

II CONGRESSO INTERNACIONAL DO CEI

(25/26 e 27 de Maio de 2011)

O Contrato de Trabalho na Administração Pública – a realidade jurídica portuguesa, espanhola e italiana

O tema que nos trás a este Congresso prende-se com a questão do contrato de trabalho na Administração Pública portuguesa, espanhola e italiana.

Dando, desde já por assente o interesse da realidade jurídica portuguesa, gostaria de dispensar algumas palavras para os ordenamentos jurídicos estrangeiros escolhidos.

Pois bem, o espanhol prende-se, desde logo, com a proximidade geográfica a Portugal, mas também e fundamentalmente pela ligação que eu própria mantenho com este país decorrentes das colaborações que tenho mantido com algumas universidades espanholas que têm vindo a enriquecer os meus conhecimentos jurídico-científicos.

O italiano representa o paradigma da utilização do contrato de trabalho na Administração Pública.

Posto isto, passemos àquilo que me trouxe a este Congresso.

Quando se fala em contrato de trabalho na Administração Pública, estamos-nos a referir, necessariamente, ao emprego público por contraposição ao emprego privado, podendo-se dizer, *grosso modo*, que aquele consiste numa relação jurídico laboral em que a entidade empregadora é uma entidade pública e o emprego privado aquela em que o empregador é uma entidade privada, regendo-se o primeiro por normas de direito público e o segundo pelo Direito privado.

Ao longo do século XIX, surgiram duas teorias, completamente opostas, que tentaram explicar a natureza especial da relação jurídica de emprego na Administração Pública. São elas: a *teoria unilateralista* e a *teoria contratualista*. O elemento diferenciador entre ambas as posições reduz-se, basicamente, em saber se a relação jurídica de emprego na Administração Pública surge de um

acto unilateral da Administração Pública, de tal forma que o consentimento do indivíduo tem um valor meramente subsidiário, ou, se pelo contrário, o vínculo resulta de um verdadeiro contrato de Direito Público que exige o consenso de ambas as partes da relação jurídica.

De ambas as teorias, aquela que obteve maior êxito, nos ordenamentos jurídicos que iremos tratar, foi a designada teoria unilateralista ou estatutária que parte da especial posição de supremacia que a Administração Pública possui no momento da criação da relação laboral.

O conceito de relação jurídica de emprego na Administração Pública, que resulta da teoria unilateralista, é um conceito que assenta no facto de que essa relação se estabelece através de um acto administrativo de nomeação, do qual resultam um complexo de direitos e obrigações para cada um dos sujeitos da relação jurídica. Direitos e obrigações essas que são pré-determinados por normas unilaterais de carácter público. Segundo estes postulados, a relação jurídica de emprego na Administração Pública distingue-se, facilmente, da relação jurídica laboral própria do Direito Privado, existente entre qualquer trabalhador e o respectivo empresário, na medida em que, esta última, se consubstancia, de raiz, num acto jurídico de carácter privado – um contrato -, em que são as próprias partes que negociam todas as condições de trabalho, sem que uma delas possa, unilateralmente, alterá-las.

A concepção unilateralista do emprego na Administração Pública levou ao surgimento de um determinado tipo de regime ou sistema de “Função Pública”, o denominado “regime de carreira de exercício da função pública”, que, no seu essencial, foi acolhido em França, Portugal, Espanha e Itália, pelo menos, inicialmente.

Não obstante a conclusão vertida no parágrafo anterior, o certo é que a presença do contrato de trabalho, como uma forma de exercício de funções públicas, foi surgindo, aqui e ali, no âmbito do “Direito da Função Pública”. Esta realidade, se por um lado vem dar um “toque” privatizador ao emprego na Administração Pública, por outro lado, os princípios subjacentes ao direito

público vão também, necessariamente, interferir na concepção de contrato de trabalho, pelo menos, no que diz respeito ao emprego “público”.

