 50, (4), 1956, pág. 1057-1073.
- KAFTANI, Catherine, *La formation du concept de fonction publique en France*, Bibliothèque de Droit Public, Tome 196, L.G.D.J., Paris, 1998.
- KETTL, Donald F., “The global revolution in public management: driving themes, missing links”, in *Journal of Policy Analysis and Management*, Vol. 16, (3), 1997, pág. 446-462.
- KONDYLLIS, Vassilios, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, Bibliothèque de Droit Public, Tome 168, L.G.D.J., Paris, 1994.
- LABAND, Paul, *Le Droit Public de l’Empire Allemand*, Tome II, tradução de C. Gandilhon e Th. Lacuire, Paris, 1901.
- LAFON, Jacques, “Le contrat de Fonction Publique. Note sur la naissance de l’Etat patron”, in *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 1974, pág. 658-695.
- LEITÃO, Alexandra, *A protecção judicial de terceiros nos contratos da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2002.
- LEITÃO, Alexandra, “A Contratualização no Direito do Urbanismo”, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.ºs 25/26, 2006, pág. 9-32.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- LEITE, Jorge, *Direito do Trabalho e da Segurança Social – Lições ao 3.º*

-
- Ano da FDUC, Serviço de textos da Universidade de Coimbra, 1982.
- LEITE, Jorge, “Liberdade Sindical dos Profissionais da PSP, Notas a um acórdão”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 10, n.º 39, Editorial Minerva, Lisboa, 1989.
- LEITE, Jorge, *Direito do Trabalho*, Vol. II, Serviços da Acção Social da Universidade de Coimbra, 1999.
- LEITE, Jorge, *Direito do Trabalho*, Vol. I, Reimp., Serviços de Acção Social da U.C., Coimbra, 2001.
- LEITE, Jorge Leite, “As disposições da lei do Orçamento Geral do Estado para 2011 relativas aos trabalhadores do sector público”, in *Questões Laborais*, ano XVIII, n.º 38, 2011, pág. 261-289.
- LINDE PANIAGUA, Enrique, *Fundamentos de Derecho Administrativo: del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, UNED, 3.ª ed., 2011.
- LIRA, Miguel/ROSO, Ana, “A reforma da administração dos recursos humanos públicos portugueses após o fim do estado novo: uma evolução histórica”, in *Revista Ciências Administrativas*, vol. 19, n.º 2, 2013, págs. 536-578, disponível em http://www.unifor.br/index.php?option=com_content&view=article&id=182&Itemid=214. Consultado a 17/02/2015.
- LOPES, Cristiana Maria Cardoso, *O princípio da boa administração*, dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, (policopiado), 2010.
- LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, *La relacion laboral especial de empleo público – estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Civitas, Pamplona, 2009.
- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves, *O procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações)*, *Studia Iuridica* 13, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- MAÇÃS, Maria Fernanda, “A relação jurídica de emprego público – tendências actuais”, in *Novas Perspectivas de Direito Público*, policopiado, IGAT, 1999, pág. 1-14.
- MADUREIRA, César/ Ferraz, David, “The need of a XXI century governance paradigm for public administrations – the specific case of Portugal”, in *Public Policy and Administration (Viešoji Politika Ir Administravimas)*, (31), 2010, pág. 35-48.

- MADUREIRA, César/ FERRAZ, David, “As configurações político-administrativas e a seleção de dirigentes”, in *Sociologia, Problemas e Práticas*, (63), 2010, pág. 51-69.— Marina Jalvo, Belén, “Sobre las Ultimas Reformas Italianas del Empleo Publico”, in *Revista de Administración Publica*, n.º 137, 1995, pág. 485-509.
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho – Relatório*, Lisboa, 1998.
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 6.ª ed., 2013, Almedina, Coimbra.
- MARTINEZ, Pedro Romano/ Monteiro, Luís Miguel/ Vasconcelos, Joana/ Brito, Pedro Madeira de/ DRAY, Guilherme/ SILVA, Luís Gonçalves da, *Código do Trabalho*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013.
- MARTINS, Alda, “A laboralização da função pública e o direito constitucional à segurança no emprego”, in *Revista Julgar*, n.º 7, 2009, pág. 163-184. Disponível em <https://sites.google.com/site/julgaronline/Home/numeros-publicados/julgar-07--janeiro-abril---2009>. Consultado a 20/08/2014
- MARTINS, Licínio Lopes, “O conceito de norma na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”; in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXV (1999), pág. 599 a 648.
- MARTINS, Licínio Lopes, “O contrato de prestação de serviços na Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro: um regime contrário à Constituição e ao Direito Comunitário”, in *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, Maio, 2009, pág.17-22. Disponível em http://www.fd.uc.pt/cedipre/pdfs/revista_dpr/revista_1.pdf. Consultado a 01/07/2011.
- 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 – Perspetiva Ibérica no Contexto Pós-crise*, José Carlos Vieira da Andrade e Suzana Tavares da Silva (Coord.), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, pág. 283 -257.
- MARTÍN MATEO, Ramón/ DIEZ SÁNCHEZ, Juan José, *Manual de Derecho Administrativo*, 29.ª Ed., Aranzadi, Navarra, 2012.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “Reflexiones sobre las Privatizaciones”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 144, 1997, pág. 7-43.

