

A CONTRATAÇÃO A TERMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Maria João Machado¹

Sumário: Introdução. Natureza imperativa do regime. Fundamentos. Forma e formalidades. Duração. Renovação. Caducidade. Proibição de conversão do contrato de trabalho a termo em funções públicas. Regime de protecção dos trabalhadores contratados a termo (Contratos sucessivos. Obrigação de prestar informações. Obrigações sociais. Preferência na admissão. Igualdade de tratamento. Formação profissional. Taxa social única.). Conformidade com a Directiva 1999/70/CE, do Conselho, de 28 de Junho de 1999.

Introdução

Uma das principais “bandeiras” do actual Governo tem sido a reforma da Administração Pública. No seu âmbito, foram publicados, em 2008, três diplomas fundamentais: os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas (Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro), o Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas (Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro) e o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas² (Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro).

O RCTFP tem por objectivo a aproximação da disciplina do trabalho nos sectores público e privado³.

Com este desidrato, o legislador optou por uma técnica legislativa que consistiu em tomar como modelos o Código do Trabalho e a sua Regulamentação, e reproduzi-los na sua sistematização e conteúdo, “com as adaptações impostas pela natureza destes contratos [públicos] e, em especial, pela sua subordinação ao interesse público, bem como pelas especificidades que decorrem da entidade empregadora ser um órgão ou serviço da Administração Pública”. A Exposição de motivos da proposta de lei apresentada à Assembleia da República assinalava mesmo que “o RCTFP é [...] constituído pelo Código do Trabalho e pelo seu Regulamento”.

A primeira impressão que a solução adoptada suscita é de perplexidade, pois que ao mesmo tempo que se preparava este “pacote”, um outro estava na forja, um pouco mais atrasado, é certo, o da revisão do Código do Trabalho e da respectiva regulamentação. Ora, se estes processos se desenvolveram quase em simultâneo e se o propósito era aproximar os dois regimes, não teria sido

¹ Docente de Direito do Trabalho do Instituto Politécnico do Porto/Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Felgueiras.

² Adiante designado RCTFP.

³ 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, 2005, p. 15, assinalam que «A intercomunicabilidade dos regimes de trabalho no sector privado e público tem já uma grande tradição entre nós, pelas tendências para a publicização do Direito Laboral e, posteriormente, para a privatização do regime jurídico do emprego público». A uniformização em curso constitui, portanto, o culminar de um processo longo.

melhor aguardar pela conclusão da revisão do Código do Trabalho para então, esta concluída, preparar o regime do contrato de trabalho na Administração Pública?

A vigência de quatro anos do actual Código do Trabalho e o compromisso eleitoral do Governo ditaram a necessidade da sua revisão, a que o legislador se prepara para dar corpo num Novo Código do Trabalho [NCT] que em muito se afasta do anterior, quer na sistemática quer na substância e que, tudo indica, entrará em vigor na mesma data do RCTFP, isto é, em 1 de Janeiro de 2009.

Pergunta-se, portanto, porque é que se optou por uma via que só vai contribuir para dificultar o estudo e o trabalho dos operadores?

No trabalho que aqui apresento proponho-me analisar, especificamente, o tratamento dado, no novo RCTFP, à contratação a termo.

A matéria da contratação a termo, no essencial, não é substancialmente alterada por comparação com a lei anterior; de facto, segundo a exposição de motivos da proposta de lei do RCTFP, “mantêm-se as regras especiais aplicáveis ao contrato de trabalho a termo resolutivo previstas na Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que visam, no essencial, adequar o regime de contratação a termo no âmbito da Administração Pública às exigências de interesse público e, sobretudo, conformar aquele regime com o direito constitucional de «acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso». Assim, o contrato de trabalho em funções públicas a termo resolutivo só pode ser utilizado nas situações expressamente previstas no RCTFP, tem exigências qualificadas de forma, não está sujeito a renovação automática, caducando no termo do prazo estipulado, e não se converte, em caso algum, em contrato por tempo indeterminado”.

