



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Bruno Gonçalo Fidalgo Martelo

NOVOS HORIZONTES PARA O EMPREGO PÚBLICO

O regime jurídico de emprego nas entidades públicas empresariais à luz da
laboralização da função pública

NEW HORIZONS FOR THE PUBLIC EMPLOYMENT

The legal relationship of employment in the public business entities under the
laboralization of civil service.

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre),
na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito
Administrativo, sob a orientação do Exmo. Senhor Prof.
Doutor Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves*

Coimbra, 2016

*Aos meus pais.
Por tudo e tudo e tudo.*

*À Diana
Por me ter feito acreditar*

RESUMO

À luz da Constituição da República Portuguesa, consideram-se trabalhadores da Administração Pública todas as pessoas físicas que, contra uma retribuição, prestam actividade de trabalho sob a autoridade e direcção de uma entidade pública, independentemente do carácter público ou privado do título pelo qual é exercida essa actividade. Incluem-se nesse conceito, indubitavelmente, os trabalhadores das entidades públicas empresariais.

No entanto, o regime laboral desses trabalhadores é distinto daquele que se aplica aos agora designados trabalhadores em funções públicas.

Os motivos que, há uns anos, justificavam essa diferenciação estão hoje ultrapassados, pelo que agora, sem eles, são questões de igualdade entre uns e outros que se levantam.

O que se pretende aqui demonstrar é que, actualmente, todos devem ser reconduzidos ao regime do trabalho em funções públicas.

Palavras-chave: empresa pública; laboralização; entidades públicas empresariais.

ABSTRACT

According to the Portuguese Republic Constitution, Public Administration employees are any individual who, in exchange of remuneration, develops work activities under the authority and management of a public entity, regardless the public or private character of the title under which the activity is performed. Employees of public business entities are, undoubtedly, included in this definition.

Nevertheless, the labor legal regime of those employees is different from the regime applied to the ones now referred to as civil service employees.

The reasons that justified that differentiation, some years ago, are now outdated which is why, without them, equality issues arise.

What is intended to demonstrate here is that nowadays all should be restored to the civil service labor legal regime.

Keywords: public company; laboralization; public business entities.

ABREVIATURAS

CCP – CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

CPA – CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

CRP – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

CIRE – CÓDIGO DA INSOLVÊNCIA E DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

EPE – ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIAIS

LTFP – LEI GERAL DO TRABALHO EM FUNÇÕES PÚBLICAS

RCTFP – REGIME DO CONTRATO DE TRABALHO EM FUNÇÕES PÚBLICAS

RSEE – REGIME DO SECTOR EMPRESARIAL DO ESTADO

RSPE – REGIME JURÍDICO DO SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL

ÍNDICE

PARTE I.....	9
AS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIAIS NO CONTEXTO DO SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL.....	9
1. A empresarialização da Administração Pública	9
2. Empresas públicas e direito privado	14
3. A evolução do conceito de empresa pública em Portugal	19
4. As entidades públicas empresariais no âmbito do Regime Jurídico do Sector Público Empresarial.....	28
5. O regime de emprego nas entidades públicas empresariais	35
PARTE II	38
A LABORALIZAÇÃO DO EMPREGO PÚBLICO.....	38
1. Laboralização do emprego público. Aspectos gerais.....	38
2. Evolução do emprego público	39
2.1. Do oficial público ao funcionário público. A concepção clássica de emprego público. ..	39
2.2. Da crise da concepção clássica de emprego público à laboralização da função pública ..	45
3. A laboralização da Função Pública em Portugal	49
3.1. A Função Pública no quadro da Constituição	49
3.2. A Função Pública no plano da lei ordinária	59
PARTE III.....	76
NOVOS HORIZONTES PARA O EMPREGO PÚBLICO.....	76
1. As entidades públicas empresariais como parte da Administração Estadual Indirecta	76
2. A actual exclusão das EPE do âmbito da LTFP	78
3. O trabalho nas EPE como trabalho em funções públicas	80
4. Reserva constitucional de direito privado?.....	90
5. (Outras) Incoerências de regime.....	97
CONCLUSÃO	102
BIBLIOGRAFIA	104
JURISPRUDÊNCIA	112

INTRODUÇÃO

A Administração, tal como a tradição, já não é o que era.

Aquela que outrora se apresentava, exclusivamente, sob vestes de autoridade tem hoje outra roupagem. Modernizou-se, flexibilizou-se, cresceu, quis-se mais ágil, eficiente e eficaz. Tem “chic a valer”, como diria o queirosiano Dâmaso Salcede.

O motor da transformação veio a ser o direito privado. Foi para ele que se voltou quando antes o abandonara. Os defeitos que apontou são agora as virtudes que enaltece. Não há amor como o primeiro.

Fala-se então de privatização da Administração Pública, fenómeno que conhece múltiplas facetas. Uma delas – a que aqui nos traz – é a privatização do direito regulador, ou seja, a submissão de parcelas da actividade administrativa ou das relações laborais da Administração Pública ao direito privado.

Temos, assim, por um lado, que se criam empresas públicas, com personalidade jurídica de direito público, as quais submetem, não obstante esse fâcies, a sua actuação àquele ramo de direito. Fala-se de fuga. Mas a justificação - a que se dá -, não tem cariz tão pusilânime. É um desejo de maior liberdade de acção, de maior flexibilidade, e nisto, para que nada falte, vão também as relações laborais, que quando há é para todos.

Por outro lado, a velha Administração, que tinha nos seus funcionários a sua *longa manus*, embarca-os também no comboio da privatização. Passam a trabalhadores. E da nomeação se fez contrato. E diz-se que este é irmão daquele outro, de direito privado. Difere o pai. Ou a mãe, que nisto tanto dá. Flexibilização, agilização, eficiência e eficácia é, também aqui, do que se fala.

Mas o certo é que os trabalhadores das entidades públicas empresariais são, à face da Constituição, trabalhadores da Administração Pública, tal como estes outros.

Ora, vistas as coisas, as razões que levam a que empresas públicas, de direito público – hoje entidades públicas empresariais – rejam a sua actividade pelo direito privado, são as mesmas que conduzem à laboralização da função pública.

Se temos, pois, uma função pública laboralizada, com um regime jurídico muito próximo do regime laboral comum, com especificidades que encontram justificação na prossecução do interesse público, e se os trabalhadores das entidades públicas empresariais

estão, também eles, vinculados a idêntico fim, faz ainda sentido que uns sejam trabalhadores em funções públicas e outros não?

É essa a demanda em que vamos.

Divide-se o presente trabalho em três partes.

Numa primeira, fala-se nas empresas públicas, no movimento de empresarialização da Administração Pública para, depois, se fazer o enquadramento actual das entidades públicas empresariais e do regime laboral dos respectivos trabalhadores.

Na segunda parte, aborda-se a laboralização da função pública. O que foi e o que é hoje. Apresenta-se a evolução que esse movimento conheceu em Portugal desde 1976, quer ao nível da Constituição, quer no plano da lei ordinária, no sentido de evidenciar quer a mudança de paradigma - mais concretamente o surgir do contrato de trabalho e funções públicas como o vínculo regra em matéria de emprego público – quer a aproximação ao Direito do Trabalho.

Na terceira parte, tomando o que se disse nas duas primeiras, procura dar-se resposta à questão central: justifica-se a actual exclusão das entidades públicas empresariais do âmbito de aplicação da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas?

PARTE I

AS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIAIS NO CONTEXTO DO SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL

1. A empresarialização da Administração Pública

Longe vão os tempos do Estado Liberal, emergente da Revolução Francesa, e do *laissez faire, laissez passer* ao mesmo associado. Na verdade, se aí se apontava ao Estado um papel claramente abstencionista, definindo-o mesmo, atentas as funções que lhe cabiam (essencialmente de garantia da ordem pública e da segurança), como Estado mínimo ou Estado guarda-nocturno, o certo é que hoje o papel estadual conhece outros horizontes.

Pode dizer-se que, sobretudo após a I Guerra Mundial, a ideia de uma sociedade auto-ordenada e com intervenção estatal mínima, esvaiu-se¹. A necessidade de reconstrução do tecido social europeu conduziu a que a promoção do bem-estar económico, social e cultural dos cidadãos e a dimensão redistributiva na realização da justiça social passassem a contar-se, também, entre os fins do Estado². Ora, esses novos fins públicos conduziram a um aumento exponencial das tarefas administrativas. De uma Administração tipicamente agressiva, que actuava, em regra, mediante actos unilaterais de autoridade, passamos para uma Administração prestadora de bens e serviços, circunstância que acarretou, inclusivamente, a modificação das relações entre aquela e os administrados. Trata-se de fenómeno que a doutrina alemã apelidou de *Daseinsvorsorge*³, o que, traduzido literalmente, se tem por “providência da existência”⁴.

Deparamo-nos, então, com a passagem do Estado Liberal oitocentista para o Estado Social, o qual, “...mesmo onde não é socialista, não deixa de afirmar a sua presença activa nos mais variados sectores da vida social e, designadamente, intervém por diversas formas na economia”⁵. Temos, pois, que do abstencionismo se passou ao intervencionismo estatal,

¹ Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, cit., p. 108.

² Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, cit., p. 109.

³ Sobre o conceito de *daseinsvorsorge* cfr., desenvolvidamente, ESTORNINHO, Maria João, *A Fuga Para o Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 87-89.

⁴ SILVA, Vasco Pereira da, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Almedina, 1998, p. 75.

⁵ AMARAL, Diogo Freitas do, *As Modernas Empresas Públicas Portuguesas*, Lisboa, 1971, p. 7.

circunstância que conduziu a uma maior importância conferida aos direitos económicos, sociais e culturais dos cidadãos⁶.

O sector público ganhou, então, um novo papel, traduzido quer na intensificação das formas pelas quais impõe os seus comandos ou proibições ao sector privado, quer nos estímulos e auxílios que, nestas suas novas vestes, concede a este último. Mas para além disso, é o próprio âmbito do sector público que aumenta, passando a abarcar uma série de actividades produtivas até então apenas reservadas aos particulares. Na verdade, o Estado, que até aí surgia, sobretudo, na sua tradicional condição de autoridade, passou a apresentar-se, entre o mais, como empresário⁷. Como refere Pierre Mimin, “[l]’Etat-gendarme – ce mythe! – n’est plus seulement l’Etat-providence: c’est l’Etat producteur, l’Etat patron, l’Etat transporteur, L’Etat-marchand”⁸.

É, essencialmente, o Estado de bem-estar, o Estado-zorro nas palavras de Paulo Otero⁹, que passa a estar também orientado para a melhoria das condições e qualidade de vida das populações. Como afirma Rogério Soares, “[o] homem médio não espera apenas que o Estado o socorra numa ocasião de infortúnio ou resgate os seus erros ou os das gerações passadas; mais: dá por assente que pode exigir dele a garantia dum certo padrão médio de vida, quer seja a título de prestações concretas dos poderes públicos, quer seja por meio de providências legislativas que constriam outros particulares mais favorecidos, que ainda pela extracção em via judicial das últimas consequências das afirmações constitucionais de direitos fundamentais de carácter positivo”¹⁰. Trata-se de um intervencionismo orientado pelo Bem-Estar, que vem a ser conseguido por várias formas, entre as quais se conta a intervenção económica pública¹¹.

Justamente nesse âmbito da intervenção económica surge a actividade empresarial pública, a qual, se bem que iniciada (com contornos dignos de nota), com a política de nacionalizações em França e na Grã-Bretanha, no período pós-guerra, vem depois a expandir-se através da criação, *ex novo* por parte da Administração, de empresas públicas,

⁶ Entre nós inseridos nos artigos 58.º a 79.º da CRP e alcandorados ao estatuto de direitos fundamentais.