-
- MATTOSO, José, Identificação de Um País – ensaio sobre as origens de Portugal 1096-1325, Vol. I –oposição, Editorial Estampa, Lisboa, 1985.
- MATTOSO, José, História de Portugal – A monarquia feudal (1096-1480), Vol. II, Editorial Estampa, 1993.
- MEDEIROS, Rui/ FONTOURA João Lamy da, “Contratação colectiva e universidades públicas”, in Direito e Justiça – Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva, Volume II, Lisboa, 2013, págs. 447-472.
- MELLO, Celso António Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 30^a ed., Malheiros, São Paulo, 2013.
- MELO, António Barbosa de/ GONÇALVES, Pedro Costa/MARTINS, Licínio Lopes, Os Recursos Humanos nas Autarquias Locais e o Novo Regime do Emprego Público, CEDOUA, Almedina, 2008, pág. 29.
- MELO, Martinho Nobre de, O estado dos funcionários: estatuto legal, Livraria Ferin, Lisboa, 1914.
- MESTRE, Bruno, “O regime jurídico da reafectação de trabalhadores na Lei n.º 35/2014, de 20/06”, in Questões Laborais, Ano XXI, n.º 45, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 291-303.
- MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui, A Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui, A Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- MIRANDA, Jorge/ NEVES, Ana Fernanda, “anotação ao artigo 269.º”, in Constituição da República Portuguesa Anotada, org. Jorge Miranda /Rui Medeiros, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- MCNUTT, Kathleen, Leslie A. Pal, “Modernizing government: mapping global public policy networks”, in Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions, Vol. 24, (3), pp. 439-467.
- MONCADA, Luís Cabral de, Direito Público e eficácia, Lisboa, 1997.
- MONCADA, Luís Cabral de, Responsabilidade Civil Extra-Contratual do Estado: A Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, Edição Abreu & Marques, Vinhas e Associados – Sociedade de Advogados, RL, Lisboa, 2008.

- MORAIS, Carlos Blanco de, “O estatuto híbrido das entidades reguladoras da economia”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. IV – Direito Administrativo e Justiça Administrativa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, pág. 183-217.
- MOREIRA, Vital, Administração Autónoma e Associações Públicas, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- MOREIRA, Vital, “Projecto de Lei-Quadro dos Institutos Públicos”, in Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública/ Grupo de Trabalho para os Institutos Públicos, Relatório e proposta de lei-quadro sobre os Institutos Públicos, Coordenação de Vital Moreira, Lisboa, 2001, pág. 385-447.
- MOREIRA, Vital Moreira/MAÇÃS, Fernanda, Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- MORÓN, Sánchez, Derecho de la función pública, 2001.
- MORONE, Ettore, “Impiego Pubblico”, in Novissimo Digesto Italiano, Vol. VIII, 3.ª Edição, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1957, pág. 264-279.— 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, Almedina, Coimbra, 1984.
- MOURA, Paulo Veiga e, Função Pública: regime jurídico, direitos e deveres dos funcionários e agentes, 1.º Vol., 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.
- MOURA, Paulo Veiga e, A privatização da função pública, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- MOURA, Paulo Veiga, “Implicações Jurídico-Constitucionais da Introdução do Contrato Individual de Trabalho na Administração Pública”, in Jurisprudência Constitucional, n.º 11, 2006, págs. 64-71.
- MOURA, Paulo Veiga e, Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública: anotado, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- MOURA, Paulo Veiga e, Avaliação de desempenho da Administração Pública – Comentário à Lei n.º 66-B/2007, de 28 de dezembro, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

-
- 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 Editora, Coimbra, 2010.
- MOURA, Paulo Veiga e/ ARRIMAR, Cátia, Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, 1.º Volume (artigos 1.º a 240.º), Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- Muzellec, R., “Privatización y contratualización en la función pública”, in Documentación Administrativa, n.º 239, 1994, pág. 125-141.
- NABAIS, José Casalta Nabais, O dever fundamental de pagar impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo, 3.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2012.
- NAVARRO, Luiz Lopes, Funcionários Públicos, Editora Gráfica Portuguesa, Limitada, Lisboa.
- NETTO, e Luísa Cristina Pinto e, A Contratualização da Função Pública, Del Rey Editora, Belo Horizonte, 2005.
- NIETO, Alejandro, La retribución de los funcionarios en España (Historia e Actualidad), Madrid, 1967.
- NIGRO, Mario, “Amministrazione Pubblica (organizzazione giuridica dell’)”, in Enciclopédia Guiridica Giovanni Treccani, Vol. II.
- NEVES, Ana Fernanda, “Contratos de trabalho a termo certo e contratos de prestação de serviços na administração pública: situações irregulares: «reintegração»”, in Questões laborais, ano II, n.º 6, 1995, pág. 166-182.
- NEVES, Ana Fernanda Neves, “Relação Jurídica de Emprego Público na Constituição: movimento de auto-semelhança”, in Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976, Vol. III, (coord. Jorge Miranda), Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 859-907.
- NEVES, Ana Fernanda, Relação Jurídica de Emprego público – Movimentos Fractais, Diferença e Repetição, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- NEVES, Ana Fernanda, “Os «desassossegos» do Regime da Função Pública”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XLI, n.º 1, Coimbra Editora, 2000, pág. 49-69.