Natureza imperativa do regime

Uma característica que afasta o novo regime legal de emprego público do actual regime de emprego privado é a sua natureza imperativa, evidenciada no artigo 92.º, n.º 1, do RCTFP: “ao contrato a termo resolutivo são aplicáveis os preceitos da subsecção seguinte e os n.os 2 e 3 do presente artigo, que não podem ser afastados por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho”. O legislador afasta, portanto, uma das principais e mais polémicas inovações do CT (que o NCT mantém, ainda que modificada), que consagra a natureza supletiva, embora restrita ao afastamento ou modificação por IRCT, do regime legal, e regressa ao princípio do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro, que proibia o afastamento ou a modificação do regime legal por IRCT ou por contrato individual de trabalho, salvo disposição legal que especificamente o permitisse. A proibição, no caso do RCTFP, não admite excepções e abrange necessariamente o contrato de trabalho, por força do disposto no n.º 2 do seu artigo 4.º. O regresso à solução pregressa

deve-se, a meu ver, por um lado, às dúvidas e incertezas que a solução adoptada no CT tem causado⁴ e, por outro lado, à relativa homogeneidade do sector público que não carece, por isso, de “soluções ajustadas à geometria dos interesses em presença, em situações específicas que afectam as empresas ou sectores”⁵.

Fundamentos

O RCTFP, no artigo 93.º, prevê as mesmas situações, “fundamentadamente justificadas”⁶, que a lei anterior; aproveita, no entanto, para explicitar o conceito de “trabalhador ausente” e para criar um novo fundamento, que permite celebrar contrato a termo quando se trate de órgãos ou serviços em regime de instalação. As entidades em regime de instalação são, mesmo, obrigadas a contratar nesta modalidade, nos termos previstos em lei especial.

A contratação a termo incerto só não é possível quando se trate de substituir trabalhador a tempo completo que passe a prestar trabalho a tempo parcial *por período determinado*.

A prova dos factos que justificam a celebração do contrato está a cargo da entidade empregadora pública, em correspondência com o disposto no CT (artigo 94.º).

Forma e formalidades

A contratação a termo na Administração Pública é precedida de publicitação da oferta de trabalho pelos meios adequados, de um processo de recrutamento, selecção e decisão e é objecto, *a posteriori*, de publicitação dos contratos. No RCTFP não está prevista a necessidade de um processo de recrutamento e selecção, mas deve ser observado o previsto na 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.

Do conjunto das disposições aplicáveis resulta que o contrato de trabalho a termo resolutivo para o exercício de funções públicas observa a generalidade das regras sobre vinculação com a Administração Pública e, em especial, pressupõe a identificação e justificação da necessidade de recrutamento com definição da respectiva área, a sua orçamentação, a verificação dos pressupostos previstos no RCTFP, a realização do procedimento concursal e a publicitação do contrato.

Podem, por portaria, ser aprovados modelos oficiais de contratos, bem como a sua informatização e desmaterialização.

Quanto ao conteúdo obrigatório do contrato (art. 72.º RCTFP), nota-se, na comparação com a lei

⁴ A CLBRL assinala-as no seu Relatório. Cfr. *Livro Branco das Relações Laborais*, edição do MTSS, Dezembro de 2007, p. 104.

⁵ *Livro Branco cit.*, p. 104.

⁶ Referência redundante se considerarmos o disposto no artigo 95.º, n.º 1, alínea a) e n.º 2.

anterior, algum aperfeiçoamento e adaptação a novos regimes aplicáveis (é o caso da definição da duração do período normal de trabalho em termos médios).

A celebração de contrato a termo resolutivo com violação das disposições referenciadas – quer quanto aos fundamentos, quer quanto à forma e formalidades - implica a sua nulidade e gera responsabilidade civil, disciplinar e financeira dos dirigentes máximos dos órgãos ou serviços que os tenham celebrado (RCTFP, artigo 92.º, n.º 3); ressalva-se, no entanto, a produção plena dos efeitos do contrato durante o tempo em que tenha estado em execução (artigo 83.º, n.º 1, do RCTFP).

