

# A PRIVATIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DIREITOS ADQUIRIDOS OU ARBÍTRIO LEGISLATIVO?

**Intervenção** de Lino José Baptista Rodrigues Ribeiro

*Juiz Desembargador do Tribunal Central Administrativo Norte*

1. A interrogação que se faz no tema deste painel, *direitos adquiridos ou arbítrio legislativo*, reconduz-nos, desde logo, ao problema mais vasto das relações materiais entre a constituição e a lei.

Dizer isto significa que é no quadro vinculante da lei fundamental que devemos encontrar a resposta para os problemas complexos levantados pela privatização das relações de trabalho na administração pública. Só conhecendo o âmbito de liberdade e de vinculação do legislador é que se poderá determinar se e em que medida os direitos dos funcionários podem ser afectados pela adopção de novas formas jurídicas da relação de trabalho.

Devo começar por referir que a liberdade de conformação legislativa, por mais lata que seja, tem sempre por limite a proibição do arbítrio. Num Estado de Direito Democrático a lei não é um acto livre, mas um acto, positiva e negativamente, determinado pela Constituição. E na ausência de imposições ou directivas constitucionais, restará sempre, como eventual limite, a proibição do arbítrio.

Sendo o arbítrio legislativo algo que está sempre vedado à acção do Estado, mesmo nas situações em que actua segundo o direito privado, apenas nos interessa descortinar em que medida o legislador pode privatizar ou contratualizar as relações de trabalho na Administração Pública.

A pergunta que logo se faz é se na Constituição existe uma «*garantia institucional*» da *função pública* como regime especial da relação de emprego público, materialmente distinta da relação laboral de direito privado, ou ao contrário se a lei pode conformar livremente aquela relação em termos idênticos à relação de direito privado.

A questão surge, porque a Constituição faz referência à «*função pública*» em várias normas, parecendo querer autonomizá-la e diferenciá-la das relações de emprego disciplinadas pelo direito laboral. A primeira dificuldade que essa referência levanta consiste pois 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.

A leitura, que a este propósito, a doutrina vem fazendo das normas constitucionais, não caminha no mesmo sentido: com base num critério objectivo, que atende à natureza das funções exercidas, uns 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 vínculo; outros adoptam uma concepção mais restrita, que incluiu no âmbito da função pública apenas as relações de emprego disciplinadas pelo Direito Administrativo; e há quem limite ainda mais o conceito, reduzindo-o às relações de emprego que impliquem o exercício de poderes de autoridade.

Como se vê, para a privatização ou contratualização das relações de trabalho na Administração Pública, não é indiferente o sentido que Constituição dá à função pública: se entendermos que a Constituição 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 convencional de natureza laboral; mas se a orientação for no sentido da existência de uma garantia institucional da função pública, só em situações muito excepcionais, necessárias e adequadas à salvaguarda de outros valores e interesses legalmente protegidos, se pode admitir um regime de emprego privado no seio da Administração Pública.

Seja como for, parece que num ponto todos estão de acordo: a Constituição não impede que Administração recorra à contratação privada. O sinal para essa abertura foi dado pela segunda revisão constitucional ao substituir no artigo 269º a expressão «funcionários e agentes» por «trabalhadores e demais agentes», pese embora o mesmo sinal já pudesse ser visto na alínea t) do nº 1 do artigo 165º que, ao remeter para a lei a delimitação do «âmbito da função pública», concede ao legislador certa margem de liberdade na escolha dos trabalhadores que devem estar sujeitos a um regime estatutário.

Todavia, a admissibilidade de trabalhadores regidos pelo direito privado ao serviço da Administração, de modo algum pode transformar-se no *regime-regra* da relação de emprego público, pois há imposições constitucionais que apontam para a existência de trabalhadores sujeitos a um regime específico de direito administrativo, diferenciado dos restantes trabalhadores por conta de outrem. Para além de haver áreas por natureza insusceptíveis de sujeição a um regime de emprego privado, como as que envolvem o exercício de poderes de autoridade, a Constituição deu dignidade à função pública, ao prever um regime jurídico próprio substancialmente diferente do regime jurídico que disciplina os trabalhadores do sector privado. A autonomização da «função pública», através da sujeição a reserva de lei do chamado *estatuto geral* da função pública e da previsão de um conjunto de princípios que a diferenciam dos

restantes trabalhadores, impede que o legislador extinga esse regime específico ou que o identifique completamente com o regime laboral de direito privado.