⁷ Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *As Modernas Empresas...*, cit. p. 7.

⁸ MIMIN, Pierre, *Le Socialisme Municipal*, Paris, 1912, p. 2.

⁹ OTERO, Paulo, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra Editora, 1998, p. 14.

¹⁰ SOARES, Rogério Ehrardt, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida Editora, 1969, p. 89.

¹¹ Cfr. D’ALTE, Sofia Tomé, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 39.

em regra sob a forma de institutos públicos¹², numa lógica de implementação de políticas de desenvolvimento económico e social¹³. Ou seja, atento o aumento exponencial das tarefas a cargo do Estado, sentiu-se a necessidade de descongestionar os serviços da Administração Central, criando outros que, com maior agilidade e eficácia, pudessem prosseguir essas mesmas tarefas. Surgem, pois, novos organismos distintos do Estado, dotados de autonomia jurídica, patrimonial e financeira, muitos deles com personalidade jurídica própria, para dar resposta a esse novo papel da Administração¹⁴.

A questão é que se entendia que essas entidades, ainda que se lhes apontasse carácter empresarial, não estavam dotadas de um regime adequado à respectiva actividade. Viam-se, assim se dizia, sujeitas a um rígido controlo hierárquico, enredadas numa densa malha burocrática, entorpecidas por restrições orçamentais e financeiras, governadas por funcionários tradicionais sem liberdade de movimentos, servidas por pessoal sem qualificação técnica e remunerado segundo as tabelas rígidas do funcionalismo público, geridas de acordo com os métodos clássicos dos serviços públicos e segundo os ditames da contabilidade pública¹⁵. Ou seja, eram designadas por empresas mas encontravam-se a anos-luz das empresas privadas.

Assim, se no seguimento da Revolução Francesa se sentiu a necessidade de criar especificidades próprias no funcionamento da Administração Pública que a afastaram do direito comum e que deram origem ao Direito Administrativo - mais concretamente de lhe conferir uma posição de supremacia face aos particulares, justamente em função dos interesses que se encontravam a seu cargo, que a afastava, portanto, da igualdade de partes própria do Direito Privado¹⁶ -, vem, depois, a olhar-se para o Direito Privado como uma referência de eficácia e eficiência. Ou seja, o público garantiu a quantidade dos serviços,

¹² Marcello Caetano integrava as empresas públicas na Administração Indirecta do Estado, considerando-as uma subcategoria dos institutos públicos, a par com as fundações públicas e os serviços personalizados. O que as distinguiu era o facto de se tratarem de organizações em que “...os capitais públicos são combinados com a técnica e o trabalho para sob a direcção e fiscalização de entidades públicas produzirem bens ou serviços destinados a ser oferecidos no mercado mediante um preço”. Ainda assim, entendia que poderia haver empresas públicas não reconduzíveis à categoria dos institutos públicos, ou por não terem personalidade jurídica, ou por serem dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Cfr. CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.ª Ed., Almedina, Coimbra, 1980, p. 190.

¹³ Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *As Modernas Empresas...*, cit. p. 9.

¹⁴ Cfr. D’ALTE, Sofia Tomé, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado...*, cit., p. 44.

¹⁵ Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *As Modernas Empresas...*, cit., p. 13.

¹⁶ Cfr. OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 29. Trata-se de conferir à Administração autoridade para impor aos particulares as soluções que se mostrarem indispensáveis à prossecução do interesse público (v.g., poderes de tributar, de expropriar, de conceder licenças, etc). Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, I, cit., p. 118.

mas o privado passa a ser apresentado como a fórmula mais adequada para assegurar, também, a qualidade¹⁷.

O Estado passou, pois, na sua actividade empresarial, a recorrer às formas societárias do Direito Privado, ou seja, às mesmas que são utilizadas pelos particulares, uma vez que o Direito Administrativo se mostrava incapaz de regular as novas tarefas produtivas então assumidas¹⁸. Mas, para além disso, criaram-se entes públicos específicos que, não obstante essa natureza pública, passaram a sujeitar a sua actividade predominantemente ao direito privado, fugindo-se, também por aí, à lógica do Direito Público. E essa realidade conheceu um crescimento tão significativo que se sentiu necessidade, primeiro a nível doutrinal e jurisprudencial e, depois, mesmo a nível legal, de fazer a distinção entre entes administrativos de regime administrativo e entes administrativos de regime jurídico privado. Surgem, assim, em França, pela mão do Conselho de Estado, os “estabelecimentos públicos administrativos” (*établissements publics administratifs*) e os “estabelecimentos públicos industriais e comerciais” (*établissements publics industriels et commerciaux*) e, na Itália, os “entes públicos administrativos” (*enti di amministrazione*) e os “entes públicos económicos” (*enti pubblici economici*)¹⁹.

A Administração Pública e a própria actividade administrativa passam, pois, a estar bem longe daquela que era a realidade emergente da Revolução Francesa. Na verdade, olhando para aquilo que ela era e para aquilo em que se tornou por via destas alterações, tem sentido a expressão de que a “Administração já não está só dentro da Administração”²⁰, o que se revela não só por essa actuação sob formas jurídico privadas,

¹⁷ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, “Las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de La Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa”, *Documentación Administrativa*, n.º 246-247 (Septiembre 1996-Abril 1997), p. 443.

¹⁸ Defendia-se que se o interesse público prosseguido com a actividade industrial é o aumento dos bens económicos, então a Administração deveria entrar no mercado em igualdade de circunstâncias com os empresários particulares. Cfr. DEL SAZ CORDERO, Silvia, “La huida del derecho administrativo: ultimas manifestaciones, Aplausos y Criticas”, *Revista de Administración Pública*, 133, Enero-Abril 1994, p. 61. Para Prosper Weil, “[a]o lado das pessoas autenticamente privadas que colaboram em tarefas de interesse geral existem, assim, organismos ficticiamente privados, que são na realidade órgãos administrativos e cujo carácter privado só constitui uma fachada”. WEIL, Prosper, *O Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1977, p. 50.

¹⁹ Cfr. MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 282-283. Este Autor assinala o “evidente defeito de construção” da aludida distinção, na exacta medida em que, segundo entende, os dois termos da classificação não obedecem ao mesmo critério ou padrão. Assim, enquanto a designação “estabelecimento público administrativo” está ligada aos meios e aos poderes, a designação, já as designações “estabelecimento público industrial e comercial” e “ente público económico” estão relacionadas com o objecto da acção do estabelecimento.

²⁰ WEIL, Prosper, *O Direito...*, cit., p. 46.

mas, igualmente, pelo facto de os particulares passarem a ser chamados a colaborar em tarefas de interesse geral²¹.

Mais recentemente, as próprias ideias do “New Public Management” apontam no sentido da empresarialização da Administração Pública, quer mediante a sujeição desta às formas e aos métodos de gestão do sector privado, quer através da adopção de modelos organizativos de Direito Privado. Essa circunstância leva a que se defenda, inclusivamente, que a dita empresarialização promove a privatização formal da Administração Pública através da transformação de entidades com personalidade jurídica de direito público em

²¹ Diferentemente daquilo que acontecia no Estado Liberal, pode hoje dizer-se que Administração Pública não abarca apenas o Estado e outras entidades públicas, antes abrangendo, também, no seu seio, entidades privadas. Na verdade, se numa perspectiva tradicional se englobava na Administração Pública apenas as pessoas colectivas públicas, é certo que, ao longo dos tempos, se tem vindo a aceitar que também as entidades privadas possam ali caber, ainda que haja quem defenda que aí apenas devem estar abrangidas as entidades formalmente privadas e, por outro, quem entenda que devem aí ser tidas, também, quaisquer entidades privadas investidas de funções públicas administrativas.

Esta terceira corrente, que faz cair no seio da Administração Pública as entidades privadas investidas de funções públicas administrativas conduz a que se defenda já uma reformulação do conceito orgânico de Administração Pública, substituindo-se o critério formal – que apontava no sentido de a Administração Pública compreender o complexo de órgãos, serviços e agentes do Estado que tem por objectivo assegurar, em nome da colectividade, a satisfação regular e contínua das necessidades de segurança, cultura e bem-estar – por um critério material, no sentido de fazer caber no conceito subjectivo de Administração Pública, também, as entidades formalmente privadas criadas pela Administração ou que, de alguma forma, se encontram sob a sua influência dominante. Temos aqui, portanto, não já uma Administração pública apresentada sob um critério formal mas antes, sim, sob um critério material ou institucional, representada como uma “organização integrada na esfera pública”.

Não significa isto, note-se, que perca sentido o conceito formal, assente na personalidade jurídica pública. Na verdade, essa personalidade consubstancia, ainda, o sinal mais evidente da integração de um determinado organismo na Administração Pública, além de que o nosso ordenamento jurídico continua a dar preferência, no que concerne ao exercício de certas funções administrativas (sobretudo quando se refiram ao desempenho normal e regular de poderes públicos de autoridade), a entidades dotadas de personalidade de direito público.

Não cabem, porém, neste conceito institucional de Administração Pública, as entidades privadas que participam directamente e em nome próprio na execução da função administrativa, do que resulta, portanto, que o critério material de definição da Administração Pública não coincide aqui, pelo menos totalmente, com a Administração Pública em sentido orgânico. Por essa razão, há quem defenda a definição da Administração Pública sob um critério funcional, no sentido de aí abranger todas as entidades, incluindo as particulares, que têm por fito assegurar a função administrativa. A própria Constituição, ao apontar no sentido de que os princípios da actividade administrativa não podem deixar de ser aplicados a quaisquer entidades que executem funções administrativas, parece operar melhor com este critério funcional de Administração Pública.

Note-se que estes particulares que integram funcionalmente a Administração Pública não passam a ser tidos como entes estaduais. Na verdade, trata-se de particulares que integram a administração enquanto particulares mas que não deixam de ser particulares, e apenas particulares, que colaboram com a Administração. No entanto, há que fazer notar que esta sua condição não decorre apenas do facto de a actividade empreendida se destinar à satisfação de necessidades colectivas mas, sim, do facto de esses privados terem sido investidos, formalmente, na execução de uma tarefa pública. Pode afirmar-se que se apresentam, nesse caso, na posição de membros da Administração. Sobre a questão, cfr. GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 282-288.

entidades empresariais sob forma jurídico-privada, do que resulta que empresarialização e privatização venham, por essa perspectiva, a ser consideradas a mesma coisa²².

2. Empresas públicas e direito privado

Face ao aumento, nos termos já supra expostos, das tarefas a cargo do Estado e da consequente busca por formas de administração que escapassem à lógica burocrática própria da Administração Central, busca essa motivada por critérios de racionalidade, eficiência e celeridade na prestação de certos bens e serviços, assistiu-se, também, a um corte com o Direito Público. Na verdade, o Direito Administrativo - que surgira em virtude da necessidade de colocar a Administração numa situação de primazia face aos particulares e que, entretanto, também se tornara, fruto da evolução que conheceu, um direito de garantia desses mesmos particulares²³ – não se mostrava o mais indicado para regular essas novas formas de actividade administrativa. Essa circunstância conduziu a que a Administração Pública, sobretudo a partir de meados do Séc. XX, passasse a procurar formas de actuação e de organização que se encontrassem fora do Direito Administrativo e das suas rígidas barreiras²⁴. É, assim, para o Direito Privado que a Administração Pública se volta, procurando, aí, uma liberdade de actuação com os privados que o Direito Administrativo, com o seu sistema de garantias, não permitia. Fala-se, pois, no fenómeno de fuga para o Direito Privado (*Die Flucht ins Privatrecht*²⁵) ou, inclusivamente, de fuga ao Direito Administrativo²⁶.

²² Cfr. GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas...*, cit., pp. 334.336.