No n.º 4 do artigo 72.º encontramos uma novidade de monta; segundo esta disposição, “quando o contrato não contenha a assinatura das partes ou qualquer das indicações referidas no n.º 2, a entidade empregadora pública deve proceder à sua correcção, no prazo de 30 dias a contar de requerimento do trabalhador para o efeito”. Esta formulação levanta-me algumas dúvidas, a saber: o prazo de 30 dias conta-se da apresentação ou da recepção do requerimento referido? Se o trabalhador não tomar a iniciativa do “convite ao aperfeiçoamento”, o órgão ou serviço público contratante não estará obrigado, mesmo assim, a proceder às correcções (cfr. art. 64.º, que consagra a boa fé na formação do contrato)? A consagração desta solução, bem como a ausência de norma correspondente à do n.º 3 do art. 8.º da Lei 23/2004 (que a proposta de lei ainda mantinha mas que, entretanto, foi suprimida), afastam a cominação de nulidade do contrato?

Estes vícios são, portanto, sanáveis e não geram, por si sós, salvo melhor entendimento, a nulidade do contrato. Já o mesmo não se pode dizer das formalidades previstas no artigo 95.º, – indicação do motivo justificativo do termo estipulado, com menção expressa dos factos que o integram, e data da cessação, sendo o contrato a termo certo –, cuja falta gera a nulidade do contrato e não uma mera invalidade parcial, uma vez que a disposição do n.º 3 do artigo 93.º prevalece sobre o disposto, em geral, no artigo 82.º.

Duração

A duração do contrato de trabalho a termo certo e incerto é objecto de previsão especial nos artigos 103.º, 105.º e 107.º do RCTFP.

O contrato a termo certo celebrado para assegurar necessidades públicas urgentes de funcionamento de pessoas colectivas públicas não pode exceder um ano, no cômputo global da duração inicial e das renovações. A razão de ser desta limitação é a natureza da situação subjacente; não se trata de satisfazer uma necessidade definida temporalmente mas sim de uma situação urgente, que não pode ser satisfeita de outro modo. O legislador parece entender que a urgência em si é justificativa do recurso a este tipo de contratação, mas só por um ano (seis meses na Lei

23/2004), o que significa que, neste prazo, a entidade pública há-de ter resolvido o problema urgente que afectava o seu funcionamento ou encontrado outra forma de lhe fazer face.

A ausência de outros limites temporais especiais tem como consequência a aplicação do regime regra, constante do artigo 103.º do RCTFP, no caso do contrato a termo certo, e do artigo 107.º, no caso do contrato a termo incerto, disposições que não se afastam, de *per si*, do regime aplicável no sector privado. Assim, o contrato a termo certo dura pelo período acordado, não podendo exceder três anos, incluindo renovações, nem ser renovado mais de duas vezes⁷, e o contrato a termo incerto dura por todo o tempo necessário para a substituição do trabalhador ausente ou para a conclusão da tarefa ou serviço cuja execução justifica a celebração.

É admitida a celebração de contrato por prazo inferior a seis meses, independentemente do fundamento invocado (se, obviamente, este se enquadrar no artigo 93.º), desde que o termo estipulado corresponda à duração previsível da tarefa ou serviço a realizar⁸.

Renovação

O contrato a termo certo continua a não estar sujeito a renovação automática (104.º, n.º 2, do RCTFP). Esta deve antes ser expressa e comunicada, mediante proposta escrita, à outra parte, pelo menos trinta dias antes de o prazo expirar; a vontade do trabalhador de renovar o contrato presume-se (artigo 252.º, n.º 1 e 2, do RCTFP).

A renovação do contrato depende sempre da persistência das condições materiais da sua celebração.