- NEVES, Ana Fernanda, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, in *Os caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, *Studia Iuridica* 60, Colloquia-7, BFDUC, 2001, pág. 147-192.
- NEVES, Ana Fernanda, “O contrato de trabalho na Administração Pública”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Volume I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, pág. 81-152.
- NEVES, Ana Fernanda, “O direito da Função Pública”, in Paulo Otero / Pedro Gonçalves (coords.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume IV, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 359-556.
- NEVES, Ana Fernanda, “A relação jurídica de função pública e as suas particularidades”, in *Direito Disciplinário Internacional – Estudos sobre a formação, profissionalização, disciplina, transparência, controle e responsabilidade da função pública*, Volume 1, Martha Lucía Bautista Cely e Raquel Dias da Silveira (Coord.), Editora Fórum, Belo Horizonte, 2011, pág. 240-255.
- NEVES, Ana Fernanda, “O posto de trabalho e a mobilidade concorrencial como instrumentos jurídicos de tutela dos direitos dos trabalhadores públicos”, in *Trabalho em funções públicas em tempos de crise: que direito(s)?*: Atas das I Jornadas de direito do emprego público, (coordenadora Isabel Celeste M. Fonseca); coordenação executiva Jorge Braga. – [S.I.]: Sindicato dos Trabalhadores em Funções Públicas e Sociais do Norte, 2013, pág. 11-34.
- NEVES, Ana Fernanda, “Relação jurídica de trabalho e relação de função pública”, in *Revista Brasileira de Estudos da Função pública – RBEFP*, ano 2, n.º 5, Belo Horizonte, 2013, pág. 175-196.
- NÉZARD, Henry, *Théorie juridique de la fonction publique*, L. Larose, Paris, 1901.
- NUNES, Pedro, “Reforma do emprego público: breves considerações às grandes reformas em curso em Portugal”, in *Revista de Estudos Politécnicos, Tékhné*, Vol. VII, (11), 2009, pág. 49-73.
- NUNES, Cláudia Sofia Henriques, *O Contrato de Trabalho em Funções Públicas face à Lei Geral do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- OLIVEIRA, António Cândido de, “Os funcionários públicos em Portugal: Presente e Perspectivas de Futuro”, in *Scientia Iuridica*, Tomo XLVIII, n.ºs 277-279, 1999, pág. 101-117.

-
- OLIVEIRA, Eduardo Sebastião Vaz de, *A função pública Portuguesa. Estatuto novo ou nova Política?*, Separata do Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal n.º 122, Lisboa, 1969.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula/DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula/DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, (citado: Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*).
- OLIVEIRA, Fernanda Paula, “Contratação Pública no Direito do Urbanismo”, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Pedro Gonçalves (Org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 781-829.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Volume I, 2.ª Reimp., Almedina, Coimbra, 1984.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de/ GONÇALVES, Pedro Costa/ AMORIM, J. Pacheco de, *Código do Procedimento administrativo (comentado)*, 2.ª edição, (8.ª reimpressão da edição de 1997), Almedina, Coimbra, 2010.
- Osborne, Stephen P., “The new public governance?”, in *Public Management Review*, Vol. 8, (3), 2006, pág. 377-387.
- OTERO, Paulo, *Conceitos e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
- OTERO, Paulo, *O poder de substituição em direito administrativo: Enquadramento dogmático-constitucional*, Vol. II, Lex, Lisboa, 1995.
- OTERO, Paulo, *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- OTERO, Paulo, “Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública”, in *Os caminhos da Privatização da Administração Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 31-57.
- OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003.
- MAYER, Otto Mayer, *Le droit Administratif Allemand*, Tome 1, (édition française par l’auteur), V. Giard & E. Brière, Paris, 1903.
- Palomar Olmeda, Alberto, *Derecho de la Función Pública – Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos*, 7.ª ed., Dykinson, S.L., Madrid, 2003.

- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, “Autonomía política y diversidad jurídica en la regulación de trabajo (a propósito de la organización territorial del Estado en España)”, in Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica, Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra: 1999/2000, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- PARADA VÁZQUEZ, Ramón, Derecho Administrativo II. Organización y empleo público, 18.ª Edição, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- PARADA VÁZQUEZ, Ramón, Derecho Administrativo II, Organización y empleo público, 20.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2008.
- PAREJO ALFONSO, Alfonso, “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, in Documentación Administrativa, n.ºs 218-219, 1989, pág. 15-65.
- PAREJO ALFONSO, Luciano/ Jiménez-Blanco, Antonio/ Ortega Álvarez, Luis, Manual de Derecho Administrativo, 3.ª edição, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1994.
- PEISER, Gustave, Droit de la Fonction Publique, 21.º ed., Dalloz, Paris, 2012.
- PETROZZIELLO, M., Il rapporto di pubblico impiego, Società Editrice LIBRARIA, MILANO, 1935.
- PIGNATELLI, Carlos, “Breves reflexões em torno das “entidades reguladoras”, in Revista do Tribunal de Contas, n.º 45, Janeiro/ Junho, Lisboa, 2006, pág. 51-77.
- PIMENTEL, Francisco, Direitos e Deveres dos Trabalhadores da Administração Pública – na relação jurídica de emprego público, Almedina, Coimbra, 2011.
- PIMENTEL, Francisco Pimentel, Consequências da reforma da Administração Pública – sobre o regime jurídico das férias, faltas e licenças dos trabalhadores da Administração Pública, Almedina, Coimbra, 2009.
- PIÑERO, Miguel Rodríguez, “Trabajo privado y trabajo público”, in Relaciones Laborales, n.º 1, 1989.
- PINTO, Mário, Direito do Trabalho, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996.
- PIRES, Miguel Lucas, “O contrato individual de trabalho na Administração Pública”, in Questões Laborais, Ano XIII (2006), n.º 28, pág. 214 e seguintes.