Portanto, 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.

2. Naturalmente que um processo de privatização ou de contratualização das relações de emprego público pode tocar em posições jurídicas substantivas dos funcionários.

Em que medida o pode fazer, é outra questão cuja resposta também deverá ser procurada no quadro das normas constitucionais.

A circunstância da relação de emprego ser estabelecida com a Administração Pública e o facto de existir uma vinculação constitucional à prossecução do interesse público, faz com que a posição jurídica de ambas as partes não esteja numa situação de paridade. A Administração tem uma posição de supremacia que imprime à relação de emprego uma característica específica que a diferencia do emprego privado.

A subordinação do trabalhador aos interesses e à autoridade do Estado, serviu de fundamento para que a função pública tivesse sido inicialmente estruturada em torno de um regime estatutário, livremente modificado. Para acentuar essa «relação orgânica», não foram poucas as vezes que a jurisprudência administrativa afirmou que a situação jurídica dos funcionários é «*objectiva, geral e impessoal, livre e unilateralmente modificável, por via legal e regulamentar*».

Mas esta concepção tradicional de emprego público foi ultrapassada ao reconhecer-se que, em tudo o que respeita à «relação de serviço», o funcionário é titular de posições jurídicas que não devem ser perturbadas por motivos de interesse público.

Foi no âmbito daquela concepção estatutária que começou a ser construída a «*teoria dos direitos adquiridos*», como garantia dos direitos que deviam ficar intocáveis pelas modificações legislativas introduzidas no estatuto do funcionário.

Hoje, reconhece-se que os funcionários públicos têm, a par da situação jurídica derivada do seu estatuto legal, direitos subjectivos próprios que o legislador deve respeitar.

Não se pode dizer, porém, que a teoria dos direitos adquiridos tenha algum préstimo para limitar ou condicionar a liberdade conformadora do legislador, até porque não tem protecção constitucional autónoma. A tutela dos direitos subjectivamente adquiridos pelos trabalhadores da Administração Pública depende sobretudo da existência ou não de um específico suporte constitucional.

Ora, se o respeito pelos direitos adquiridos é um simples princípio geral de direito que o legislador não está constitucionalmente obrigado a observar, o mesmo não acontece com a princípio da protecção da confiança, um dos aspectos mais relevantes do princípio constitucional da segurança jurídica, enquanto manifestação da ideia de estado de direito. A existência ou não de direitos adquiridos é, pois, um problema que deve ser resolvido com recurso aos limites impostos ao legislador pelos direitos fundamentais e por certos princípios constitucionais, como a protecção da confiança ou até a proibição do retrocesso social, para quem lhe reconheça esse valor.

Constata-se, assim, que nem todos os direitos que num determinado momento a lei reconhece aos trabalhadores da Administração Pública são intangíveis. Em princípio, essa garantia só existe para os direitos fundamentais e para aqueles direitos sobre os quais o Estado gerou legítimas e fundadas expectativas de manutenção e continuidade. Significa isto que só perante a natureza de cada um dos direitos que compõem o estatuto da função pública se poderá saber se o legislador é livre ou não de os modificar.

O direito à segurança no emprego impede, por exemplo, que o legislador, na privatização de um serviço público, imponha forçadamente o vínculo privado a quem detém o estatuto de funcionário público. De igual modo, é legítimo que se questione se os aspectos essenciais de uma relação de emprego público já constituída, como a retribuição, o regime de vínculos, as formas de cessação e o regime de protecção social, podem ser modificados para pior sem frustração das justas expectativas fundadas num determinado quadro jurídico. Já relativamente a outros direitos, como os que decorrem do regime de faltas, férias, tempo, lugar e modo da prestação de trabalho, será difícil sustentar que a lei criou expectativas de uma situação de imodificabilidade da posição jurídico-laboral do trabalhador.