A autonomia das partes é ainda coarctada por dois tipos de limites disjuntivos: o contrato não pode exceder três anos, incluindo renovações, nem ser renovado mais de duas vezes⁹.

Tal como no CT, o novo Regime prevê que, por acordo das partes, o contrato não seja sujeito a renovação, caso em que caduca necessariamente com a verificação do termo estipulado.

Considera-se como único contrato aquele que seja objecto de renovação.

Caducidade

Visando adequar a contratação a termo às exigências do interesse público e evitar a violação de princípios constitucionais como a garantia de igualdade no acesso à função pública e o princípio do

⁷ A renovação que a título excepcional era (e ainda é) permitida no CT (artigo 139.º, n.º 2), não é aqui contemplada; o mesmo acontece com os regimes especiais de duração aplicáveis aos contratos celebrados por motivos de política económica e de emprego que aqui não têm assento (artigo 129.º, n.º 3 e 139.º, n.º 3 do CT).

⁸ Ainda que mais restritivo quanto ao número e à duração da renovação (uma única renovação de duração igual ou inferior ao prazo inicial), este regime é mais aberto que o aplicável ao sector privado ao não condicionar a fundamentação do contrato.

⁹ Cfr., no entanto, a possibilidade de uma terceira renovação, excepcional, com duração entre um e três anos (regime idêntico ao previsto no artigo 139.º, n.º 2, do CT), no artigo 14.º da Lei 59/2008, que consagra o regime transitório aplicável aos contratos a termo em execução à data da entrada em vigor do RCTFP.

acesso por via de concurso (artigo 47.º, n.º 2, da Constituição [CRP])¹⁰, continua a ser consagrada, agora no n.º 2 do artigo 92.º do RCTFP, a regra da não convertibilidade, em caso algum, do contrato a termo em contrato por tempo indeterminado, pelo que, sendo a termo certo, caduca automaticamente, independentemente de declaração negocial nesse sentido, se não for objecto de renovação expressa, se atingir o limite de renovações ou de duração; sendo a termo incerto, caduca quando deixe de se verificar a situação que justificou a sua celebração.

A caducidade do contrato continua a conferir direito a compensação, mas só quando “decorra da não comunicação, pela entidade empregadora pública, da vontade de o renovar”¹¹ (artigo 252.º, n.º 3 e 4). No caso do contrato a termo incerto, a cessação confere o direito a uma compensação (artigo 253.º, n.º 4). A fórmula de cálculo da compensação é a mesma do CT¹².

Proibição de conversão do contrato de trabalho a termo em funções públicas

A proibição legal de conversão do contrato de trabalho a termo em contrato por tempo indeterminado, mantida pelo novo RCTFP, é sustentada em duas razões fundamentais: não existe imposição constitucional no sentido da conversão do contrato com fundamento no princípio da segurança do emprego, consagrado no artigo 53.º da CRP; existe, ao invés, uma proibição constitucional no disposto no artigo 47.º, n.º 2, da CRP.

A discussão sobre a desigualdade de regimes entre os sectores público e privado – proibição de conversão e conversão necessária - ganha, agora, parece-me, um novo alento. A admissibilidade, desde 2004, do contrato de trabalho por tempo indeterminado na Administração Pública, significa que a conversão já não envolve necessariamente modificação da natureza da relação jurídica, que continua a ser contratual e de índole privada. A aproximação, agora aprofundada, do regime laboral na Administração Pública ao regime laboral comum, maior razão dá àqueles que de há muito

¹⁰Sobre a compatibilização entre os princípios constitucionais assinalados e a celebração de contrato individual de trabalho a termo na Administração Pública, cfr. os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 14-11-2007 e 26-09-2007, a argumentação doutrinária neles expandida e as referências ao posicionamento do Tribunal Constitucional sobre esta matéria (fonte:www.dgsi.pt).