-
- PIRES, Miguel Lucas, Os regimes de vinculação e a extinção das relações jurídicas dos trabalhadores da Administração Pública, Almedina, Coimbra, 2013.
- PIRES, Miguel Lucas, Será mesmo inadmissível “despedir funcionários públicos”? Reflexões em torno do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 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.
- PIRES, Miguel Lucas, Lei geral do Trabalho em Funções Públicas, anotada e comentada, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016.
- PISÓN APARICIO, Íñigo Martínez de, “Derechos de contenido no económicos: especial referencia al derecho al cargo”, in Situación actual y tendencias de la Función Pública Española, Coordenação de F. Castillo Blanco, Granada, 1998, pág. 335-362.
- PINTO, Carlos Alberto Mota, Teoria Geral do Direito Civil, 4.ª ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), 2.ª reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- PINTO, Mário, Direito do Trabalho, 1.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996.
- PLANTEY, Alain, La Fonction Publique, Traité Général, 2.ª ed., Litec, Paris, 2001.
- POLLITT, Christopher, Managerialism and the Public Services: Cuts Or Cultural Change in the 1990s?, 2.ª edição, Blackwell Publishers, Oxford, 1993.
- POLLITT, Christopher, “Convergence: the useful myth?”, in Public Administration, Vol. 79, (4), 2001, pág. 933-947.
- POLLITT, Christopher/ BOUCKAERT, Geert, Public management reform: a comparative analysis, 2.ª edição, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- Presidência do Conselho de Ministros, obre os Sistemas Retributivos da Função públicaem Portugal, Vol. I, Lisboa, 1987.
- QUADROS, Fausto de, “Agentes Administrativos”, in Polis, Vol. 1, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Editorial Verbo, Lisboa, 1983, pág. 187-189.
- RAINEY, Hal G., Understanding and managing public organizations, 4.ª edição, CA: Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 2009.

- RAINEY, Hal G. / CHUN, Young Han, “Public and private management compared”, in Ewan Ferlie, Laurence E. Lynn Jr. e Christopher Pollitt (orgs.), *The Oxford handbook of public management*. New York: Oxford University Press, 2005, pág. 72-102.
- RIOUX, Jean-Pierre, *A revolução industrial*, (tradução de António Pinto Ribeiro), 5.ª edição, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1996.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2000.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral – breves notas”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62, 2002, pág. 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, in *Questões Laborais*, Ano XI, n.º 24, 2004, pág. 121-136.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 2.ª Edição Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2008.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral*, 2.ª ed., Coimbra, 2009.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Negociação Colectiva Atípica*, Almedina, Coimbra, 2009.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma/ BRITO, Pedro Madeira de, *Contrato de trabalho na Administração Pública. Anotação ao Regime Jurídico aprovado pela Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005.
- RAMOS, Vasco Moura, *Da compatibilidade do New Public Management com os Princípios Constitucionais*, (dissertação de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), policopiado, Coimbra, 2002.
- RAIMUNDO, Miguel Assis Raimundo, *As empresas públicas nos tribunais administrativos – contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2007.

-
- RIBEIRO, João Sérgio, “Entidades Reguladoras Independentes, uma forma de regulação ou de tributação?», IV Encontro de Professores de Direito Público, in *Scientia Iuridica*, Tomo LX, n.º 326, Maio/Agosto, 2011, pág. 235-257.
- RIBEIRO, Lino José Baptista Rodrigues, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública – direitos adquiridos ou arbítrio legislativo?”, in *Colóquios da Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal*, 2010, pág. 233-240.
- RODRÍGUEZ RAMOS, M.ª José, “Funcionarización y Laboralización del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas: Dos Procesos Convergentes”, in *Situación actual y tendencias de la Función Pública Española*, Coordenação de F. Castillo Blanco, Granada, 1998, pág. 157-189.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *Princípios constitucionais dos servidores públicos*, Saraiva, São Paulo, 1999.
- ROCHA, J. A. Oliveira, “Modelos de Gestão Pública”, in *Revista de Administração e Políticas Públicas*, Vol. I, n.º 1, 2000, pág.6-14.
- ROCHA, J. A. Oliveira, “Gestão Pública, Liderança e a Avaliação do Desempenho”, in *Revista de Administração e Políticas Públicas*, Vol. IV, n.º 1 e 2, 2003, pág. 88-97.
- ROCHA, J. A. Oliveira, *Gestão Pública e Modernização Administrativa*, INA, (1.ª reimp.), Lisboa, 2009.
- ROCHA, J. A. Oliveira, *Gestão de Recursos Humanos na Administração Pública*, 3.ª Edição, Escolar Editora, Lisboa, 2010.
- ROCHA, J. A. Oliveira/ ARAÚJO, Joaquim Filipe Esteves de, “Administrative reform in Portugal: problems and prospects”, in *International Review of Administrative Sciences*, Vol. 73, (4), 2007, pág. 583-596.
- ROCHA, J. A. Oliveira/DANTAS, J. Costa, *Avaliação de Desempenho e Gestão por Objectivos*, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 2007.
- ROSENBLOOM, David H./ KRAVCHUCK, Robert S., *Public administration: understanding management, politics, and law in the public sector*, 5.ª edição. McGraw-Hill, New York, 2002.