²³ Chegando mesmo a afirmar-se que “...ainda que tivesse surgido como Direito de Privilégio, a sua evolução jurisprudencial transformou o ‘Direito da Administração’ em ‘Direito contra a Administração’, modificando radicalmente a sua natureza”. FERNANDÉZ SANCHÉS, Pedro, *Os parâmetros de Controlo da Privatização Administrativa: instrumentos de fiscalização judicial da decisão jurídico-pública de privatização*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 29-30.

²⁴ Sendo que, muitas vezes, o que se pretende com este fenómeno pouco tem de nobre, não passando de um meio para escapar às exigências do Direito Administrativo e de submeter a actividade da Administração às muito mais ligeriras normas do Direito Civil, do Direito do Trabalho e do Direito Comercial. Cfr. FERNANDEZ DEL CASTILLO, Tomas de la Quadra-Salcedo, “Lección 5. La Administración Instrumental y Corporativa”, *Organización y Actividad de las Administraciones Públicas*, OpenCourseware Universidade Carlos III de Madrid, 2010, acedido em <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/organizacion-actividad-aapp/materiales-de-clase/OCW-OAAP-Leccion-5.pdf>, em 9.07.2016. Na mesma linha, afirma Maria João Estorninho que com esta utilização do Direito Privado pela Administração esta “...acabou muitas vezes por passar de uma fuga que se poderia dizer quase ‘inocente’ a uma fuga ‘consciente e perversa’ para o Direito Privado”. ESTORNINHO, Maria João, *A Fuga...*, cit., p. 68.

²⁵ A expressão é de Fritz Fleiner na sua obra *Institutionen des Verwaltungsrechts*, 8.ª Edição, Tübingen, 1928, p. 326, *apud* TRONCOSO REIGADA, Antonio, *Privatización, Empresa Pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 29.

²⁶ Cfr. OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 30.

Reportando-nos, especificamente, ao nosso ordenamento jurídico, pode dizer-se que o sector público administrativo adopta sempre formas jurídicas públicas de organização e a respectiva actuação é, em regra, regida pelo Direito Público, ainda que certas parcelas dessa actividade possam pautar-se pelo Direito Privado. Já o sector público empresarial, pelo contrário, adopta, predominantemente, formas organizatórias jurídico-privadas e a respectiva actividade é regida, à partida, pelo Direito Privado, ainda que possa haver casos (sempre excepcionais) de aplicação do Direito Público²⁷.

No que especificamente concerne às empresas públicas, o que diz é que a lógica que subjaz à respectiva criação impõe a aplicação de normas que lhes permitam uma grande liberdade de acção e uma grande maleabilidade e flexibilidade no seu funcionamento, circunstância que as afasta da rigidez do Direito Público. Segundo Freitas do Amaral, “[s]e o Estado, através destas empresas públicas, fosse participar directamente no exercício das actividades económicas (industrial, comercial, agrícola, bancária, seguradora, etc.), aplicando ao exercício dessas actividades os métodos burocráticos das repartições públicas ou das direcções-gerais dos ministérios, é óbvio que se depararia com dificuldades intransponíveis: a gestão de tais organismos seria um desastre, e a experiência não poderia durar.

De modo que o Estado só pode dedicar-se com êxito ao exercício de actividades económicas produtivas se for autorizado por lei a utilizar instrumentos, técnicas e métodos de actuação que sejam especialmente flexíveis, ágeis e expeditos”²⁸.

Aliás, há quem, com base no princípio da eficiência do sector público empresarial insito no artigo 81.º, alínea c), da CRP e, bem assim, no modelo de economia mista também consagrado na Lei Fundamental – que impõe que a intervenção económica pública se faça de acordo com o princípio da subsidiariedade - fale numa reserva constitucional de Direito Privado no sector empresarial do Estado²⁹. Mais concretamente, o que se diz é que sempre que estejam em causa actividades de natureza comercial ou industrial desenvolvidas em mercado concorrencial, resulta da Constituição e do Direito Comunitário uma exigência de actuação segundo os ditames do Direito Privado, exigência essa que

²⁷ Cfr. OTERO, Paulo, *Vinculação e Liberdade...*, cit., pp. 78-79.

²⁸ Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol I, Almedina, Coimbra, 2015, 4.ª Edição, p. 352.

²⁹ Cfr., neste sentido, OTERO, Paulo, *Vinculação e Liberdade...*, cit., pp. 232-236. Adoptando posição contrária, ou seja, afastando a ideia da dita reserva de direito privado, cfr. D’ALTE, Sofia Tomé, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado...*, cit., 303-306.

engloba quer as empresas públicas de base institucional quer as empresas públicas de base societária.

É de salientar que, no que concerne às formas de organização do sector empresarial do Estado, esta utilização do Direito Privado, designadamente de formas jurídico-privadas, não consubstancia uma verdadeira fuga ao direito administrativo (ou fuga para o direito privado), na exacta medida em que, apontando-se o direito privado, especialmente o direito comercial, como o direito típico ou comum da actuação empresarial pública, o Estado, ao adoptar uma forma organizatória privada para essa actuação não estará, em bom rigor, a fugir do que quer que seja. Aliás, a pretender ver-se aqui uma fuga, “..ela será sempre uma ‘fuga’ normal ou natural, imposta até pelos princípios e valores constitucionais que determinam que uma entidade privada não possa normalmente utilizar o Direito Administrativo como disciplina jurídica reguladora da sua actividade e pelo Direito Comunitário que impõe uma paridade de regime jurídico entre os sujeitos económicos públicos e privados”³⁰. Trata-se, antes, de um fenómeno de privatização orgânica formal, justamente porque, aquando da criação ou transformação de um ente que exerce funções administrativas, adopta-se a personalidade jurídica de direito privado^{31 32}.

Assim, neste âmbito do sector empresarial do Estado só se poderá falar em fuga ao direito administrativo no âmbito das entidades públicas empresariais³³ uma vez que aí, como se verá *infra*, há uma privatização do direito regulador da actividade desenvolvido por entidades de direito público. Tal direito, no entanto, sendo direito privado, vem a ser temperado por vinculações de direito público, do que resulta vir a ser um direito privado publicizado ou administrativizado, ou, porventura melhor dizendo, o Direito Privado

³⁰ OTERO, Paulo, *Vinculação e Liberdade...*, cit., p. 267.

³¹ Cfr. GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 396. Este Autor apresenta a privatização orgânica formal como uma subespécie da privatização da execução de tarefas públicas, colocando-a a par da privatização orgânica material, ou seja, a entrega da responsabilidade pela execução de funções públicas a entidades públicas, entrega essa que pode passar por uma concessão ou por uma delegação. Falando, também, deste fenómeno de privatização formal, *vide* OTERO, Paulo, “Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública”, *Os Caminhos de Privatização da Administração Pública*, Stvdia Ivridica, 60, Coimbra Editora, 2001, p. 40 e MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, “Sentido y formas de la privatización de la administración pública”, *Os Caminhos de Privatização da Administração Pública*, Stvdia Ivridica, 60, Coimbra Editora, 2001, pp. 20-21.

³² Exemplo desta privatização orgânica formal é a transformação em sociedades anónimas das empresas públicas criadas ao abrigo do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, transformação essa operada pela Lei Quadro das Privatizações (Lei n.º 11/90, de 5 de Abril); Assistiu-se a fenómeno idêntico com a transformação dos hospitais públicos em sociedades anónimas, iniciada com a Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro.

³³ Cfr. OTERO, Paulo, *Vinculação e Liberdade...*, cit., p. 272, e D’ALTE, Sofia Tomé, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado...*, cit., p. 294.

Administrativo³⁴. É que a dita actividade de direito privado da Administração Pública não está afastada dos princípios que regem a actividade administrativa³⁵. Na verdade, mesmo nessa actuação de Direito Privado, reconhece-se ao Direito Administrativo a prerrogativa de definir, de antemão, os termos e os limites em que a actividade administrativa se poderá desenvolver³⁶. Para além da submissão a princípios constitucionais e legais, é o direito administrativo que, quanto a essa actuação de direito privado, define o fim a prosseguir, a competência subjectiva e objectiva para a prática dos actos e, eventualmente, a forma ou formalidades que essa actuação deve observar³⁷. Ou seja a actuação privada da Administração é uma actuação publicizada³⁸, do que resulta, portanto, que o direito privado aplicável à actuação administrativa não é idêntico àquele que se aplica nas relações interprivadas³⁹.

Deve salientar-se, para além disso, que a Administração não goza de total discricionariedade para, perante uma determinada situação que se lhe apresente, optar entre a aplicação direito administrativo ou do direito privado. Com efeito, mercê do interesse público que lhe cabe prosseguir, apenas pode recorrer ao direito privado sempre que o direito administrativo o permita e nos termos em que o permita. Ou seja, tem de existir sempre habilitação legal, por lei administrativa prévia, para o recurso ao direito privado⁴⁰. Mais concretamente, tem aí de se respeitar os princípios gerais da actividade administrativa constantes do CPA e as normas que concretizam preceitos constitucionais, para além de existir uma vinculação às normas da Constituição relativas a direitos, liberdades e garantias

³⁴ Cfr. OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública, O sentido da vinculação administrativa à jurisdição*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 796-802.

³⁵ Conforme decorre do n.º 3 do artigo 2.º do CPA, “[o]s princípios gerais da atividade administrativa e as disposições do presente Código que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer atuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada”.

³⁶ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, cit. 123.

³⁷ Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral, I*, cit., pp. 86-87.

³⁸ Cfr. OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 31.

³⁹ Neste sentido, SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral, I*, cit., p. 86. Trata-se, como afirma João Pacheco de Amorim, de um direito cuja particularidade reside “...na manutenção dentro da ‘trama’ jurídico-privada de uma série de vinculações que vão acompanhar a actuação da Administração, restringindo a sua autonomia”. AMORIM, João Pacheco de, *As Empresas Públicas no Direito Português (em especial, as empresas municipais)*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 86.

⁴⁰ Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 133. Na mesma linha, cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral, I*, cit., p. 86.

dotadas de aplicabilidade directa⁴¹. Trata-se, pois, de um “...direito privado alterado ou adaptado a certas exigências essenciais de direito público administrativo”⁴².

Defende-se, então, para o sector empresarial do Estado, um princípio de gestão privada⁴³, que dita que o respectivo funcionamento seja regulado pelo direito privado⁴⁴, circunstância que, no plano legal, vem a estar claramente evidenciada. É assim que a contabilidade das empresas públicas se faz de acordo com as regras da contabilidade comercial ou industrial e não com as regras da contabilidade pública; é assim que o regime jurídico do pessoal é o do contrato individual de trabalho e não o regime do contrato de trabalho em funções públicas; é assim que o regime de segurança social dos trabalhadores das empresas públicas é o mesmo que vigora para o pessoal das empresas privadas; é assim que esses mesmos trabalhadores estão sujeitos, no que concerne às respectivas remunerações, à tributação que incide sobre os trabalhadores das empresas privadas; é assim que as empresas públicas estão, em regra, sujeitas à tributação directa e indirecta, nos termos gerais, pagando, portanto, impostos como se de empresas privadas se tratasse; é assim que estão sujeitas ao registo comercial; e é assim que os litígios em que sejam parte só são, expressamente, remetidos para a jurisdição administrativa quando esteja em causa o exercício de poderes de autoridade, aplicando-se, quanto aos demais, as regras gerais de determinação da competência dos tribunais, salvo nos casos em que exerçam poderes de autoridade⁴⁵.

É de salientar, porém, que esta aplicação do direito privado comporta excepções, na exacta medida em que é possível que a lei, para determinadas situações, e tendo em vista a

⁴¹ Nos termos do disposto no artigo 2.º, n.º 3, do CPA, [o]s princípios gerais da actividade administrativa e as disposições do presente Código que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer actuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada”.