¹¹ Esta formulação causa-me dúvidas: a compensação só é devida quando, sendo o contrato renovável, a entidade empregadora pública decide não o renovar? Ou também é devida quando a entidade empregadora não o renova porque já não é legalmente possível a sua renovação? E se, por acordo, o contrato não estiver sujeito a renovação, é devida compensação ao trabalhador? Algumas destas questões (a última, designadamente) têm sido debatidas a propósito da formulação adoptada no CT; cfr., por todos, JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, volume I – Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 302. No caso do Regime em análise consagrar, como parece, uma solução mais restritiva do que a aplicável ao sector privado, tal seria, no mínimo, política e socialmente chocante e constituiria violação do princípio da igualdade de tratamento. Melhor teria sido excluir o direito à compensação somente quando a caducidade do contrato fosse de iniciativa do trabalhador, designadamente por recusar a renovação promovida pela entidade empregadora.

¹² Considerando as críticas que a fórmula de cálculo da compensação devida pela caducidade do contrato adoptada no CT, artigo 388.º, n.º 2, tem suscitado, teria sido oportuno reformulá-la. Cfr., por todos, JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho cit.*, p. 924-925

contestam a solução consagrada para a Administração Pública. Parece-me que estamos mais próximos da igualdade de tratamento entre os trabalhadores dos dois sectores.

Regime de protecção dos trabalhadores contratados a termo

Contratos sucessivos

O contrato de trabalho a termo na Administração Pública, embora sujeito ao regime sobre contratos sucessivos, não pode, em caso algum, ser convertido em contrato sem termo, pelo que a disposição aplicável do RCTFP (artigo 96.º) mantém do CT as normas correspondentes aos n.º 1 e 2 do artigo 132.º (com excepção do disposto nas alíneas *c*) e *d*), por não existirem no sector público os fundamentos da contratação a termo correspondentes) e omite a regra da convertibilidade prevista no n.º 3¹³.

Obrigações de prestar informações

Com excepção da comunicação trimestral à Inspeção Geral do Trabalho, as obrigações de informação da entidade empregadora pública à comissão de trabalhadores, à associação sindical e à Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, regem-se pelas mesmas regras que se encontram previstas no CT em vigor (artigos 97.º do RCTFP e 133.º do CT).

Obrigações sociais

As obrigações sociais, previstas no artigo 98.º do RCTFP, adoptam o regime do artigo 134.º do CT.

Preferência na admissão

O regime de preferência na admissão a contrato de trabalho por tempo indeterminado em funções públicas (artigo 99.º do RCTFP) é idêntico ao do CT, com as adaptações determinadas pela natureza da via de acesso (concurso). A duração da preferência legal, que não abarca outras modalidades de vinculação pública, é aumentada de trinta para noventa dias após a cessação do contrato a termo.

Igualdade de tratamento

Quanto ao princípio da igualdade de tratamento, a redacção dos preceitos (do RCTFP, artigo 100.º e do CT, artigo 136.º) coincide absolutamente, sendo o trabalhador permanente aqui referido o contratado mediante contrato de trabalho por tempo indeterminado em funções públicas, salvo

¹³ Sobre a celebração sucessiva de contratos a termo na Administração Pública e as consequências de tal prática, cfr. a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia [TJ] e a portuguesa (designadamente, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03-12-2007, já citado), tratadas, *infra*, a propósito da Directiva 1999/70/CE.

melhor opinião.

Formação profissional

A norma do artigo 101.º do RCTFP enuncia a obrigação, a cargo da entidade empregadora pública, de proporcionar formação profissional ao trabalhador contratado a termo, de acordo com as regras e os princípios que regem a formação profissional na Administração Pública (artigo 90.º, n.º 4, do mesmo Regime).

Taxa social única

Dispõe o artigo 102.º do RCTFP que “a taxa social única pode ser aumentada relativamente à entidade empregadora pública em função do número de trabalhadores contratados a termo no órgão ou serviço e da respectiva duração dos seus contratos, nos termos previstos no anexo II, «Regulamento»”. Por sua vez, o Regulamento (anexo II da Lei 59/2008), nos artigos 100.º a 103.º, caracteriza o agravamento e o desagravamento da taxa social única em termos idênticos aos que actualmente resultam da Lei 35/2004.