- RUFFERT, Mathias, “Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts”, in Grundlagen des Verwaltungsrecht, I Band: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2.^a auflage, Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann, Voßkuhle (editores literários), Beck, München, 2012, pág. 1163-1255.
- SÁ, Almeno de, “Administração do Estado, Administração Local e princípio da igualdade no âmbito do Estatuto do Funcionário”, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Número Especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia, III, Coimbra, 1991, pág. 621-720.
- SALA FRANCO, Tomás, Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública, MAP, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989.
- SALAH, Tabrizi Ben, Droit de la Fonction Publique, Masson, Paris, 1992.
- SALON, Serge/Savignac, Jean-Charles, “Chronique générale de législation: fonction publique de l’État, fonction publique hospitalière”, in L’Actualité Juridique de Droit Administratif , n.º 11, 1987, pág. 648-656.
- SAZ, Silvia Del, “Desarrollo y Crisis del Derecho Administrativo. Su Reserva Constitucional”, in Chinchilla, Lozano e Del Saz, Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios, Editorial Civitas, Madrid, 1992, pág. 101-196.
- SAZ, Silvia Del, “La Huida del Derecho Administrativo: Ultimas Manifestaciones. Aplausos y Criticas”, in Revista de Administración Pública, n.º 133, 1994, pág. 57-98.
- SAZ, Silvia Del, “,administraciones públicas”, in Os caminhos da Privatização da Administração Pública, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 147-162.
- SCHMITT, Carl, Teoría de la Constitución, (tradução espanhola de Verfassungslehre), Alianza Editorial, Madrid, 1996.
- SHAFRITZ, Jay M., A behavioral analysis for the public service, Praeger Publishers, New York, EUA, 1973.
- SENDÍN GARCÍA, Miguel Angel, “Entre el sistema de carrera y el del empleo: el modelo español de empleo público”, in Los empleados públicos – Estudios, Salamanca, Miguel Domínguez-Berreuta e Emmanuel Jiménez Franco (coord.), 2006, pág. 57-83.

-
- SEQUEIRA, Fernando, “Alguns aspectos do processo de privatizações em Portugal (I)”, in *O Militante, Economia*, Edição n.º 28, Mar/Abril, 2006, disponível em <http://www.omilitante.pcp.pt>. Consultado a 19/02/2015.
- STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemaña*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- SILVA, Luís Gonçalves da, “Pressupostos, requisitos e eficácia da portaria de extensão”, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. I, Pedro Romano Martinez (coord.), Almedina, 2001, pág. 669-776.
- SILVA, Luís Gonçalves da, *Notas sobre a Eficácia Normativa das Convenções Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2002.
- SILVA, Maria Conceição Tavares da, *Direito do Trabalho (Apontamentos das lições de Direito do Trabalho policopiados)*, Volume I, Instituto de Estudos Sociais, 1964/1965.
- SILVA, Vasco Pereira da, *Para um contencioso administrativo dos particulares: esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, (reimp.), Almedina, Coimbra, 2003.
- SOARES, Rogério, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, 3.ª edição, Coimbra, MCMLV (1955).
- SOARES, Rogério Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, 1969, pág. 171.
- SOARES, Rogério, *Direito Administrativo, Lições ao curso complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no ano lectivo de 1977/78 (polic.)*, Coimbra, 1978.
- SOARES, Rogério, “O acto administrativo”, in *Scientia Iuridica*, 1990, Tomo XXXIX, pág. 25-35.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Lisboa, 1995.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de Sousa/ MATOS, André Salgado de, *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, Lisboa, 2008.

- SOUSA, Marcelo Rebelo de Sousa/ MATOS, André Salgado de, “Direito Administrativo Geral: Introdução e Princípios Fundamentais”, Tomo I, 3.º Edição (reimp.), Dom Quixote, 2010.
- SOUSA/ Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de, Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral – Tomo III, 2.ª ed. Reimpressão, D. Quixote, Lisboa, 2010.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de /Matos André Salgado de, Direito Administrativo Geral, Tomo III – Actividade Administrativa, 2.ª ed. Reimpressão, D. Quixote, Lisboa, 2010.
- SOUSA, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque, “A Reforma do Emprego Público em Portugal”, in *Questões Laborais*, Ano XXI, n.º 45, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 213-246.
- SIEYÉS, Emmanuel Joseph, *Qué es el Estado llano?: ensayo sobre los privilegios*, (tradução de José Rico Godoy), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- SILVA, F. V. Gonçalves da, “Bosquejo duma sucinta histórica da contabilidade em Portugal”, Separata de: *Revista de Contabilidade e Comércio*, Vol. LII, (205), 1995, pág. 117- 128.
- SILVA, Suzana Tavares da, “O princípio (fundamental) da eficiência”, in IIIº Encontro de Professores de Direito Público, 30 de Janeiro de 2009, Porto. Disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Suzana10.pdf. Consultado a 18/06/2014.
- SUPOIT, Alain, *Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa*, Perspectivas Laborais 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- TALBOT, Colin, “Public value: the next “big thing” in public management?”, in *International Journal of Public Administration*, Vol. 32 (3 e 4), 2009, pág. 167-170.
- TEIXEIRA, Ida Sofia Carreira, *A Constituição da Relação Jurídica de Emprego Público na Atualidade*, (dissertação de mestrado do ISCTE-IUL), policopiado, 2012.
- TOMÉ, Artur Galvão Teles/ AMORIM, Rui Pessoa de/MOREIRA, Vital, “O universo dos institutos públicos em Portugal”, in Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública/Grupo de Trabalho para os Institutos Públicos, Relatório e proposta de lei-quadro sobre os Institutos Públicos, Coordenação de Vital Moreira, Lisboa, 2001, pág. 55-84.
- ULRICH, Ruy Ennes, *Legislação operária portuguesa*, Coimbra, 1906.