Da análise da relação jurídica de emprego na Administração Pública portuguesa ao longo dos tempos, chegámos à conclusão que em Portugal, até à entrada em vigor da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, a forma, por excelência, de constituição da relação jurídica de emprego na Administração Pública era típica de um sistema de Função Pública de cariz unilateralista, isto é, o facto jurídico normalmente gerador da relação de emprego com a Administração Pública era o acto administrativo de nomeação. Acto este próprio do denominado sistema de carreira da Função Pública.

Contudo, o sistema de carreira não surge, hoje, nos países em que tal sistema é acolhido, inclusivamente em Portugal, aplicável na sua forma pura, dado que, actualmente, são bem conhecidos os efeitos perversos de um sistema de carreira no seu estado puro, que assenta, essencialmente, no princípio de que o recrutamento dos recursos humanos se faz através de concurso, e que o efeito mais nefasto se prende com a lentidão e com os atrasos que o cumprimento do ritual formalista origina no preenchimento dos lugares o que, naturalmente, é incompatível com a eficiência e celeridade que hoje se exige à Administração Pública, legitimando a busca de soluções alternativas para este processo moroso.

É nesta sequência que o legislador português veio estabelecer, também, como forma de constituição da relação jurídica de emprego na Administração Pública, ao lado do sistema de carreira, o sistema de emprego, podendo-se dizer, numa primeira e simples abordagem, que o sistema português de Função Pública começa por ser um sistema *dual* no qual coexistem os regimes decorrentes de ambos os sistemas.

Na vigência do regime jurídico anterior, o contrato individual de trabalho apenas poderia ser celebrado quando estivessem em causa o desempenho de funções que visassem a satisfação de necessidades transitórias dos serviços

de duração determinada (artigo 18, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7/12 – na versão anterior) e que não pudessem ser levadas a cabo por pessoal nomeado ou contratado em regime de direito administrativo, isto é, através da celebração de um contrato administrativo de provimento (artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2/06).

Mas mesmo no caso de se estar em presença de funções desta natureza, a Administração Pública apenas poderia utilizar o contrato de trabalho nos casos de substituição temporária de um funcionário ou agente; de actividades sazonais; de execução de uma tarefa ocasional ou serviço determinado, precisamente definido e não duradouro; de aumento excepcional e temporário da actividade do serviço e, por fim, quando estivesse em causa o desenvolvimento de projectos não inseridos nas actividades normais dos serviços (artigo 18.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7/12).

Ora, nestas circunstâncias, era perfeitamente compreensível que a Administração Pública apenas pudesse lançar mãos de uma das modalidades de contrato individual de trabalho, precisamente, o contrato de trabalho a termo certo (artigo 7.º, n.º 2, alínea b), do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2/06 e artigo 14.º, n.º 1, alínea b), do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7/12).

Com a entrada em vigor do RCTAP, a Administração Pública passa a poder celebrar qualquer modalidade de contrato individual de trabalho (artigo 7.º, n.º 2, alínea b), do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2/06, com a alteração introduzida pelo artigo 28.º da Lei n.º 23/2004, de 22/06¹ e artigo 14.º, n.º 1, alínea b), do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7/12, também com a redacção que lhe foi introduzida pelo artigo 29.º, da Lei n.º 23/2004, de 22/06²). Contudo, o artigo

¹ Artigo 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2/06: “As formas de contrato de pessoal admitidas são:
b) Contrato de trabalho em qualquer das suas modalidades.”.

² Artigo 14.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7/12: “O contrato de pessoal pode revestir as modalidades de:

14.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7/12, estabelecia que “O contrato de trabalho (...) rege-se pelo Código do Trabalho, com as especialidades constantes de diploma especial sobre contrato de trabalho na Administração Pública.”. Ora, o diploma especial é a Lei n.º 23/2004, de 22/06, que aprovou o RCTAP. Assim, se à partida os dois diplomas de 1989 pareciam permitir a celebração de todos os tipos de contratos de trabalho previstos no Código do Trabalho, o certo é que essa possibilidade tinha que ser aferida à luz do RCTAP. Se fizermos uma incursão por este último diploma, logo constataremos que as modalidades de contrato de trabalho possíveis são o contrato de trabalho por tempo indeterminado e o contrato de trabalho a termo resolutivo (ou final), certo ou incerto. É o que resulta da conjugação do artigo 1.º, n.º 4; do artigo 5.º; do artigo 7.º; do artigo 9.º e do artigo 10.º, todos do RCTAP. Hoje, o RVCRTFP consagra, expressamente, a possibilidade de celebração de contratos de trabalho por tempo indeterminado e a termo resolutivo certo e incerto (artigo 21.º do RVCRTFP).