Conformidade com a Directiva 1999/70/CE, do Conselho, de 28 de Junho de 1999

A Directiva 1999/70/CE, do Conselho, de 28 de Junho de 1999, que aplica o acordo quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos a termo (JOCE L 175, de 10-07-1999, pp. 43-48), tem como objectivos fulcrais promover a igualdade de tratamento dos trabalhadores contratados a termo com os trabalhadores por tempo indeterminado e evitar os abusos decorrentes da utilização de sucessivos contratos a termo. O acordo é aplicável aos trabalhadores contratados a termo ou parte numa relação laboral, independentemente da natureza privada ou pública da entidade a quem prestem serviço. Este entendimento é corroborado por numerosa jurisprudência do Tribunal de Justiça.

A Directiva foi transposta pela Lei n.º 99/2003, de 27-08, que aprovou o CT (artigo 2.º, alínea n)), solução criticada a vários títulos, entre os quais o correr o risco de “deixar de fora do [seu] âmbito de aplicação [...] situações abrangidas pelo instrumento transposto (ou insuficientemente transposto)”¹⁴. O contrato de trabalho a termo em funções públicas é uma dessas situações, principalmente com a aprovação e entrada em vigor do RCTFP. Não discuto agora este problema de transposição e as suas consequências; assumo que a Directiva é aplicável ao contrato de trabalho em análise e proponho-me averiguar da conformidade do seu Regime com ela.

O problema mais delicado que, nesta sede, se coloca diz respeito à insusceptibilidade de conversão do contrato de trabalho a termo em funções públicas em contrato por tempo

¹⁴ JORGE LEITE, «Contrato de trabalho a prazo: direito português e direito comunitário», *Questões Laborais*, Ano XIII – 2006, n.º 27, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 1-31, p. 20.

indeterminado.

A solução legal da não convertibilidade dos contratos celebrados com a Administração Pública é regra, também, em outros ordenamentos jurídicos europeus, por razões idênticas às sustentadas pelo legislador português, e foi já debatida inúmeras vezes pelos tribunais nacionais e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

O Tribunal da Relação do Porto, em acórdão de 3 de Dezembro de 2007¹⁵, debruçando-se sobre os efeitos da nulidade do termo aposto a um contrato de trabalho (por fundamentação insuficiente do contrato e por ter sido excedido o número de renovações, no caso, oito, por períodos idênticos ao inicial, de três meses, num total de dois anos), põe em causa a sua não convertibilidade. Como justificação, invoca a Directiva e o acordo quadro que esta incorpora, nos seguintes termos: a Directiva não estabelece qualquer distinção entre trabalhadores dos sectores público e privado, pelo que «as medidas de prevenção do recurso abusivo aos contratos de trabalho a termo são aplicáveis quer às relações de trabalho estabelecidas no sector público quer às relações estabelecidas no sector privado»¹⁶. Sobre o regime da lei portuguesa¹⁷, que trata diversamente os contratos celebrados nos dois sectores, impondo a conversão dos contratos num caso e proibindo-a no outro, e sobre a argumentação do Tribunal Constitucional¹⁸, que decidiu que a distinção se justifica sob pena de violação do disposto no artigo 47.º, n.º 2, da CRP, o Tribunal da Relação do Porto entende que a distinção legal entre os sectores viola o direito à segurança no emprego, previsto no artigo 53º da CRP, «que não se satisfaz com a criação e atribuição de uma compensação pecuniária devida ao trabalhador pela falsa expectativa de emprego permanente que de algum modo a contratação “sucessiva” criou no seu espírito e na sua vida pessoal e familiar»¹⁹, que «o princípio da igualdade de acesso à função pública consagrado no artigo 47º nº 2 da CRP, “não é aplicável aos contratos a

¹⁵ Fonte: www.dgsi.pt.