-
- VASQUEZ DE PRADA, Valentín R., “El Funcionario Publico: Señas de Identidad”, in *Documentación Administrativa*, n.º 189, 1981, pág. 185-217.
- VEIGA, António da Motta, *A regulamentação do salário*, Imprensa Portuguesa, Porto, 1944.
- VEIGA, António Jorge da Motta, *Lições de Direito do Trabalho*, 4.ª ed., Universidade Lusíada, Lisboa, 1992.
- VENTURA, Rául Rodrigues, *Teoria da relação jurídica de trabalho. Estudo de Direito Privado*, Vol. I, Imprensa Portuguesa, Porto, 1944.
- VIANA, Cláudia, “O conceito de funcionário público – tempos de mudança”, in *Revista de Estudos Politécnicos*, 2007, Vol. V, n.º 8, 007-034, pág. 7-34.
- VIANA, Cláudia, “O Contrato de Trabalho em Funções Públicas: privatização ou publicização da Relação Jurídica de Emprego Público”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 277-304.
- VIRGA, Pietro, *Il Pubblico Impiego*, 3.ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 1991.
- VOSSKUHLE, Andreas, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, in *Grundlagen des Verwaltungsrecht*, I Band: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2.ª auflage, Hoffmann-Riem, Schimdt-Abmann, Voßkuhle (editores literários), Beck, München, 2012, pág. 1-63.
- WEIL, Prosper, *O Direito Administrativo*, (edição portuguesa), Almedina, Coimbra, 1977.
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *Curso de Direito do Trabalho I – Introdução, Quadros Organizacionais e Fontes*, 3.ª ed., Verbo, Lisboa/São Paulo, 2004.
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, “As fontes específicas de Direito do Trabalho e a superação do princípio da filiação”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XLVI (XIX da 2.ª série), 2005, pág. 117-154.

JURISPRUDÊNCIA RELEVANTE*

Tribunal Constitucional Português

- Acórdão n.º 142/85, de 30 de Julho de 1985 – bases do regime e âmbito da função pública.
- Acórdão n.º 154/86, de 6 de Maio de 1986 – estatuto funcional típico quanto à relação de emprego público.
- Acórdão n.º 340/92, de 27, de Outubro de 1992 – bases do regime e âmbito da função pública.
- Acórdão n.º 172/93, de 10 de Fevereiro de 1993 – convenções colectivas, fiscalização da constitucionalidade.
- Acórdão 345/93, de 12 de Maio de 1993 – estatuto específico dos funcionários públicos.
- Acórdão n.º 214/94, de 2 de Março de 1994 – convenções colectivas, fiscalização da constitucionalidade.
- Acórdão n.º 36/96, de 17 de Janeiro de 1996 – lei quadro da função pública.
- Acórdão 368/97, 14 de Maio de 1997 – convenções colectivas, fiscalização da constitucionalidade.

* Só consta jurisprudência consultada e citada ao longo desta dissertação.

- Acórdão n.º 637/98, de 4 de Novembro de 1998 – convenções colectivas, fiscalização da constitucionalidade.
- Acórdão n.º 129/99, de 3 de Março de 1999 – lei quadro da função pública.
- Acórdão n.º 284/99, de 5 de Maio de 1999 – convenções colectivas, fiscalização da constitucionalidade.
- Acórdãos n.º 683/99, de 21 de Dezembro de 1999 – inconstitucionalidade do n.º 3 do artigo 14.º, 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, e regime jurídico próprio do emprego público.
- Acórdão n.º 637/98, de 4 de Novembro de 1998 – convenções colectivas, fiscalização da constitucionalidade.
- Acórdão, n.º 73/2000, de 9 de Fevereiro de 2000 – inconstitucionalidade do n.º 3 do artigo 14.º, 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.
- Acórdão n.º 82/2000, de 10 de Fevereiro de 2000 – inconstitucionalidade do n.º 3 do artigo 14.º, 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.
- Acórdão 368/2000, de 11 de Julho de 2000 – inconstitucionalidade (com força obrigatória geral) do n.º 3 do artigo 14.º, 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.
- Acórdão n.º 162/2003, de 25 de Março de 2003 – bases do regime e âmbito da função pública.
- Acórdão n.º 4/2003, de 7 de Janeiro de 2003 – direito à segurança dos trabalhadores, artigo 53.º da CRP.
- Acórdão n.º 580/2004, de 28 de Setembro de 2004 – convenções colectivas, fiscalização da constitucionalidade.
- Acórdão n.º 224/2005, de 27 de Abril de 2005 – convenções colectivas, fiscalização da constitucionalidade.

- Acórdão n.º 607/2007, de 11 de Dezembro de 2007 – bases do regime e âmbito da função pública.
- Acórdão n.º 174/2008, de 11 de Março de 2008 – convenções colectivas, fiscalização da constitucionalidade.
- Acórdão n.º 54/2009, de 28 de Janeiro de 2009 – direito de contratação colectiva.
- Acórdão n.º 154/2010, de 20 de Abril de 2010 – relação jurídica de trabalho específica, correspondente à função público seu sentido estrito.
- Acórdão n.º 187/2013, de 5 de Abril de 2013 – laboralização da função pública, redução remuneratória.
- Acórdão n.º 474/2013, de 29 de Agosto de 2013 – laboralização da função pública.
- Acórdão n.º 413/2014, de 30 de Maio de 2014 – lei do orçamento do Estado, redução remuneratória.