Da análise do regime do contrato individual de trabalho inserto naquele diploma, fica-nos a ideia que o legislador português, embora tivesse a intenção de aproximar o regime dos trabalhadores da Administração Pública ao regime laboral privado, o certo é que não procedeu a uma unificação, uma vez que nem todos os trabalhadores da Administração Pública estão sujeitos ao regime do contrato de trabalho, melhor dito, nem todas as funções públicas podem ser desenvolvidas por trabalhadores em regime de contrato de trabalho.

Antes da entrada em vigor da Lei 12-A/2008, as actividades que, no âmbito da administração directa do Estado, implicassem o exercício directo de poderes de autoridade e que definissem situações jurídicas subjectivas de terceiros ou o exercício de poderes de soberania não podiam ser objecto de contrato de trabalho por tempo indeterminado, pelo que tais funções constituíam um determinado núcleo duro de reserva de regime “exclusivamente

b) Contrato de trabalho em qualquer das suas modalidades.”.

público”, vigorando, para os trabalhadores que desempenhassem tais funções, o regime de carreira cujo protagonista é o acto administrativo de nomeação.

Contudo, actualmente, com a entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, podemos ir muito mais além e afirmar que o sistema português passou de *dual* para um sistema marcadamente de emprego, uma vez que o contrato de trabalho passa a ser a regra, como forma de constituição da relação jurídica de emprego público e a nomeação a excepção, apenas aplicável a determinado tipo de trabalhadores, mais concretamente, aos trabalhadores a quem competem, 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, por fim, actividades de inspecção (artigo 10.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro).

Por sua vez, são contratados todos os trabalhadores que não devam ser nomeados (artigo 20.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro).

Ora, em face do que se acabou de referir, em Portugal, a relação jurídica de emprego na Administração Pública constitui-se, em regra, mediante a celebração de um contrato de trabalho.

Não obstante o que se acabou de referir, o certo é que a realidade jurídica do emprego público em Portugal, no período imediatamente anterior à entrada em vigor da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho que aprovou o regime do contrato individual de trabalho na Administração Pública, e, mais tarde, da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, parece apontar para o regime de carreira como a modalidade preferida pelo legislador português para o exercício das

funções públicas, o certo é que, e não pudemos deixar de reconhecer, estão a ocorrer fenómenos novos que se repercutem profundamente neste âmbito, levando à constatação de que o pessoal em regime de carreira tem tendência a extinguir-se, significando isto que a forma tradicional de emprego público está posta em crise, no sentido de que há um afastamento das regras de natureza exclusivamente públicas. No entanto, o emprego público no sentido de trabalho subordinado ao serviço da Administração Pública continua a existir e a crescer. Só que sob outra forma: a do Contrato Individual de Trabalho, mas em moldes específicos no confronto com o seu homólogo do Direito Privado:

Não obstante o actual regime do contrato de trabalho na Administração Pública (aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro e respectivo Regulamento) ser bastante similar ao Código do Trabalho, a verdade é que existem algumas diferenças entre eles:

No DPr. A regra é a da liberdade de forma;

No DPu. A regra é a solenidade, todos os contratos devem ser reduzidos a escrito (artigo 72.º).

Quanto ao período experimental, vigora no privado a liberdade de denúncia para qualquer das partes, no regime público só o trabalhador pode denunciar, conferindo-se uma maior protecção ao trabalhador (artigo 74.º).