⁴² GONÇALVES, Pedro Costa, *Regime Jurídico da Actividade Empresarial Local*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 119.

⁴³ De acordo com Freitas do Amaral, são actos de gestão privada “...os que se compreendem numa actividade em que a pessoa colectiva, despida de poder público, se encontra e actua numa posição de paridade com os particulares a que os actos respeitam e, portanto, nas mesmas condições e no mesmo regime em que poderia proceder um particular, com submissão às normas de direito privado”. Já os actos de gestão pública, de acordo com o mesmo Autor, são “...os que se compreendem no exercício de um poder ou dever público, integrando eles mesmos a realização de uma função pública da pessoa colectiva, independentemente de envolverem ou não o exercício de meios de coacção, e independentemente ainda das regras, técnicas ou de outra natureza, que na prática dos actos devam ser observadas”. AMARAL, Diogo Freitas, do, *Curso...*, cit., pp. 131-132.

⁴⁴ Este Direito Privado aplicável às empresas públicas é, em primeira linha, o direito comercial, podendo lançar-se mão depois, já a título subsidiário, do direito civil. Cfr., assim, DUARTE, António Pinto, “Notas sobre o Conceito...”, cit., p. 76.

⁴⁵ Segue-se aqui de perto o elenco feito por Freitas do Amaral. Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, cit., pp. 354-356.

prosecução do interesse público, preveja a utilização do direito público, utilização que, porém, há que sublinhá-lo, assume sempre carácter excepcional⁴⁶.

Para além disso, a própria utilização do direito privado não transmuta as empresas públicas – que por isso são públicas – em empresas privadas, sendo possível divisar limites a essa deriva privatística. Desde logo, as empresas públicas estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas e da Inspeção-Geral de Finanças. Depois, tratando-se de pessoas colectivas públicas – as entidades públicas empresariais - não são aplicáveis as regras gerais sobre dissolução e liquidação de sociedades, nem as relativas à insolvência e à recuperação de empresas, salvo se o contrário resultar do decreto-lei que procedeu à respectiva criação⁴⁷.

3. A evolução do conceito de empresa pública em Portugal

A abordagem do tema do regime jurídico de emprego nas entidades públicas empresariais implica, antes de mais, um recuo na história, em ordem a situar essas entidades no âmbito do sector público empresarial português. Ainda assim, e porque o fenómeno da empresarialidade pública não é recente⁴⁸, importa sublinhar que, na economia do presente estudo, a breve digressão que em seguida se fará, ficará temporalmente limitada ao período compreendido entre o início do Séc. XX e a actualidade, com especial enfoque na legislação sobre esta matéria produzida após a Revolução de Abril de 1974.

Temos então que, entre nós, até à Primeira Guerra Mundial, em face da concepção liberal das relações entre o Estado e a Sociedade, havia um número diminuto de empresas públicas, então designadas por “serviços autónomos”, as quais, ou tinham na génese um objectivo público de defesa de funções consideradas essenciais para a economia nacional e

⁴⁶ É assim que no artigo 22.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro, se estabelece que “[a]s empresas públicas podem exercer poderes e prerrogativas de autoridade de que goza o Estado, designadamente quanto a:

- a) Expropriação por utilidade pública;
- b) Utilização, proteção e gestão das infraestruturas afetas ao serviço público;
- c) Licenciamento e concessão, nos termos da legislação aplicável, da utilização do domínio público, da ocupação ou do exercício de qualquer atividade nos terrenos, edificações e outras infraestruturas que lhe estejam afetas”.

De todo o modo, di-lo o n.º 2 desse mesmo artigo, esses “...poderes especiais são atribuídos por diploma legal, em situações excepcionais e na medida do estritamente necessário à prossecução do interesse público, ou constam de contrato de concessão”.

⁴⁷ Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, cit., pp. 354-356

⁴⁸ Para uma análise desenvolvida da história da empresarialidade em Portugal, cfr. FONSECA, Rui Guerra da, *Autonomia Estatutária das Empresas Públicas e Descentralização Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 17-80.

que, até à sua apropriação pública, eram desenvolvidas por empresas privadas em dificuldades (v.g. Caminhos de Ferro do Estado), ou resultavam da adopção de novos mecanismos de gestão de antigos serviços públicos burocratizados (v.g. Caixa Geral de Depósitos), ou da sujeição a um regime de Administração directa de monopólios fiscais (v.g. Administração dos Tabacos)⁴⁹.

Depois da Grande Guerra, mas ainda durante a 1.^a República, verificou-se um aumento da intervenção económica pública com a concomitante criação de novos serviços autónomos de cariz empresarial, situação que, porém, viria a conhecer movimento inverso – ou seja, de redução desses organismos – durante a Ditadura Militar de 1926.

Já durante a vigência da Constituição de 1933, e pese embora o princípio da subsidiariedade da intervenção económica do Estado aí consagrado⁵⁰, houve um aumento do sector público empresarial, aumento esse que ocorreu quer em face da criação de novas empresas públicas, quer por força da participação do Estado em empresas mistas⁵¹. Diga-se, porém, que, não obstante este movimento a que se assistiu de criação de novas empresas públicas, não se verificou a criação de um regime jurídico comum às mesmas, de sorte que, à míngua de tal legislação comum, os ditos entes empresariais regiam-se, sobretudo, pelos respectivos estatutos, aprovados, por decreto-lei, aquando da sua criação⁵². Ainda assim, é de salientar, até em face do tema que aqui nos ocupa, que, pese embora a falta desse regime jurídico comum, existia já nessa altura, com consagração legal, uma norma aplicável a todas as empresas públicas, que vem a ser, justamente, a da submissão do respectivo pessoal ao regime do contrato individual de trabalho⁵³.

⁴⁹ Segue-se, aqui a sequência histórica apresentada por Paulo Otero. Cfr. OTERO, Paulo, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra Editora, 1998, p. 79-81.

⁵⁰ Com efeito, no artigo 33.º da Constituição de 1933 estabelecia-se que “[o] Estado só pode intervir directamente na gerência das actividades económicas particulares quando haja de financiá-las e para conseguir benefícios sociais aos que seriam obtidos sem a sua intervenção.

§ único – ficam igualmente sujeitas à condição prevista na última parte deste artigo as explorações de fim lucrativo do Estado, ainda que trabalhem em regime de livre concorrência”. Sobre o princípio da subsidiariedade da intervenção do Estado, cfr. OTERO, Paulo, *Vinculação e Liberdade...cit.*, p. 23-55.

⁵¹ De acordo com Marcello Caetano, estava-se perante uma sociedade mista quando, nos próprios estatutos desta, se consagrava a associação do capital público ao capital privado, com a respectiva projecção na gerência dos dois capitais associados. Cfr. CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Vol I, Almedina, Coimbra, 10.^a Edição, p. 414.

⁵² Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 41. Sublinhe-se que ao falar-se aqui de empresas públicas, não se abarcam os serviços municipalizados, os quais, considerados precursores das actuais empresas públicas, conheciam já regulamentação ao nível do Código Administrativo. Neste sentido, Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *As Modernas Empresas Públicas...*, cit, pp. 15-16.

⁵³ Cfr. artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969.

Temos, então, que antes da dita criação do estatuto comum às empresas públicas, o regime destas apresentava como principais traços característicos⁵⁴:

a) O facto de poderem, ou não, ter personalidade jurídica e de, tendo-a, esta poder ser de direito público ou de direito privado;

b) A circunstância de a respectiva direcção ser assegurada por um órgão colegial, habitualmente designado por “Conselho de Administração” que, por sua vez, era supervisionado por uma assembleia (“Conselho Geral”), da qual faziam parte representantes do Estado;

c) A titularidade de autonomia administrativa e financeira;

d) A submissão, via de regra, a um regime de direito privado – civil e comercial;

e) A sujeição do respectivo pessoal ao regime do contrato de trabalho e não, portanto, ao estatuto da função pública;

f) A submissão às regras da contabilidade industrial (podendo ter ou não, a par desta, contabilidade pública).

Na sequência do 25 de Abril de 1974, e mercê da doutrina marxista que o enformou ou que, pelo menos, aí ganhou força, desencadeou-se um movimento de apropriação colectiva dos meios de produção através de uma política de nacionalizações⁵⁵. Tal movimento vem, aliás, a encontrar, posteriormente, amparo ao nível da CRP de 1976 na qual, nessa versão originária, se afirmava que “[a] organização económico-social da República Portuguesa assenta no desenvolvimento de relações de produção socialistas, mediante a apropriação colectiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais, e o exercício do poder democrático das classes trabalhadoras”⁵⁶. E assim, logo adiante, afirmavam-se como incumbências prioritárias do Estado “[e]stabilizar a conjuntura e assegurar a plena utilização das forças produtivas” e “[e]liminar e impedir a formação de monopólios privados, através de nacionalizações ou de outras formas, bem como reprimir os abusos do poder económico e todas as práticas lesivas do interesse geral”⁵⁷. Ou seja, a CRP, nessa sua primeira versão, reclamava a existência de um sector de

⁵⁴ Neste sentido, cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *As Modernas Empresas Públicas...*, cit, pp. 23-24.

⁵⁵ De acordo com Luís Cabral de Moncada, apresentava-se, nesta altura, a empresa pública como “...o meio de erradicar o grande capital privado e de viabilizar os grandes monopólios estatais de carácter comercial no âmbito de certos bens de consumo rígido”. MONCADA, Luís S. Cabral de, *Direito Económico*, Coimbra Editora, 6.ª Edição, 2012, p. 310.

⁵⁶ Cfr. artigo 80.º da CRP de 1976

⁵⁷ Cfr. alíneas b) e g) do artigo 81.º da CRP de 1976.

propriedade pública dos meios de produção⁵⁸, constituído, pelos bens e unidades de produção colectivizados, entre os quais se contavam os “bens e unidades de produção geridos pelo Estado e por outras pessoas colectivas públicas”⁵⁹. Para além disso, e justamente em ordem a marcar uma tal intervenção estatal na economia, consagrava-se o princípio da irreversibilidade das nacionalizações efectuadas depois de 25 de Abril de 1974, afirmadas, todas elas, como “conquistas irreversíveis das classes trabalhadoras”⁶⁰.

Estava-se – pode dizer-se – perante a consagração, a nível constitucional, de um modelo de Estado vinculado à prossecução do bem-estar⁶¹.

Certa que era – e é-o ainda hoje – a imposição de um sector público dos meios de produção, decorria daí, ao menos reflexamente, a garantia constitucional da existência de empresas públicas⁶². E estas, ainda que a CRP de 1976 fosse omissa a esse respeito, foram integradas pela doutrina no âmbito da Administração Pública, mais concretamente na Administração Indirecta do Estado.

Mas mesmo antes da entrada em vigor da CRP⁶³, a dita política de nacionalizações acentuou, pode dizer-se, a necessidade de um regime jurídico comum para as empresas públicas, sobretudo porque se até à Revolução de Abril de 1974 o Estado Português detinha integralmente seis empresas públicas e posição dominante ou significativa noutras seis, no período de dois anos que se lhe seguiu passou a contar com cerca de duas centenas e meia de empresas⁶⁴.

⁵⁸ Sendo que a exigência de tal sector público não decorre, necessariamente, dessa veia marcadamente socialista da CRP de 1976. Com efeito, como afirma Paulo Otero, “...a verdade é que não se pode imaginar – tanto a nível histórico como em termos comparativos – a existência de um Estado, enquanto colectividade politicamente organizada, sem um sector público: qualquer Estado, pelo simples facto de existir, envolve sempre um conjunto (maior ou menor) de órgãos e serviços que desenvolvem certas atividades geradoras de utilidades”. OTERO, Paulo, *Vinculação e Liberdade...cit.*, p. 71.