Supremo Tribunal Administrativo

- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Pleno) n.º 010397, de 13 e Fevereiro de 1980 – direitos dos trabalhadores, estatuto geral da função pública.
- Acórdão n.º 032399 de 11 de Outubro de 1994 – relações de emprego público irregulares, “falsos tarefeiros”.
- Acórdão de n.º 033680, de 10 de Novembro de 1994 – relações de emprego público irregulares, “falsos tarefeiros”.
- Acórdão n.º 038595, de 10 de Julho de 1997 – relações de emprego público irregulares, “falsos tarefeiros”.
- Acórdão n.º 047438 de 26 de Junho de 2001 – relações de emprego público irregulares, “falsos tarefeiros”.
- Acórdão n.º 047346 de 06 de Março de 2002 – relações de emprego público irregulares, “falsos tarefeiros”.
- Acórdão Processo n.º 047720, de 9 de Maio de 2002 – execução do contrato, celebração do contrato pela Administração Pública.

- Acórdão n.º 0262/07 de 31 de Outubro de 2007 – relações de emprego público irregulares, “falsos tarefeiros”.
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Pleno) n.º 0375/09, de 15 de Setembro de 2011 – trabalhadores da Direcção Geral das Contribuições e Impostos, vínculo da relação de emprego público.
- Acórdão do STA n.º 01132/13, de 3 de Abril de 2014 – contrato de trabalho em funções públicas, contratos de trabalho a termo certo, caducidade, direito a compensação do trabalhador.
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Pleno) n.º 3/2015, de 21 de Maio, de uniformização de jurisprudência – determinando que no domínio da redacção inicial do n.º 3, do artigo 252.º, do RCTFP, a caducidade de um contrato de trabalho a termo certo cuja renovação fosse já legalmente impossível não conferia ao trabalhador direito à compensação referida nessa norma.

Tribunal Central Administrativo Sul

- Acórdão n.º 03722/08, de 14 de Junho de 2012 – função Pública, direito fundamental à segurança, causas objectivas.

Outras decisões de tribunais judiciais nacionais

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de Março de 1996, Proc. n.º 004395 – acórdão contra a conversão contrato de trabalho a termo em contrato sem termo no seio da Administração.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Setembro de 1998 – acórdão contra a conversão contrato de trabalho a termo em contrato sem termo no seio da Administração.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 06S699, de 28 de Junho de 2006 – os usos de serviço como fonte de direito.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9 de Julho de 1998, Processo n.º 0023094 – acórdão contra a conversão contrato de trabalho a termo em contrato sem termo no seio da Administração.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 21 de Outubro de 1997 – acórdão a favor da conversão do contrato de trabalho a termo em contrato sem termo no seio da Administração.

- Acórdão da Relação do Porto, de 20 de Dezembro de 1999 – acórdão a favor da conversão do contrato de trabalho a termo em contrato sem termo no seio da Administração.
- Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de Maio de 2008, Acórdão n.º 1792/04.3 PBAVR.C1 – Crime de resistência, coação a funcionário, agente da polícia municipal, âmbito de fiscalização, legitimidade da ordem, direito à resistência, assistente, legitimidade para recorrer, crime de desobediência.

Tribunal de Justiça da União Europeia

- Acórdão da Comissão contra a Bélgica, de 17 de Dezembro de 1980, Processo n.º 149/79 – livre circulação de pessoas e serviços, trabalhadores, empregos na Administração Pública;
- Acórdão da Comissão contra República Francesa, de 3 de Junho de 1986, Processo n.º 307/84 – exigência de nacionalidade para a nomeação e efectivação em empregos definitivos de enfermeiro ou enfermeira.
- Acórdão da Comissão das Comunidades Europeias contra Grão-Ducado do Luxemburgo, de 2 de Julho de 1996, Processo n.º C-473/93 – incumprimento pelo Estado, livre circulação de pessoas, empregos na Administração Pública –;
- Acórdão da Comissão contra o Reino da Bélgica, do Tribunal de 2 de Julho de 1996, Processo n.º C-173/94 – incumprimento pelo Estado, livre circulação de pessoas, empregos na Administração Pública.
- Acórdão da Comissão contra República Helénica, de 2 de Julho de 1996, Processo n.º C-290/94 – incumprimento pelo Estado, livre circulação de pessoas, empregos na administração pública.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

- Acórdão do TEDH, de 02/09/1998, Processo n.º 65/1997/849/1056, Caso Ahmeh e outros contra o Reino Unido.
- Acórdão do TEDH, de 19/04/2007, Processo n.º 63235/00, caso Vilho Eskelinen e outros contra Finlândia.
- Acórdão do TEDH, de 12/11/2008, Processo n.º 34503/97, Demir e Baykara contra Turquia.
- Acórdão do TEDH 09/06/2009, Processo n.º 16861/02, caso Nicola Silvestri contra Itália.

Outras decisões

- Decisão da Corte Costituzionale Italiana n.º 309/1997, de 16 de Outubro – privatização do emprego público.
- Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 99/87, de 11 de Junho – regime estatutário do emprego público.
- Acórdão Winkell do Conseil d'État, de 7 de Agosto de 1909 – contrato de direito público dos funcionários.
- Acórdão Berkani, do Tribunal de Conflitos Francês de 25 de Março de 1996 – contrato de direito público.

Pareceres da Procuradoria-Geral da República

- Parecer n.º 28/2008, de 12 de Agosto de 2008 – Polícia. Polícia municipal. Polícia administrativa. Medidas de polícia. Órgão de polícia criminal. Crime de desobediência. Identificação. Revista. Detenção. Poder de autoridade. Fiscalização.
- Parecer n.º 9/2014, 6 de Outubro de 2014 – Acordos coletivos de entidade empregadora pública (ACEEP). Legitimidade para a sua celebração. Autarquias locais. Princípio da autonomia local. Direito de contratação coletiva. Negociação colectiva.