3. A protecção dos direitos dos funcionários públicos assume assim particular importância no contexto do movimento de «privatização da Administração Pública» que recentemente se iniciou atrás da ilusão da maior eficácia e eficiência dos serviços públicos e que encontra uma das principais manifestações na privatização das relações laborais.

O campo de actuação deste fenómeno circunscreveu-se inicialmente à *administração indirecta*, com a criação de empresas públicas ou a transformação de serviços públicos em institutos públicos ou entidades públicas empresariais, de que resultou a mudança na configuração jurídica das relações de trabalho. Esta alteração não significa, porém, que a utilização do contrato individual de trabalho nas relações laborais dessas entidades afaste por completo o direito administrativo. Quer os institutos públicos quer as entidades públicas empresariais estão sujeitos a vinculações públicas, nomeadamente ao respeito pelos princípios

constitucionais sobre a actividade administrativa. Estas vinculações provocam muitas vezes a actuação da jurisdição administrativa, como se vê, por exemplo, no recente acórdão do STA, ontem aqui referido, que considerou que o Conselho de Administração de uma sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, quando exerce poderes de autoridade, é um “órgão da administração” e por isso mesmo a deliberação que puniu disciplinarmente um trabalhador deve estar sujeita à regra do CPA que impõe uma votação por escrutínio secreto.

Mais recentemente, a tendência da privatização do emprego público estendeu-se à *administração directa*, com a possibilidade que foi dada à Administração de celebrar contratos regidos pelo Código de Trabalho. Tal faculdade foi pela primeira vez prevista na Lei nº 25/98, relativamente ao pessoal auxiliar, e pela Lei nº 23/2004 transformou-se na forma normal de se constituir um vínculo de emprego público, com excepção de quem exerce funções de autoridade. Mas este diploma, que previa o contrato individual de trabalho em alternativa à nomeação, e que por isso mesmo era susceptível de colocar alguns problemas de constitucionalidade, teve vida curta e acabou por ser revogado pelo novo regime de vinculações constante da actual Lei nº 12-A/2008.

Pese embora se notar uma aproximação à disciplina jus-privatística, a verdade é que o contrato de trabalho em funções públicas previsto nesta lei é um contrato administrativo sujeito à jurisdição administrativa e não um contrato de direito privado fiscalizado pelos tribunais de trabalho. Por isso, em vez de «privatização» parece mais adequado falar-se em «contratualização» da relação de trabalho, já que o instrumento normal de constituir o vínculo de emprego público deixou de ser a nomeação e passou a ser o contrato em funções públicas, inclusive para os institutos públicos.

A opção pelo contrato, com meio normal de se constituir a relação de emprego público, acabou por “tocar” em situações, direitos ou relações jurídicas desenvolvidas no passado, mas que permanecem no presente, e por conseguinte, não admira que os tribunais administrativos comecem a ser solicitados para resolver problemas decorrentes da mudança de um regime estatutário para um regime contratual levada a efeito pelas normas transitórias daquela lei. Ainda esta semana o TCAN, pronunciou-se sobre questões deste género em dois casos, um sobre a aplicabilidade às carreiras médicas das regras transitórias relativas à alteração do posicionamento remuneratório e ao direito de requererem a avaliação curricular relativamente aos anos não avaliados, e outro sobre a inaplicabilidade da Lei nº 12-A/2008 às progressões na carreira adquiridas entre Janeiro e Março de 2008.

Perante as inúmeras questões que o diploma pode suscitar, algumas das quais já resolvidas pelo Tribunal Constitucional em sede de fiscalização abstracta, permitam que faça referência a três momentos da

nova relação contratual em que os “direitos adquiridos” podem eventualmente ser afectados.