⁵⁹ Para além destes, contavam-se ainda os “bens e unidades de produção com posse útil e gestão dos colectivos de trabalhadores” e os “bens comunitários com posse útil e gestão das comunidades locais”. Cfr. artigo 89.º da CRP de 1976.

⁶⁰ Cfr. artigo 83.º, n.º 1, da CRP de 1976.

⁶¹ Como refere Paulo Otero, “[v]ertente tradicional do Estado social de Direito, o princípio do bem-estar surge como elemento básico do conceito de Estado de Direito democrático resultante da Constituição de 1976: o bem-estar constitui o objectivo último da actividade pública de um modelo de Estado baseado na dignidade da pessoa humana, enquanto realização da justiça e da solidariedade sociais através da democracia económica, social e cultural”. OTERO, Paulo, *Vinculação e Liberdade...cit.*, p. 13.

⁶² Cfr. FONSECA, Rui Guerra da, *Autonomia Estatutária das Empresas Públicas...*, cit., p. 98 e, bem assim, o voto de vencido do então Juiz Conselheiro Vital Moreira no Ac. do TC .º 108/88, de 31 de Maio, onde este afirma que “...o entendimento correcto é o de que estamos perante uma verdadeira e própria garantia institucional, isto é, de uma figura jurídica que, independentemente dos seus contornos específicos e do seu âmbito concreto de aplicação, é de existência constitucionalmente obrigatória, não podendo ser suprimida”.

⁶³ O que aconteceu em 25 de Abril de 1976.

⁶⁴ Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, *As Empresas Públicas...*, cit., p. 41.

Esse regime - *Bases Gerais das Empresas Públicas* - veio à luz com o Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, no qual se definiam as empresas públicas como “...as empresas criadas pelo Estado, com capitais próprios ou fornecidos por outras entidades públicas, para a exploração de actividades de natureza económica ou social, de acordo com o planeamento económico nacional, tendo em vista a construção e desenvolvimento de uma sociedade democrática e de uma economia socialista”⁶⁵. Mas, justamente mercê da política de nacionalizações então empreendida, afirmava-se igualmente que “[s]ão também empresas públicas e estão, portanto, sujeitas aos princípios consagrados no presente diploma as empresas nacionalizadas”.

Do conceito de empresa pública vertido naquele diploma legal resulta que as sociedades de capitais públicos não eram aí abarcadas, mesmo que tivessem capitais exclusivamente públicos⁶⁶. Ou seja, o Decreto-Lei n.º 260/76 só incidia sobre uma espécie de empresas públicas, mais concretamente, sobre as empresas públicas sob forma pública⁶⁷. A noção de empresa pública aí adoptada aproximava-se, pois, da *Public Corporation* britânica, ou seja empresa criada pelo Estado mas com personalidade jurídica distinta do Estado⁶⁸.

Estas empresas, pese embora o seu carácter público, regiam-se, em tudo o que não fosse regulado pelo Decreto-Lei n.º 260/76 e pelos respectivos estatutos, pelo direito privado⁶⁹. Assim, e na linha do que já acontecia anteriormente, como ficou visto, essas empresas estavam sujeitas às regras da contabilidade comercial ou industrial, à aplicação do regime do contrato individual de trabalho aos respectivos trabalhadores (estes abrangidos por um regime de previdência igual ao dos trabalhadores das empresas privadas), ao registo comercial, e à jurisdição dos tribunais judiciais na sua actuação de gestão privada⁷⁰.

Não obstante o Decreto-Lei n.º 260/76 excluir do seu âmbito “as sociedades constituídas em conformidade com a lei comercial, em que se associem capitais públicos e

⁶⁵ Cfr. n.º 1 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 260/76

⁶⁶ Ainda que no artigo 48.º se estabelecesse que poderiam remeter alguns aspectos do seu regime para o Decreto-Lei n.º 260/76.

⁶⁷ Cfr., neste sentido, AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 4.º Edição, 2015, p. 333.

⁶⁸ Cfr. MONCADA, Luís Cabral de, *A empresa pública e o seu regime jurídico; aspectos gerais*, Coimbra, 1988, p. 6.

⁶⁹ Cfr. artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 260/76.

⁷⁰ Cfr. FONSECA, Rui Guerra da, *Autonomia Estatutária das Empresas Públicas...*, cit., p. 108.

privados, nacionais ou estrangeiros”⁷¹ e, bem assim, as “sociedades constituídas em conformidade com a lei comercial, associando o Estado e outras entidades públicas dotadas de personalidade de direito público ou de direito privado”⁷² – ou seja, sociedades com personalidade jurídica de direito privado, em que o Estado ou outras entidades públicas surgem a participar no respectivo capital social -, o certo é que também estas integravam o sector empresarial do Estado, sendo designadas pela doutrina como sociedades de interesse colectivo.

O Decreto-Lei n.º 260/76, se teve o mérito de criar o ansiado regime comum para as empresas públicas, revelou-se, porém, insuficiente para regular o funcionamento de todas as empresas do sector empresarial do Estado. Na verdade, assistiu-se, durante a sua vigência, sobretudo por força do movimento de privatizações e reprivatizações⁷³, ao recurso cada vez maior do Estado à criação de sociedades de capitais públicos ou mistos, em detrimento, portanto, da empresa pública ali regulada⁷⁴. A isto acresce o facto de o conceito de empresa pública oriundo do Direito Comunitário ser bem mais amplo do que o contido naquele diploma legal. Na verdade, na Directiva 80/723/CEE, de 25 de Junho, definia-se empresa pública como “qualquer empresa em que os poderes públicos possam exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante em consequência da propriedade, da participação financeira ou das regras que a regem”. Mais, adiantava-se que “presume-se a existência de influência dominante quando os poderes públicos, directa ou indirectamente relativamente à empresa:

- a) detenham a maioria do capital subscrito da empresa, ou
- b) disponham da maioria dos votos atribuídos às partes sociais emitidas pela empresa, ou
- c) Possam designar mais de metade dos membros do órgão de administração, de direcção ou de fiscalização da empresa”.

Foi nesse quadro que surgiu o Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Novembro (RSEE) movido pela preocupação, como se afirma no respectivo preâmbulo, “...de criar um regime

⁷¹ Cfr. n.º 1 do artigo 48.º

⁷² Cfr. n.º 2 do artigo 48.º

⁷³ Este processo de reprivatizações veio a ser permitido através da Lei n.º 11/90, de 5 de Abril.

⁷⁴ Cfr. FONSECA, Rui Guerra da, *Autonomia Estatutária das Empresas Públicas...*, cit., p. 112. Nas palavras de Coutinho de Abreu, “...à febre das nacionalizações de 70 sucedeu a febre das privatizações de 80 e, sobretudo, 90”, tendo quase todas as Empresas Públicas sido transformadas em sociedades anónimas. Cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “Privatização de Empresas Públicas e Empresarialização Pública”, IDET, *Miscelâneas*, n.º 3, Almedina, Coimbra, 2004, p. 60.

muito flexível, susceptível de poder abranger as diversas entidades que integram o sector empresarial do Estado e que deixaram de estar submetidas à disciplina do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril (lei de bases das empresas públicas), passando a actuar de harmonia com as regras normais do direito societário”. E é assim que o conceito legal de empresa pública passa a abranger as *sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante em virtude de alguma das seguintes circunstâncias:*

- a) *detenção da maioria do capital social ou dos direitos de voto;*
- b) *direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização*⁷⁵.

Mas essa deriva para o direito societário não foi total. Com efeito, o legislador abarcou, também, no novo conceito de empresa pública, as pessoas colectivas de direito público, com natureza empresarial, criadas pelo Estado, ou seja, aquilo a que se entendeu designar por *entidades públicas empresariais*⁷⁶.

Temos, pois, que a empresa pública, ao contrário do que acontecia até aí, passou a abranger, a par com as entidades de base institucional, todas aquelas que eram excluídas do âmbito do Decreto-Lei n.º 270/76, ou seja, as empresas de base societária.

Por seu turno, e em virtude deste novo conceito de empresa pública, o sector empresarial do Estado passou a englobar as empresas públicas (aqui se incluindo agora as sociedades comerciais em que a posição directa ou indirecta do Estado seja dominante e, bem assim, as entidades públicas empresariais) e as empresas participadas (nas quais, portanto, o Estado não tem posição dominante).

⁷⁵ Cfr. artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 558/99. Deve salientar-se, porém, que não obstante a influência do direito comunitário, o conceito de empresa pública acolhido no seio deste vem a ser mais amplo do que aquele que foi adoptado no Decreto-Lei n.º 558/99, uma vez que não está confinado às empresas sob forma comercial, abrangendo, igualmente, empresas que revistam outra forma jurídica, bem como, aliás, empresas dominadas por quaisquer entes públicos e não apenas pelo Estado. Cfr., neste sentido, DUARTE, António Pinto, “Notas sobre o Conceito e o Regime Jurídico das Empresas Públicas Estaduais”, *Estudos Sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado*, organização de Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2000, p. 66.

⁷⁶ Cfr. o artigo 3.º, n.º 3, e o artigo 23.º e ss. do Decreto-Lei n.º 558/99. A designação de entidades públicas empresariais parece ser sido recolhida em Espanha, mais concretamente na Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (Ley 6/1997, de 14 de Abril), cujo artigo 53.º n.º 1, reportando-se a entidades públicas empresariales, as define como “...Organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación”.

Há que dizer, porém, que do novo conceito de empresa pública e do aumento do universo de empresas por ele abrangidas não decorreu o acréscimo da intervenção estatal na economia⁷⁷. Tratou-se, na verdade, de seguir, no plano interno, uma exigência do direito comunitário, no sentido de se aumentar a transparência das relações financeiras no âmbito do sector empresarial público⁷⁸.

Também no regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 558/99, e à semelhança do que, como vimos, já sucedia anteriormente, o direito privado continuou a reger o funcionamento das empresas públicas, salvo o que em contrário resultasse do diploma ou diplomas que tivessem aprovado os respectivos estatutos.

Entretanto, entrou em vigor o Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro – que estabelece os princípios e regras aplicáveis ao sector público empresarial (RSPE) - o qual, no que tange ao conceito de empresa pública, não buliu com aquele que era o modelo até aí adoptado, ou seja, mantém a dicotomia entre, por um lado, as sociedades dominadas pelo Estado e/ou outras entidades públicas estaduais e, por outro, as entidades públicas empresariais⁷⁹.

Este novo diploma não apresenta um conceito unitário de empresa pública, antes definindo as duas espécies principais, ou seja, as empresas societárias⁸⁰ e as entidades públicas empresariais. Ainda assim, suportado na circunstância de, segundo alega, as empresas públicas serem, por um lado, empresas em sentido económico e, por outro, do respectivo carácter público não lhes advir apenas da circunstância de a maioria do capital pertencer a entidades públicas (podendo também resultar de direitos especiais de controlo

⁷⁷ Cfr., neste sentido, DUARTE, António Pinto, “Notas sobre o Conceito e o Regime Jurídico das Empresas Públicas Estaduais”, *Estudos Sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado*, organização de Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2000, p. 66.

⁷⁸ Cfr., neste sentido, CORREIA, Carlos Pinto, “O Novo Regime do Sector Empresarial do Estado e o Direito Comunitário”, *Estudos Sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado*, organização de Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2000, p. 175.

⁷⁹ É de notar que o Decreto-Lei n.º 133/2013 estabelece “os princípios e regras aplicáveis ao sector público empresarial, incluindo as bases gerais do estatuto das empresas públicas” (art. 1.º, n.º 1), sendo que o sector público empresarial aí regulado abrange o sector empresarial do Estado e o sector empresarial local. Está excluído, portanto, do seu âmbito de aplicação o sector empresarial regional (das regiões autónomas), ainda que lhe seja aplicável subsidiariamente (art. 4.º). Por outro lado, o sector empresarial local, não obstante ali abrangido, dispõe de legislação especial, mais concretamente a Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto, que estabelece o Regime Jurídico da Actividade Empresarial Local e das Participações Sociais.