¹⁶ Este é, também, o entendimento do Tribunal de Justiça: cfr. acórdão, de 04-07-2006, *Adeneler e o.* (C-212/04 JO C 212, de 02.09.2006, pp. 2 e ss., n.º 54 a 57), acórdão, de 07-09-2006, *Marrosu e Sardino* (C-53/04 JO C 281, de 18-11-2006, pp. 1 e ss., n.º 39 a 42) e acórdão, de 07-09-2006, *Vassalo* (C-180/04 JO C 261, de 28-10-2006, pp. 1 e ss., n.º 32).

¹⁷ A legislação aqui aplicada é constituída pelos DL 11/93, de 15 de Janeiro, DL 427/89, de 7 de Dezembro e Lei 38/96, de 31 de Agosto (na redacção dada pela Lei 18/2001, de 3 de Julho), entretanto substituídos, no que respeita ao contrato de trabalho a termo na Administração Pública, pelos Código do Trabalho e Lei 23/2004, de 22 de Junho; no entanto, o próprio Tribunal estabelece a relação entre as soluções legais pretéritas e as actuais, do Código do Trabalho e da Lei 23/2004, de 22 de Junho, que são idênticas, pelo que a argumentação se mantém válida.

¹⁸ Acórdão n.º 368/2000, que declarou «inconstitucional, com força obrigatória geral, o artigo 14.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, na interpretação segundo a qual os contratos de trabalho a termo celebrados pelo Estado se convertem em contratos de trabalho sem termo, uma vez ultrapassado o limite máximo de duração total fixado na lei geral sobre contratos de trabalho a termo». A decisão foi aprovada por maioria de sete votos a favor e seis votos contra.

¹⁹ Ao contrário, no acórdão do Tribunal Constitucional citado, afirma-se que «o direito à segurança no emprego, consagrado no artigo 53.º da Constituição, não imporá, pois, necessariamente, mesmo para os trabalhadores com contrato a termo certo regulado pelo direito privado, a previsão de uma sanção da conversão destes contratos em contratos de trabalho sem termo, como único meio de garantir tal segurança. E, portanto, não poderá reconhecer-se uma imposição constitucional de um regime de conversão dos contratos de trabalho a termo certo em contratos de trabalho por tempo indeterminado, como forma de cumprimento do dever de protecção da segurança no emprego, a cargo do Estado»; esta é uma das passagens do acórdão mais criticada nas declarações que acompanham os votos vencidos.

termo celebrados pela Administração, mas apenas às relações de serviço constituídas através de nomeação ou de contrato administrativo de provimento”²⁰ e que, «quando no artigo 47.º n.º 2 da CRP se fala que todos têm direito de acesso à função pública “em condições de igualdade e liberdade, em regra, por via de concurso”, tal não significa que a única via de acesso seja o concurso»^{21/22}, pelo que «está o Estado Português obrigado a definir medidas concretas que punam o recurso sucessivo à celebração de contratos de trabalho a termo, quer na Administração Pública quer no Sector Privado», uma vez que a legislação, anterior e actual, «não consagram medidas efectivas de protecção dos trabalhadores contra o uso e abuso da celebração de contratos de trabalho a termo, e como tal não cumprem os objectivos impostos pela Directiva».

Esta decisão constitui, no panorama judicial português, um caso isolado, pela posição que toma sobre a lei ordinária e a leitura que propõe do texto constitucional²³, e por ser um dos raríssimos casos em que é invocado e aplicado o Direito Comunitário. Apesar do valor dos argumentos e da justiça da decisão, ela é discutível por vários motivos: contraria um acórdão do Tribunal Constitucional com força obrigatória geral; sustenta uma posição – de que não são admissíveis instrumentos sancionatórios diferentes para a violação da lei por empregadores dos sectores público e privado – que o próprio Tribunal de Justiça não sustenta²⁴; e entende que a sanção pecuniária, aplicável no caso de violação da lei no sector público, não constitui instrumento sancionatório suficiente, quando o acordo quadro não estatui a solução da conversão em contrato sem termo em termos absolutos, só quando tal se mostre necessário e se não estiverem previstas outras sanções adequadas aos fins visados²⁵, e o Tribunal de Justiça já decidiu que a necessidade de sancionar o

²⁰ A decisão cita FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, «Sobre a proibição...» cit., p. 80.