ÍNDICE

Agradecimentos	3
Resumo	5
Abstract.	7
Siglas e Abreviaturas	9
Plano da Investigação	11
Introdução	13

PARTE I

Coordenadas jurídico-históricas do modelo estatutário da função pública	17
--	-----------

CAPÍTULO I

Enquadramento Jurídico da Função Pública	19
1. A função pública enquanto sentido orgânico da Administração Pública	19
2. Breve resenha histórica da função pública	22
3. A função pública como realidade constitucional	47
4. O conceito constitucional de função pública	54
5. Os conceitos constitucionais de agentes e de funcionários públicos	64
6. A descaracterização do conceito de função pública a partir da legislação	79
7. Fontes do direito da função pública	87
8. Conclusões preliminares	97

CAPÍTULO II

O modelo estatutário da função pública: evolução	99
1.A autonomização do emprego no seio da Administração Pública: concepção legal e estatutária do emprego público	99
2. Os modelos de emprego no seio da Administração Pública	118
3. O modelo clássico de função pública como relação de emprego diferenciada	128
4. A evolução do modelo estatutário clássico de <i>função pública</i> em Portugal	131
4.1. Caracterização geral do regime estatutário tradicional.	133
4.2. Crise do modelo clássico estatutário de emprego público	139
4.3. Superação do modelo clássico e novo momento de crise do modelo estatutário.	149
4.4. Manutenção de aspectos distintivos da relação de emprego público.	153
5. As especificidades da relação jurídica de emprego público face ao emprego privado	159
6. Conclusões preliminares – Subsistência de dimensões estatutárias no regime de emprego público	194

PARTE II

Coordenadas da privatização do emprego público	199
---	------------

CAPÍTULO III	201
------------------------	-----

A privatização do emprego públic	201
--	-----

1. Interpenetração entre direito laboral e direito do emprego público	201
2. O fenómeno da privatização do emprego público	215
3. Motivos justificativos da privatização do emprego público	222
4. . A privatização do emprego público em diferentes países europeus	232
4.1. O regime publicista Francês de emprego público	232
4.2. A Laboralização Espanhola do emprego público	236
4.3. A privatização Italiana do emprego público	245
4.4. O regime dual Alemão do emprego público	250
5. A progressiva privatização do emprego público português	253

6. Análise crítica à privatização do emprego público português	272
7. Os princípios da eficiência e da eficácia como mitos actuais da Administração Pública	279
7.1. Os princípios da eficiência e da eficácia no seio da Administração Pública	280
7.2. Os princípios da eficiência e da eficácia como subprincípios do princípio do mérito do emprego público	291
8. Conclusões preliminares	294
CAPÍTULO IV	
Evolução dos Vínculos na Relação Jurídica de Emprego Público	297
1. Conceito de “vinculação” dos trabalhadores em funções públicas	297
2. Enquadramento legislativo da relação jurídica de emprego na Administração Pública anterior a 2009	303
2.1. Modalidades de constituição da relação de emprego na Administração antes de 2009	307
2.1.1. A nomeação	308
2.1.2. Contrato administrativo de provimento	313
2.1.3. O Contrato de trabalho a termo	316
2.1.4. O contrato individual de trabalho	326
2.2. Confronto entre o regime previsto na Lei n.º 23/2004 com outros regimes	333
3. Enquadramento legislativo da relação de emprego público entre 2009 e 2014	339
3.1. Modalidades de constituição da relação jurídica de emprego público entre 2009 e 2014	342
3.1.1. A nomeação	343
3.1.2. Comissão de serviço	348
3.1.3. Contrato de trabalho em funções públicas.	349
3.2. Confronto entre o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas com outros regimes	358
4. Enquadramento legislativo do Emprego Público depois de 2014	364
4.1. As modalidades de emprego público depois de 2014 com a entrada em vigor da LTFP	369
4.2. Situação jurídica dos trabalhadores em funções públicas contratados	375
4.3. O recurso pela Administração Pública ao contrato de	

trabalho no regime laboral comum	380
5. Uma breve referência à evolução do emprego público em Portugal em números	384
6. Conclusões preliminares.	389

CAPÍTULO V

O Direito Administrativo como regime do emprego público?	391
1. Privatização ou administrativização do emprego público?	391
2.A imposição constitucional do regime jurídico de Direito Administrativo para o emprego público	404
3.Posição sufragada pelo Tribunal Constitucional sobre a configuração constitucional do regime da função pública	413
4.A doutrina nacional e o (subsistema do) Direito Administrativo como a disciplina do emprego público	419
5. Perante a lei ordinária em vigor o essencial do regime de emprego público será ainda de direito administrativo?	427
6. Dualidade de regimes legais no âmbito do emprego público: um regime mais publicizado (o da nomeação), e um mais privatizado (o do contrato)	441
7. A defesa de um regime unitário e uniforme, tanto quanto possível, para o emprego público	460
8. A necessidade de actualização do estatuto (legal) do emprego público: propostas de revigoração do regime	466
8.1. Causas objectivas de cessação da relação de emprego público	473
8.2.Direito de contratação colectiva dos trabalhadores da Administração Pública	509
9. Conclusões preliminares.	533
Conclusões Teses	537
Bibliografia.	541
Jurisprudência Relevante	571