A lei, no artigo 10º, faz uma enumeração taxativa de seis áreas funcionais que podem ser exercidas em regime de nomeação, relegando todas as demais para o regime de contrato, sem porém precisar qual o critério que presidiu a essa escolha. Esta opção, pode eventualmente suscitar discriminações injustificadas relativamente a trabalhadores que exercem funções nas mesmas áreas, embora integradas em carreiras diferentes. Por exemplo, recentemente o STA teve que decidir se o pessoal da administração tributária que exerce funções próprias de investigação criminal e de inspecção, duas das áreas referidas naquele artigo 10º, devia ou não manter o vínculo de nomeação. Decidiu-se que não, porque os trabalhadores nomeados são apenas aqueles que estão integrados em carreiras cuja criação ou existência se baseie exclusiva ou predominantemente nas funções indicadas no artigo, o que não era o caso daquele pessoal, cujas funções de investigação criminal e de inspecção são meramente instrumentais.

Mas haverá algum critério constitucional que limite a liberdade do legislador na escolha das áreas que devem ser excluídas da contratualização dos vínculos laborais? Parece que há fundamento constitucional para que se reserve o regime de nomeação pelo menos para os empregos que envolvam o exercício de funções de soberania ou o exercício directo de prerrogativas de poder público, funções estas que a Constituição reserva aos nacionais e que estão subtraídas ao princípio comunitário da livre circulação de trabalhadores. O exercício directo de poderes de autoridade afigura-se ser assim o critério excludente do regime contratual e à luz do qual se deve averiguar quais os empregos que devem estar abrangidos pelo vínculo de nomeação.

Um segundo aspecto respeita à livre modificabilidade do conteúdo da relação de emprego público. A circunstância de se ter criado um sistema de emprego estruturado em torno de dois vínculos de natureza diferente, a nomeação e o contrato, também é susceptível de diferenciação no grau de protecção das posições jurídicas geradas por esses vínculos. Por via de regra, os direitos emergentes de um contrato têm mais estabilidade do que os derivados da lei. Por exemplo, a nossa Constituição prescreve no art. 105º nº 2 que o orçamento de Estado é elaborado «tendo em conta as obrigações decorrentes da lei ou de contrato». No que respeita às obrigações decorrentes da lei, nada impede que a mesma lei do orçamento revogue ou altere tais obrigações; mas quanto às obrigações contratuais, tal não parece ser possível, uma vez que, tendo por fonte um acto bilateral, não podem ser alteradas por um acto unilateral, como é a lei. Nas relações jurídicas constituídas por contrato, em que o próprio vencimento é objecto de negociação, como se prevê no artigo 55º, o princípio da confiança pode

ter maior intensidade normativa do que nas relações constituídas por nomeação, pois o contrato legitima mais confiança na permanência das situações jurídicas por ele criadas.

Por último, também o regime de cessação da relação jurídica de emprego público, nos termos em que foi delineado, pode constituir uma oportunidade para a criação de situações desconformes com o direito à segurança no emprego. As causas de cessação do contrato por tempo indeterminado são diferentes e em maior número que as causas de cessação da nomeação. No artigo 33º prevê-se que o contrato pode cessar por extinção do posto de trabalho, por despedimento colectivo, por despedimento por inadaptação e por impossibilidade superveniente da entidade empregadora receber o trabalho, causas estas que a lei não prevê para a nomeação.

Ora, a legitimidade constitucional destes motivos de cessação da relação laboral não é questionável, uma vez que o direito à segurança no emprego, para além de não cobrir a “vitalidade” do vínculo laboral, pode ser comprimido por causas objectivas ligadas à reestruturação e racionalização dos serviços públicos. Mas 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.

Termino dizendo que se é verdade “que a imutabilidade não é atributo das coisas deste mundo, que nada está em repouso e tudo flui”, como já ensinava Heráclito, de igual modo não pode deixar de se reconhecer que também para o Direito tal destino se revela inexorável. Mesmo assim, 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.

Muito obrigado.