⁸⁰ Nos termos do n.º 1 do artigo 5.º, “[s]ão empresas públicas as organizações empresariais constituídas sob a forma de sociedade de responsabilidade limitada, nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta, influência dominante, nos termos do presente Decreto-Lei”. Já as entidades públicas empresariais são, como se extrai do artigo 56.º, “...as pessoas colectivas de direito público, com natureza empresarial, criadas pelo Estado para a prossecução dos seus fins, as quais se regem pelas normas constantes do presente capítulo e, subsidiariamente, pelas restantes normas do presente decreto-lei”.

que confirmam a essas entidades públicas uma influência dominante), Freitas do Amaral define-as como as “organizações económicas de fim lucrativo, criadas e controladas por entidades jurídicas públicas”⁸¹.

Se não se contesta, da noção avançada, a criação e controlo por entidades jurídicas públicas, já se crê ser duvidoso que a todas as empresas públicas possa apontar-se escopo lucrativo, sobretudo quando a lei nada diz nesse sentido. A discussão, aliás, não é nova, vindo já dos tempos de vigência do longínquo Decreto-Lei n.º 260/76⁸².

Na verdade, o Decreto-Lei n.º 133/2013 engloba no conceito de empresa pública quer as empresas de base institucional quer as empresas de base societária e, dentro destas, as empresas societárias de capitais inteiramente públicos e as empresas societárias de economia mista. Ora, se a obtenção de lucros é essencial às sociedades de economia mista, já parece que o mesmo não tem de se passar com as restantes empresas públicas. Com efeito, se é certo que as empresas públicas societárias com capitais exclusivamente públicos, constituídas nos termos da lei comercial, têm, à partida (por definição) fim lucrativo, certo é também que quando, não obstante essa forma societária, lhes seja confiada a prestação de serviço público ou de interesse geral, pode ser afastado esse intuito. Para além disso, quando criadas por Decreto-Lei, é possível, logo aí, de modo explícito ou implícito, excluir-se o escopo lucrativo⁸³.

Se é assim relativamente às empresas públicas societárias, mais o será no que concerne às entidades públicas empresariais. É que se para aquelas primeiras vigora, como lei geral, o Código das Sociedades Comerciais, para as segundas este já funciona como lei subsidiária. Ora, não decorre do Decreto-Lei n.º 133/2013, em momento algum, que o lucro seja elemento essencial das entidades públicas empresariais. Acresce que nos estatutos de muitas dessas entidades prevêm-se como possíveis receitas as

⁸¹ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 335.

⁸² Afastando o lucro como elemento essencial do conceito de empresa pública no âmbito do Decreto-Lei n.º 260/76, veja-se, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Definição de Empresa Pública*, Coimbra, 1990, p. 138 e ss. Este Autor, aliás, definia, já então, as empresas públicas como “...as pessoas jurídicas constituídas pelo Estado, com capitais públicos (atribuídos por ele ou por outras entidades públicas) – de modo a formarem-se (quando não já formadas *ab initio*) organizações de meios produtivos – titulares de denominação parcialmente taxativo-exclusiva, sujeitas à tutela e superintendência do Estado, que se dedicam a produzir bens destinados a uma troca propiciadora de receitas suficientes para, pelo menos, cobrir os custos de parte das pessoas jurídicas – produção e a prosseguir (indirecta ou directamente) finalidades públicas”.

⁸³ Neste sentido, mais detalhadamente, vide ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “As Novíssimas Empresas Públicas (Segundo o DL 133/2013)”, *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. LVII, Tomo I, 2014, pp. 64-67 e, do mesmo Autor, ainda que reportando-se ao regime do Decreto-Lei n.º 260/76, *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 117 e ss. Em sentido diverso, defendendo o propósito lucrativo das empresas públicas, vide DUARTE, António Pinto, “Notas sobre o Conceito...”, cit., pp. 77-79.

“comparticipações, dotações, subsídios e compensações financeiras do Estado ou de outras entidades públicas”, intervenção pública que afasta o dito propósito lucrativo^{84 85}.

Em suma, a empresa pública, hoje em dia, pode ser de base institucional ou de base societária, e pode, em qualquer um desses casos, ter ou não ter por fim a obtenção de lucro. O que é essencial ao conceito, sim, é o controlo público, o qual, como se disse, pode passar pela titularidade da totalidade ou da maioria do capital social, ou por especiais direitos de controlo que permitam uma influência dominante sobre a empresa.

4. As entidades públicas empresariais no âmbito do Regime Jurídico do Sector Público Empresarial

Como se disse há momentos, o regime do sector público empresarial consta, hoje, do Decreto-Lei n.º 133/2013, diploma que, à semelhança do que sucedia com o seu antecessor, faz a distinção entre empresas públicas de base societária e empresas públicas de base institucional, designando estas últimas como entidades públicas empresariais.

As entidades públicas empresariais são, como também ficou visto, continuadoras das empresas públicas reguladas pelo Decreto-Lei n.º 260/76, sendo que, mercê da avalanche privatizadora que se seguiu à abolição do princípio da irreversibilidade das nacionalizações contido na CRP de 1976 e à subsequente entrada em vigor da Lei n.º 11/90, de 5 de Abril – Lei Quadro das Reprivatizações -, a figura da empresa pública com personalidade jurídica de direito público ficou quase reduzida a mero elemento decorativo, tal a atracção pelo maná das formas societárias do direito comercial. Na verdade, chegou, inclusivamente, a discutir-se a necessidade da existência desta figura, havendo quem, pronunciando-se sobre o regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 558/99, afirmasse que este “...em vez de clarificar, actualizando e melhorando, o estatuto das anteriores empresas públicas, acaba por confundir e complicar esse estatuto”, vendo-se as entidades públicas empresariais diluídas “...numa categoria muito mais vasta, em que aparecem como irmãs pobres das pessoas privadas de fim lucrativo e de influência dominante do Estado”⁸⁶.

⁸⁴ Veja-se, assim, por exemplo, que a NAV, E.P.E. tem entre as suas receitas, como resulta do artigo 19.º, n.º 1, alínea d) dos respectivos Estatutos, as “comparticipações, dotações, subsídios e compensações financeiras do Estado ou de outras entidades públicas”. Também os Hospitais E.P.E. são financiados pelo Orçamento de Estado, como resulta da Base XXXVIII da Lei de Bases da Saúde.

⁸⁵ Afastando, expressamente, o escopo lucrativo das EPE *vide* D’ALTE, Sofia Tomé, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado...*, cit., p. 300.

⁸⁶ Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Lex, Lisboa, 1999, p. 306.

Mas, como em tudo, não faltou também quem visse vantagens na dualidade de formas, sobretudo por entender que existe para determinadas situações, designadamente quando esteja em causa a prestação continuada de serviços de interesse económico geral, a necessidade de uma intervenção (controlo) pública mais intensa sobre a actividade e a gestão das empresas públicas, o que tudo melhor se coadunava com o regime de tutela económica e financeira aplicável às EPE⁸⁷. Na verdade, o RSEE previa, justamente, um regime de tutela sobre as EPE, a exercer pelo Ministro das Finanças e pelo ministro responsável pelo sector de actividade de cada empresa, que se traduzia, para além do que a esse respeito resultasse dos estatutos dessas mesmas empresas, na aprovação dos planos de actividades e de investimento, orçamentos e contas, assim como de dotações para capital, subsídios e indemnizações compensatórias, bem como na homologação de preços ou tarifas a praticar por empresas que explorassem serviços de interesse económico geral⁸⁸.

O certo é que, pese embora o eventual pendor de “gata borralheira”, as EPE aí estão, e a circunstância de o RSEP não as ter abolido parece indiciar que estão para ficar. O que não invalida, dizemos nós, que continuem a justificar-se as dúvidas colocadas relativamente à necessidade da sua existência, dúvidas essas que aumentam agora com o facto de o sobredito regime específico de tutela económica e financeira específico ter desaparecido dos horizontes do legislador. Na verdade, se é insofismável que o RSPE, face às exigências de contenção financeira, veio aumentar o controlo governamental sobre as empresas públicas – chegando mesmo a afirmar-se que, a esse nível, se “exagerou na dose”⁸⁹ – é igualmente verdade que o fez relativamente a todas as empresas, não fazendo, por aí, distinção entre as de base societária e as EPE. De modo que as eventuais diferenças entre umas e outras sejam, hoje, mais formais do que substanciais, encontrando-se, essencialmente, ao nível dos procedimentos de constituição, de alterações estatutárias e estruturais e de extinção. Concretamente, os ditos procedimentos constam, para as EPE, de decreto-lei, ao passo que para as empresas de base societária são aplicáveis as normas do Código das Sociedades Comerciais⁹⁰. Assim, a grande diferença de regime (ou, pelo menos, grande entre as pequenas), dentro desses procedimentos, residirá no facto de as

⁸⁷ Cfr. MORAIS, Luís D. S., “As Relações entre o Estado e as Empresas Públicas na sequência da aprovação do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro”, *Estudos Sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado*, organização de Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 104-106 e D’ALTE, Sofia Tomé, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado...*, cit., p. 297.

⁸⁸ Cfr. artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 558/99.

⁸⁹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “As novíssimas empresas públicas...”, cit., p. 62.

⁹⁰ Cfr. artigos 34.º, 35.º, 36.º e 57.º do RSEP.

EPE não estarem sujeitas às regras gerais da insolvência, conforme se extrai do artigo 35.º, n.º 2, do RSPE⁹¹.

Não parecem restar dúvidas de que o legislador, desde o Decreto-Lei n.º 260/76, tem pretendido manter empresas de base institucional, ou seja, com personalidade jurídica de direito público. A questão vem a ser a de que, hoje, o que as distingue das sociedades, para além da personalidade jurídica de direito público, vem a ser pouco, efectivamente muito pouco.

Não é aqui o lugar para empreender busca aturada sobre as razões – se as há – para a manutenção de entidades públicas empresariais no nosso ordenamento jurídico. Aliás, o presente estudo, em bom rigor, só se justifica pela existência dessas entidades. Mas sempre se dirá que as razões que outrora se apontaram para a sua existência parecem hoje soçobrar. A específica tutela económica e financeira desapareceu do regime geral⁹². E se, acaso, se pretende empreender caminho no sentido de um *tertium genus* de instituto público, enquadrado por forte componente privatística⁹³, a verdade é que os 17 anos de existência de EPE são, segundo se crê, mais do que suficientes para a recondução a uma tal figura. Ao que acresce o facto de o sentido tomado como o RSPE parecer ser, justamente, o inverso, ou seja, o da base societária, ainda que com forte controlo público.

O que temos para nós é que as EPE, actualmente, não são já sequer as irmãs pobres das restantes empresas públicas. Estão, por assim dizer, naquele dilema existencial de que fala Mário de Sá Carneiro: *Eu não sou eu, nem sou o outro, Sou qualquer coisa de intermédio*.

E se assim o dizemos, note-se, não é porque entendamos que todo o sector público empresarial deve ser empurrado para a forma societária. Temos, aliás, grandes reservas quanto à necessidade de recurso ao Direito Privado (ao menos na extensão que conhece hoje) para a prossecução do interesse público, quando, na verdade, o repensar do regime jurídico-público, em ordem a obter ganhos de eficácia e eficiência, seria, segundo se crê, o

⁹¹ Cfr., neste sentido, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “As novíssimas empresas públicas...”, cit., p. 63. Para uma posição crítica relativamente à exclusão das EPE do âmbito do CIRE vide RAIMUNDO, Miguel Assis, *As Empresas Públicas...*, cit., pp.339-342.