No que concerne aos contratos a termo, para o regime público, a possibilidade de celebração deste tipo de contrato é taxativa (artigo 93.º), não havendo renovação automática do contrato (104.º), proibindo-se a conversão do contrato a termo em contrato por tempo indeterminado em caso de vícios graves (92.º).

A duração do período de férias é bem mais favorável no emprego público, cujos trabalhadores, consoante a idade, podem usufruir até 28 dias de férias, aos quais acresce um dia útil por cada dez anos de serviço (173.º).

Os trabalhadores do sector privado têm direito a 22 dias úteis de férias, podendo acrescer até mais 3 dias, se o trabalhador não tiver dado nenhuma falta injustificada e consoante o número de faltas.

Outra especificidade quanto às férias, traduz-se na obrigação de o trabalhador fornecer ao empregador público, antes do início das férias e se possível, a forma como pode ser eventualmente contactado (183).

Estas são as diferenças mais latentes.

Assim, a partir do momento em que o legislador português passou a admitir o contrato de trabalho, como um modo normal de constituição da relação jurídica de emprego público, somos obrigados a admitir que houve uma nítida intenção de aproximar o regime de emprego público ao privado.

Não obstante a conclusão anterior, saliente-se, com o ênfase que julgamos merecedor, que o legislador não tem, nem nunca teve, a intenção de operar uma unificação de ambos os regimes, mas sim operar, apenas, uma certa aproximação, numa tentativa de expurgar do “antigo” regime de emprego público o que dele não servia à prossecução do interesse público, importando do Direito Privado aquilo que poderá ajudar a Administração Pública a caminhar no sentido do interesse geral, sem, obviamente, esquecer os interesses dos seus trabalhadores, enquanto indivíduos.

Assim, somos tentados a concluir que, com a entrada em vigor do regime do contrato individual de trabalho na Administração Pública, aprovado pela Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, deu-se início a uma cruzada no sentido da criação de um regime especial de contratação laboral na Administração Pública.

Uma vez que as funções que passaram a ser desenvolvidas por trabalhadores em regime de contrato de trabalho não o são, pura e simplesmente, de acordo com as regras do Código do Trabalho, mas sim, num primeiro momento, pelas regras vertidas no RCTAP e actualmente pelo novo RCTFP.

O legislador entendeu por bem estabelecer especificidades à contratação laboral no âmbito das pessoas colectivas públicas, afastando, desde logo, a aplicação *tout court* do Código do Trabalho, o que revela uma impossibilidade de equiparação absoluta das relações de emprego público e privado. O que pode haver, isso sim, é uma certa aproximação ou mesmo uma certa uniformização, mas nunca unificação, dado que se trata de realidades distintas às quais subjazem filosofias diferentes. No emprego público existe sempre no horizonte a necessidade de prossecução do interesse público que é a principal finalidade da actividade da Administração Pública. Enquanto que no emprego privado, o interesse primordial é a prossecução de interesses privados: o do empregador e o do trabalhador.

Com a entrada em vigor do RCTAP, podemos dizer que a Função Pública portuguesa apresenta-se, hoje, como uma “Função Pública do futuro”, na medida em que se aproxima do emprego privado naquilo que lhe é necessário para a evolução inevitável a que está sujeita, uma vez que os objectivos da Administração Pública são eminentemente evolutivos: dependem das pressões e das demandas dirigidas ao sistema administrativo.

Assim, com a entrada em vigor do RCTAP e, mais tarde, com o RVCRTFP, o vínculo que resulta da celebração de um contrato individual de trabalho por tempo indeterminado (referimo-nos a esta modalidade em especial, uma vez que constitui a regra, sendo o contrato de trabalho a termo uma modalidade contratual cuja utilização se faz, apenas, a título excepcional), passa a fazer parte do elenco dos modos de constituição da relação jurídica de emprego público, como sendo a regra, relegando a nomeação para uma posição excepcional, pelo que os trabalhadores naquela circunstância também integram a Função Pública, ou não desempenhassem eles funções públicas com carácter de permanência.