²¹ Sobre a equiparação de outras formas de acesso à função pública, designadamente do processo de recrutamento e selecção de candidatos, ao concurso público, cfr. os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 14-11-2007 e de 26-09-2007, a argumentação doutrinária neles expendida e as referências ao posicionamento do Tribunal Constitucional sobre esta matéria (fonte:www.dgsi.pt). Consta do sumário do segundo acórdão referenciado que «não pode afirmar-se a existência de um processo de recrutamento e selecção de candidatos equiparável ao concurso se não está demonstrada a existência de uma prévia publicitação da existência da(s) vaga(s) a preencher, por forma a permitir a candidatura de todos os potenciais interessados, e apenas se prova que o trabalhador foi contratado no mesmo processo em que outros técnicos engenheiros o foram, na sequência de um processo de consulta no qual foram avaliados os currículos dos interessados, sendo todos sujeitos a entrevista de selecção».

²² Leia-se um curto excerto do acórdão do Tribunal Constitucional referenciado no texto, de justificação do concurso como regra de acesso à função pública: «enquanto no domínio das relações laborais de direito privado a aplicação de tal regime de conversão, previsto no artigo 47.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89 [hoje, nos artigos 141.º e 145.º do CT], tem como consequência a restauração, *in casu*, do modelo preferencial das relações laborais - ou seja, o do contrato de trabalho por tempo indeterminado -, no contexto da relação jurídica de emprego público a situação apresenta-se bem diversa. É que não existe qualquer previsão legal de contratos de trabalho com o Estado por tempo indeterminado [hoje existe, cfr. Lei 23/2004, de 22 de Junho, artigo 7.º, n.º 1], pelo que, desde logo, tal conversão teria como consequência necessária a contradição da taxatividade legal das vias de acesso à função pública, através de um novo modo de acesso, de forma definitiva e tendencialmente perpétua».

²³ Em sentido contrário ao do acórdão em análise, portanto, no sentido da não convertibilidade dos contratos a termo no seio da Administração Pública, é numerosa a jurisprudência produzida; cfr., entre todos, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 07-12-2005 e 26-09-2001.

²⁴ Cfr. acórdão, de 04-07-2006, *Adeneler e o.* (C-212/04 JO C 212, de 02.09.2006, pp. 2 e ss., n.º 90 e ss.), acórdão, de 07.09.2006, *Vassalo* (C-180/04 JO C 261, de 28-10-2006, pp.1 e ss., n.º 33) e acórdão, de 07-09-2006, *Marrosu e Sardino* (C-53/04 JO C 281, de 18-11-2006, pp.1 e ss., n.º 48).

²⁵ Cfr. acórdão, de 04-07-2006, *Adeneler e o.* (C-212/04 JO C 212, de 02.09.2006, pp. 2 e ss., n.º 94).

recurso a contratos sucessivos não tem que passar necessariamente pela conversão²⁶ e que se pode mostrar adequada outra sanção, designadamente pecuniária²⁷, desde que seja eficaz para evitar e, se necessário, punir, a utilização abusiva de contratos a termo sucessivos.

²⁶ Cfr. acórdão, de 04-07-2006, *Adeneler e o.* (C-212/04 JO C 212, de 02.09.2006, pp. 2 e ss., n.º 91).

²⁷ Cfr. acórdão, de 07-09-2006, *Marrosu e Sardino* (C-53/04 JO C 281, de 18-11-2006, pp.1 e ss., n.º 55) e acórdão, de 07.09.2006, *Vassalo* (C-180/04 JO C 261, de 28-10-2006, pp.1 e ss., n.º 32).