⁹² Sendo que, há que dizê-lo, não obstante não se prever no RSPE um específico regime de tutela para as EPE, é possível verificar que a mesma está ainda prevista nos estatutos de várias das EPE (se bem que anteriores ao RSPE). Veja-se, assim, o artigo 14.º dos Estatutos da NAV, E.P.E., aprovados pelo Decreto-Lei n.º 404/98, de 18 de Dezembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 74/2003, de 16 de Abril. Vejam-se, igualmente, os artigos 6.º e 10.º do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 50-A/2007, de 28 de Fevereiro, 18/2008, de 29 de Janeiro, 176/2009, de 4 de Agosto e 136/2010, de 27 de Dezembro, relativo às EPE da área da saúde.

⁹³ Cfr. MORAIS, Luís D. S., “As Relações entre o Estado...”, cit., pp. 105-109.

bastante para alcançar os mesmos ou melhores resultados⁹⁴. O mesmo é dizer, portanto, que as EPE poderiam, sem grandes embaraços, ser reconduzidas à categoria dos institutos públicos, ainda que com eventuais especificidades de regime, atenta a natureza das actividades a que se dedicam.

Mas, como se afirmou, não é aqui que se vai travar essa batalha. É com a realidade das EPE, tal como elas se apresentam hoje, que se há-de lidar.

Reconduzindo, agora, o olhar para o RSPE, temos que aí se definem as EPE⁹⁵ como as pessoas colectivas de direito público, com natureza empresarial, criadas pelo Estado para a prossecução dos seus fins (artigo 56.º). Não obstante este conceito legal, é possível encontrar, ao nível da doutrina, definição mais completa. Com efeito, Coutinho de Abreu define-as como “pessoas colectivas de direito público, com denominação parcialmente taxativo-exclusiva criadas pelo Estado que formam e/ou exploram organizações de meios produtivos de bens para a troca, de modo a satisfazerem interesses público-estaduais”⁹⁶.

As EPE são, pois, pessoas colectivas públicas com capacidade jurídica – delimitada pelo respectivo objecto, conforme se retira do artigo 58.º, n.º 2, do RSPE – e autonomia administrativa, financeira e patrimonial⁹⁷. Têm, assim, capacidade para gerir e praticar actos jurídicos, receitas próprias e direito de dispor das mesmas de acordo com orçamento próprio e património privativo, afecto ao cumprimento das respectivas obrigações⁹⁸.

Disse-se já que as EPE, ao contrário das restantes empresas públicas, são criadas por decreto-lei, o qual aprovará, igualmente, os respectivos estatutos. Essa criação está sujeita, porém, a parecer prévio da Unidade Técnica de Acompanhamento e Monitorização do Sector Público Empresarial (o que, aliás, acontece relativamente a todas as empresas públicas)⁹⁹. De igual modo, a extinção de EPE faz-se por decreto-lei, que pode remeter expressamente, para esse efeito, para a lei comercial¹⁰⁰.

⁹⁴ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, “Las entidades públicas empresariales...”, cit., pp. 443-444.

⁹⁵ Trata-se aqui das EPE de modo geral. Com efeito, o RSPE estabelece, no artigo 70.º, a sua natureza subsidiária face ao regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 233/2005, em face do carácter especial deste diploma no que respeita às EPE no sector da saúde. Sobre a empresarialização neste sector *vide* MARTINS, Licínio Lopes, *As Empresas Públicas no Sector da Saúde*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 84, 2008, pp. 761-772.

⁹⁶ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “As novíssimas empresas públicas...”, cit., p. 51.

⁹⁷ Sendo que esta autonomia patrimonial, nas palavras de Freitas do Amaral, vem a ser “...redundante, porque é óbvio que, se certa entidade tem personalidade jurídica, tem necessariamente património próprio. Portanto, o que as empresas públicas têm em rigor não é autonomia patrimonial, é património próprio. E isto pelo simples facto de terem personalidade jurídica”. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, cit., pp. 345-346.

⁹⁸ Cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “As novíssimas empresas públicas...”, cit., pp. 51-52.

⁹⁹ Esse parecer, conforme se extrai do n.º 2 do artigo 10.º do RSPE é um acto preparatório, não vinculativo, que obrigatoriamente antecede a decisão de constituição de qualquer empresa pública e é emitido com base

Tal como a generalidade das empresas públicas, as EPE têm de ter um órgão de administração, ao qual cabe a gestão das actividades compreendidas no respectivo objecto e a representação da empresa, e, bem assim, um órgão de fiscalização, ao qual cabe velar pela observância da lei e dos estatutos. Aqui, na verdade, para todas as empresas públicas, vai buscar-se o que a este respeito resulta do Código das Sociedades Comerciais¹⁰¹. A questão é que essa remissão não se faz sem mais, antes apresentando nuances relevantes resultantes de normas de Direito Administrativo¹⁰²: assim, desde logo, exige-se que as empresas públicas assumam um modelo societário que assegure a efectiva separação entre as funções de administração executiva e as funções de fiscalização (artigo 30.º, n.º 1); depois, impõe-se que os órgãos de administração e fiscalização sejam ajustados à dimensão e à complexidade de cada empresa, “...com vista a assegurar a eficácia do processo de tomada de decisões e garantir uma efetiva capacidade de fiscalização e supervisão...”, ainda que se estabeleça que a composição-regra do órgão de administração é de três membros (artigo 31.º, n.ºs 1 e 2); à nomeação dos administradores das EPE aplica-se o Estatuto do Gestor Público¹⁰³, do que decorre que é feita mediante resolução do Conselho de Ministros, sob proposta dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do sector de actividade da empresa (artigo 13.º, n.º 2, do EGP).

Diga-se, por outro lado, que do artigo 89.º da CRP decorre, para os trabalhadores das “unidades de produção do sector público”, o direito de participação efectiva na gestão dessas unidades, sendo que – di-lo a alínea f) do n.º 5 do artigo 54.º, também da CRP – é reconhecido às comissões de trabalhadores o direito de “promover a eleição de representantes dos trabalhadores para os órgãos sociais de empresas pertencentes ao Estado ou a outras entidades públicas, nos termos da lei”¹⁰⁴. Tal direito – que a leitura dos preceitos normativos supra referidos dá a entender ser aplicável a todas as empresas públicas – vem a ser reduzido no artigo 423.º, n.º 1, alínea f), do Código do Trabalho, sem

em estudos técnicos que aferem, designadamente, da viabilidade económica e financeira da entidade a constituir, e identificam os ganhos de qualidade e de eficiência resultantes da exploração da actividade em moldes empresariais.

¹⁰⁰ É o que decorre do artigo 35.º, n.º 2, do RSPE.

¹⁰¹ Cfr., quanto às EPE, o artigo 60.º do RSPE, que remete o regime das sociedades anónimas, e, quanto às restantes, o artigo 14.º.

¹⁰² Cfr., neste sentido, AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, cit., p. 347.

¹⁰³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de Março, e alterado pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro e pelo Decreto-Lei n.º 8/2012, de 18 de Janeiro.

¹⁰⁴ Sobre este direito de participação *vide* QUENTAL, Miguel Pacheco Arruda, *A participação dos trabalhadores nos órgãos sociais das empresas pertencentes ao Estado ou a outras entidades públicas*, Coimbra, s.n., 2006.

aparente justificação, aos órgãos sociais das EPE, sendo que, como observa Coutinho de Abreu, “[n]o país faz de conta, nem o EGP, nem o RSPE dizem algo sobre o assunto...”¹⁰⁵.

Relativamente a alterações estatutárias e, bem assim, a modificações estruturais (transformações, fusão e cisão), manda o RSPE que as mesmas, sempre que estejam em causa EPE, sejam realizadas através de decreto-lei (artigos 34.º, n.º 1 e 36 do RSPE).

No que tange à tutela e superintendência governamentais, diga-se que do facto de se ter esfumado a regulamentação específica que, quanto a elas, resultava do RSEE, não pode retirar-se uma ampla liberdade de acção. Na verdade, como ficou já visto, o RSPE, por mor das contingências económicas e financeiras decorrentes do Memorando de Entendimento celebrado no âmbito do Programa de Assistência Económica e Financeira entre o Estado Português, o Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu, aumentou o controlo estatal sobre as empresas públicas. Assim, cabe ao Governo, através de resolução do Conselho de Ministros, definir as orientações estratégicas, mais concretamente as medidas ou directrizes “...relevantes para o equilíbrio económico e financeiro do sector empresarial do Estado” (artigo 24.º, n.º 1, do RSPE),.

Por outro lado, o Estado, enquanto titular da função accionista¹⁰⁶, tem, entre o mais, o direito (dever) de definir as orientações a aplicar no desenvolvimento da actividade empresarial reportada a cada triénio (artigo 38.º, n.º 1, alínea a), do RSPE) e de definir os objectivos e resultados a alcançar em cada ano e triénio, em especial os económicos e financeiros (artigo 38.º, n.º 1, alínea b), do RSPE).

Cabe ainda aos ministérios sectoriais – ou seja, os que tutelem os sectores de actividade em que cada empresa actua -, definir, com respeito pelas orientações estratégicas e sectoriais, pelos objectivos financeiros e restrições orçamentais em cada ano em vigor, a política sectorial a prosseguir, com base na qual as empresas desenvolvem a sua actividade, emitir as orientações específicas de cariz sectorial aplicáveis a cada empresa, definir os objectivos a alcançar e definir o nível de serviço público a prestar (artigo 39.º, n.º 4, do RSPE).

Também os planos de actividades e orçamento das empresas estão sujeitos a aprovação pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do sector de

¹⁰⁵ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “As novíssimas empresas públicas...”, cit., p. 57.

¹⁰⁶ Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 37.º do RSPE, “[e]ntende-se por função accionista o exercício dos poderes e deveres inerentes à detenção das participações representativas do capital social ou estatutário das empresas públicas, bem como daquelas que por estas sejam constituídas, criadas ou detidas”.

actividade, aprovação essa que é sempre precedida de parecer da Unidade Técnica, que, também ela, carece de aprovação do Ministro das Finanças (artigo 39.º, n.ºs 8 e 9 do RSPE)¹⁰⁷.

Dentro deste controlo governamental cabe ainda a sujeição a autorização do Ministro das Finanças da realização de operações que consistam na prestação de garantias em benefício de outra entidade, independentemente de existir qualquer participação do garante no capital social da entidade beneficiária, e na celebração de todo e qualquer acto ou negócio jurídico do qual resultem para a empresa responsabilidades financeiras efectivas ou contingentes que ultrapassem o orçamento anual (artigo 25.º, n.º 5, do RSEP).

As empresas públicas estão, todas elas, para além disso, submetidas ao controlo da Inspeção-Geral de Finanças, controlo que se destina a aferir da legalidade, economia eficiência e eficácia da sua gestão¹⁰⁸.

Exige-se-lhes, igualmente, particular dever de informação referente à respectiva vida económica e financeira, informação essa a prestar não apenas ao governo, mas, igualmente, ao público em geral (artigos 44.º e 45.º do RSEP).

Saindo, agora, do campo do controlo governamental, diga-se que as EPE, à semelhança do que acontece com as demais empresas públicas, estão sujeitas ao registo comercial, nos termos gerais, “...com as adaptações que se revelem necessárias” (artigo 61.º), sendo que a respectiva denominação deve integrar a expressão “entidade pública empresarial” ou as iniciais “E.P.E.” (artigo 57.º, n.º 2).