Todavia, a conclusão anterior não é de molde a impelir a Administração Pública a “descer do seu pedestal” quando constitui uma relação de emprego mediante um contrato de trabalho, porque este contrato é específico da Administração Pública e não da Administração Privada.

Assim, podemos também concluir que a relação jurídica de emprego na Administração Pública é aquela mediante a qual um individuo se obriga a prestar uma actividade sob a autoridade e direcção de uma pessoa colectiva, cuja disciplina jurídica é fundamentalmente de direito público, não obstante poder conter alguns aspectos tributários do direito privado.

Direito Espanhol

No que concerne ao que se passa no regime do emprego público espanhol, somos chegados às seguintes conclusões:

Actualmente, o emprego público em Espanha é ditado pelo EBEP (Lei n.º 7/2007, de 12 de Abril) conjugada com as disposições da LMRFP (Lei 30/1984, de 2 de Agosto e da LFP (1963/64) ainda em vigor.

Da análise daqueles diplomas resulta a constatação de que o modelo de emprego público espanhol actual continua a ser o estatutário, não existindo uma lei específica que regule o contrato de trabalho na Administração Pública, aplicando-se-lhe, em primeira linha, as regras da legislação laboral com as especificidades introduzidas pelo EBEP, podendo-se falar numa *“relação laboral especial de emprego público”*.

Tal conclusão leva-nos a reafirmar a nossa posição de que o vínculo de trabalho que resulta da celebração de um contrato de trabalho com a Administração Pública continua a ser uma actividade pública, integrando a “Função Pública”, pelo que, quanto a nós, o fenómeno da pulverização na Administração Pública dos contratos individuais de trabalho não são uma tentativa de total privatização da “Função Pública”, ou se preferirmos, uma tentativa de unificação dos regimes de emprego privado e público com predomínio do regime privado, mas sim uma tentativa de uniformização, com predomínio, nuns casos, do regime privado, podendo-se falar numa faceta de “privatização” do emprego público e predomínio, noutros casos, do regime público, podendo-se falar numa faceta de “publicização” do emprego privado.

Daí que preferimos falar na existência de uma certa intersecção de ambos o regimes.

Direito Italiano

Até à entrada em vigor da Constituição italiana de 1947, a relação jurídica de emprego na Administração Pública italiana era, à semelhança do que acontecia em Portugal e Espanha, uma relação de natureza estatutária de carácter público.

Com a entrada em vigor da lei Fundamental de 1947, as coisas, em matéria de emprego público, permaneceram inalteradas, podendo-se dizer que o respectivo regime continuou a ser o estatutário.

O ponto de viragem ocorreu a partir dos anos setenta, fruto da tendência para a contratualização ou laboralização do emprego público.

As razões que levaram à adopção da tese estatutária de emprego público residiram, essencialmente, no respeito pelo princípio da imparcialidade e do bom funcionamento da actividade administrativa.

Contudo, os princípios da eficiência e da eficácia da actuação da Administração Pública também começaram a adquirir relevância, levando a Corte Constitucional, a partir dos anos noventa, a considerar a possível privatização da relação jurídica de emprego na Administração Pública de modo a dar cumprimento àqueles princípios.

Tal possibilidade passou a ser realidade com a reforma operada em 1992/1993. O legislador reformista teve como intenção primordial promover a racionalização da organização administrativa, operando a revisão da disciplina jurídica do emprego público italiano, abandonando, assim, a concepção unilateralista e adoptando a contratualista.

A nova reforma veio, assim, aparentemente, privatizar as relações de trabalho das pessoas que prestam os seus serviços na Administração Pública, passando-as de um regime de Direito Público para um regime de Direito

Privado, isto é, veio integrar a disciplina tradicional do trabalho público na disciplina do trabalho privado.

Não obstante, o artigo 2.º, n.º 3 do Decreto n.º 29/1993 dispor que as relações de emprego na Administração Pública são reguladas por convenções colectivas e por contratos individuais de trabalho, o certo é que não se sabe muito bem qual o lugar deste último, dado que a margem de manobra da Administração Pública na celebração de contratos individuais de trabalho se encontra muito limitada, em virtude do princípio da igualdade de tratamento, bem como do princípio do tratamento económico não inferior ao previsto nas convenções colectivas. Desta sorte, o poder negocial da Administração Pública através da celebração de contratos individuais de trabalho encontra-se significativamente “espartilhado” pelas convenções colectivas de trabalho. Daí a razão de ser da questão sobre a utilidade dos contratos individuais de trabalho como fonte das relações laborais, bem como saber como se articula com a convenção colectiva.

Se parece lógico o reconhecimento da garantia de que a Administração Pública não possa, através de um contrato individual de trabalho, estabelecer condições de trabalho menos favoráveis, isto é, um tratamento económico inferior ao previsto numa convenção colectiva, em virtude de tal regra já vigorar no âmbito do Direito Privado. Nesta constatação denota-se um argumento a favor da tese que propugna pelo entendimento de que o emprego na Administração Pública italiana se encontra “privatizado”. Já no que concerne ao princípio da igualdade de tratamento, a que a Administração Pública está adstrita, a conclusão terá que ser diferente.

Aqui, a Administração Pública está vinculada a não preconizar tratamentos individuais inferiores aos previstos em convenções colectivas, mas também a não preconizar tratamentos individuais superiores.

Se isto é assim, então torna-se curial perguntar qual o sentido que se deve dar à substituição do acto administrativo de nomeação pelo contrato individual de trabalho e qual o âmbito de actuação e extensão que se há-de atribuir a esta concreta fonte reguladora das condições de trabalho.

Este princípio de igualdade de tratamento faz ressaltar o carácter público da relação em questão, casando-se mal com o espírito “privatizador” que inspirou a reforma do emprego na Administração Pública³.

Para nós, esta particularidade do regime do emprego na Administração Pública italiana é de molde a demonstrar que a relação de emprego público terá sempre que possuir essa natureza, independentemente das tentativas de aproximação ao Direito privado. Esta aproximação somente colhe no sentido de se “expurgar” do regime tradicional do emprego público aquilo que, em princípio, contende com a eficácia e eficiência da actuação administrativa, aproveitando do Direito Privado tudo aquilo que melhor poderá garantir aqueles princípios.

Assim sendo, torna-se evidente que quando se faz referência ao contrato de trabalho na Administração Pública não se pode entendê-lo em termos puramente privatísticos, devendo-se, isso sim, perspectivá-lo como um contrato que quando celebrado para constituir relações laborais com a Administração Pública adquire natureza distinta, isto é, adquire uma natureza mais ou menos publicista, consoante o grau de aproximação ao seu congénere do Direito Privado, mas ainda assim – público.

De tudo isto somos de concluir que a figura do contrato individual de trabalho na Administração Pública italiana também se encontra mitigado pela natureza pública da entidade dadora do emprego – a Administração Pública.

³ Neste sentido é JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ, *El Empleo Público:...*, cit., págs. 220.

Em jeito de conclusão, diremos que é minha convicção que o modelo clássico de emprego público já não serve aos intentos de uma “Função Pública” de futuro, tornando-se urgente diligenciar no sentido de adaptar o regime da relação jurídica de emprego na Administração Pública às exigências daquela.

O que fez o legislador? Debruçou-se sobre o seu “vizinho” que actua no âmbito do Direito Privado e reparou nos aspectos positivos do regime de emprego privado que poderiam ser aplicáveis ao emprego público sem, todavia, descaracterizar a peculiaridade deste último e a eventual perda da sua identidade.

Esta nunca poderá ocorrer, desde logo, pela natureza pública do próprio empregador. Assim, dever-se-á ter sempre presente, por um lado, que o quadro jurídico não pode ser um peso inibidor do caminho que a “Função Pública” tem que percorrer e, por outro lado, a constatação de que as inovações a introduzir não poderão descaracterizar essa mesma “Função Pública”.

Última observação: a solução é a melhor? Para já é a que temos. Para o bem e para o mal.

Porém, em futuros estudos tentaremos analisar tal questão.

Muito obrigada