Por último, e com maior relevância para o que aqui nos traz, as EPE regem-se pelo direito privado, com as especificidades resultantes do RSPE, dos diplomas legais que procedam à respectiva criação ou constituição e dos respectivos estatutos (artigo 14.º, n.º 1), do que se retira, portanto, que se lhes aplica o direito privado geral e o direito (público ou privado) aplicável às entidades empresariais privadas¹⁰⁹. Dito de outra forma, ser-lhes-á

¹⁰⁷ Para se perceber esta verdadeira gincana burocrática contida no artigo 39.º do RSEP, em que o *el dorado* do privado se vê pejado de preocupações de direito (e interesse) público, lançamos mão do esquema traçado por Coutinho de Abreu: “o ministro do setor define objetivos e emite orientações (n.º 4); a DGTF remete essas orientações e objetivos à empresa para que esta elabore propostas de planos de atividades e orçamento para o exercício seguinte (n.º 6); estas propostas são analisadas pela UT, que produz relatório dirigido ao ministro das finanças (n.ºs 7 e 8); este relatório, depois de aprovado pelo ministro das finanças, ‘acompanha as propostas de plano de atividades e orçamento, que não produzem quaisquer efeitos até à respetiva aprovação pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do setor de atividade’ (n.º 9). ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “As novíssimas empresas públicas...”, cit., p. 60.

¹⁰⁸ Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, cit., p. 350. Isto para além de estarem sujeitas à jurisdição e ao controlo exercido pelo Tribunal de Contas, conforme resulta do artigo 25.º, n.º 1, do RSPE.

¹⁰⁹ Cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “As novíssimas empresas públicas...”, cit., p. 59.

aplicável “...todo o direito normalmente aplicável às empresas privadas – o que inclui o direito privado, é certo, mas também aquela parte do direito público que versa especificamente sobre a actividade económica das empresas privadas (Direito Fiscal, Direito Processual Civil, Direito Penal Económico, etc.)”¹¹⁰.

Mas, ressalve-se, esta aplicação do Direito Privado não é uma aplicação *tout court*, na exacta medida em que a mesma está sujeita a uma série de vinculações de direito público. Trata-se, pois, como já ficou visto, do Direito Privado Administrativo.

5. O regime de emprego nas entidades públicas empresariais

A actividade das empresas públicas – no que, logicamente, se incluem as EPE – é então, como vem de se dizer, regida pelo Direito Privado. E essa atracção por este ramo de direito leva a que também as relações laborais por elas estabelecidas escapem à lógica do Direito Público – Direito da Função Pública – indo antes buscar cobertura no Direito do Trabalho.

A lógica será a de que as empresas públicas, para conseguirem manter ao seu serviço pessoal devidamente qualificado para as funções a, aí, exercer, têm de poder oferecer condições pelo menos idênticas àquelas que se praticam no mercado de trabalho, o que, a não ser possível, provocaria uma “debandada geral, porque os vencimentos do funcionalismo público são inferiores a esses”¹¹¹.

Esta “fuga para o Direito Laboral” não é nova. Na verdade, como se disse, já o Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969, fazia aplicar, no seu artigo 11.º, n.º 2, o regime do contrato individual de trabalho às empresas públicas¹¹². No entanto, há que salientar que o Decreto-Lei n.º 260/76, não obstante estabelecer, no n.º 1 do artigo 3.º, que as empresas públicas seriam regidas pelo que nesse mesmo diploma se estipulava, pelos

¹¹⁰ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, cit., p. 354.

¹¹¹ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, cit., p. 353.

¹¹² Antes da entrada em vigor dessa norma, tudo dependia do que estabelecessem os estatutos das empresas. Assim, estes, ou remetiam pura e simplesmente para o regime do contrato individual de trabalho (como era o caso da Administração-Geral do Alcool, criada pelo Decreto-Lei n.º 47338, de 24 de Novembro de 1966); ou remetiam para o regime do contrato de trabalho com adaptações às características de serviço público explorado pela empresa (era o caso da Telefones de Lisboa e Porto, criada pelo Decreto-Lei n.º 48007, de 26 de Outubro de 1967); ou faziam aplicar o regime jurídico do funcionalismo público, com as adaptações necessárias face à actividade da empresa (caso da Caixa Geral de Depósitos, criada pelo Decreto-Lei n.º 48953, de 5 de Abril de 1969); ou criavam regimes privativos especiais, de natureza jurídico-pública, a aprovar por Portaria (caso da CTT – Correios e Telecomunicações de Portugal, criada pelo Decreto-Lei n.º 49368, de 10 de Novembro de 1969. Sobre a questão vide, de forma mais detalhada, LOURENÇO, José Acácio, *As Relações de Trabalho nas Empresas Públicas*, Coimbra Editora, 1984, pp. 53-57.

respectivos estatutos e, subsidiariamente, pelo direito privado, previa, no n.º 2 desse mesmo artigo, que estatutos das empresas que explorassem serviços públicos, assegurassem atividades que interessassem fundamentalmente à defesa nacional ou exercessem a sua actividade em situação de monopólio poderiam submeter certos aspectos do seu funcionamento a um regime de direito público bem como conceder-lhes especiais privilégios ou prerrogativas de autoridade. Ou seja, fazia-se uma distinção entre dois tipos de empresas públicas quanto ao seu regime jurídico: um grupo, o maior, em que imperava o direito privado e um outro, justamente constituído por empresas nas situações acabadas de assinalar, cujos estatutos poderiam estabelecer um regime típico de direito público em que pontuavam os ditos privilégios especiais e prerrogativas de autoridade¹¹³. Por assim ser, e quanto ao regime de pessoal, previa-se que para as empresas deste segundo grupo poderia ser estabelecido um regime de direito administrativo baseado no Estatuto do Funcionalismo Público, com as adaptações que se mostrassem necessárias em face da natureza específica da actividade de cada empresa¹¹⁴.

Mas, retenha-se, a regra era a aplicação do regime do contrato individual de trabalho, à semelhança do que sucedia com as empresas privadas.

A legislação que sucedeu, entretanto, ao Decreto-Lei n.º 260/76 - mais concretamente o RSEE e o actual RSPE - acentuou essa regra, no sentido em que apenas previu a aplicação do regime jurídico do contrato individual de trabalho, afastando, portanto, a possibilidade do regime mitigado que antes se permitia¹¹⁵. Assim, na dualidade de formas que, desde aí, a empresa pública passou a conhecer – empresas com forma societária e EPE – o regime laboral é o mesmo¹¹⁶.

Nessa linha, o regime jurídico de pessoal das empresas públicas é o regime geral aplicável aos trabalhadores das empresas privadas, tal como a tributação a que os mesmos estão sujeitos é a mesma que incide sobre os trabalhadores do sector privado.

O certo, porém, é que, não obstante essa peremptória remissão para o Código do Trabalho, o RSPE prevê, no artigo 18.º, uma série de situações em que se aplica aos trabalhadores das entidades públicas empresariais, empresas públicas de capital exclusiva ou maioritariamente público e entidades do sector empresarial local ou regional, o regime

¹¹³ Cfr. MONCADA, Luís Cabral de, *A empresa pública...*, cit., pp. 35-38.

¹¹⁴ Cfr. artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 260/76.

¹¹⁵ Cfr. o artigo 16.º do RSEE e o 17.º do RSPE.

¹¹⁶ Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, cit., p. 355.

previsto para os trabalhadores em funções públicas em matéria de: (i) subsídio de refeição e abono de ajudas de custo e transporte por deslocações em território português e ao estrangeiro; (ii) retribuição devida por trabalho suplementar; (iii) retribuição devida por trabalho nocturno.

Ou seja, aplica-se o regime do contrato individual de trabalho, *ma non troppo*...

Deve dizer-se, também – o que se desenvolverá na parte III do presente estudo – que as EPE, fazendo parte integrante da Administração Pública, não podem recrutar pessoal com a liberdade com que o faz uma empresa privada. Na verdade, e parafraseando Hartmut Maurer, “a Administração dispõe das formas de direito privado, mas não da liberdade e das possibilidades da autonomia privada”¹¹⁷. Assim, mesmo que se defenda que a contratação de pessoal nas EPE não está sujeita à regra do concurso que decorre do artigo 47.º, n.º 2, da CRP, sempre terão de ser observados, nessa contratação, os princípios que regem a actividade administrativa, designadamente os da igualdade de oportunidades, da imparcialidade, da boa-fé e da publicidade¹¹⁸.

Mas o que é certo é que, não obstante essas matizes de Direito Público, há que fazer, por força da lei, e para o que aqui importa considerar, uma distinção entre trabalhadores em funções públicas – aos quais se aplica o regime do contrato de trabalho em funções públicas, actualmente contido na LTFP – e os trabalhadores das EPE aos quais é aplicável o regime do contrato individual de trabalho. São, pois, todos trabalhadores da Administração Pública, mas com regimes laborais distintos.

¹¹⁷ MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8.ª Ed., Munique, C.H. Beck, 1992, p. 33 *apud* MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 284.

¹¹⁸ É assim que, por exemplo, o Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro – diploma que procedeu à transformação dos Hospitais S.A. em EPE – estabelece, no n.º 4 do artigo 14.º que “[o]s processos de recrutamento devem assentar na adequação dos profissionais às funções a desenvolver e assegurar os princípios da igualdade de oportunidades, da boa fé, da não discriminação, bem como da publicidade, excepto em casos de manifesta urgência, devidamente fundamentada”.

PARTE II

A LABORALIZAÇÃO DO EMPREGO PÚBLICO

1. Laboralização do emprego público. Aspectos gerais

A deriva da Administração Pública para o Direito Privado não se deu só ao nível das empresas públicas. Com efeito, uma das formas que pode assumir a privatização da Administração Pública passa pela privatização do direito regulador da Administração, a qual se pode traduzir, entre o mais, na submissão das relações laborais (à partida públicas) ao direito privado¹¹⁹.

Na verdade, à semelhança do que se passa noutras parcelas da actividade administrativa, também o emprego público tem conhecido uma tendencial aproximação ao Direito do Trabalho, com o anunciado fito de conferir uma maior eficiência e eficácia à Administração Pública, de ajustar a dimensão desta mercê da privatização de algumas das tarefas tradicionalmente levadas a cabo pelo Estado e, *last but not least*, de adaptar o seu funcionamento à actual realidade tecnológica¹²⁰. Tudo isto claro, com o bónus de, por essa via, se lograr uma redução da despesa pública, para a qual, como vem sendo reiteradamente anunciado, em muito contribui o funcionalismo público.

Sustenta-se, para tanto, que inexistem razões para diferenciar os trabalhadores afectos à Administração Pública dos trabalhadores do sector privado, para além de que se trata de recursos humanos que devem ser geridos da melhor forma, independentemente da natureza jurídica do ente para que exercem a sua actividade laboral. No fundo, diz-se, não

¹¹⁹ Saliente-se, contudo, que a própria privatização da relação jurídica de emprego na Administração Pública pode assumir diferentes formas. Assim, pode decorrer, desde logo, da transformação de um serviço público num organização pública submetida ao direito privado ou numa organização privada, passando o respectivo pessoal a estar abrangido pelo Direito do Trabalho. Pode, por outro lado, traduzir-se na adopção, ao nível da Administração Pública, do contrato de trabalho como forma de constituição de relações jurídicas de emprego, passando o pessoal contratado por essa via a coexistir com aquele outro que fica sob a alçada do direito público. Pode, se levada ao extremo, consubstanciar-se na substituição do direito público pelo direito privado, passando a aplicar-se apenas, portanto, o direito laboral. Cfr. VIANA, Cláudia, “O Conceito de funcionário público – tempos de mudança?”, *Revista de Estudos Politécnicos*, Vol. 5, n.º 8, 2007, p. 11.

¹²⁰ Cfr. FERNANDES, Francisco Liberal, “A flexibilidade como novo modo de ser da relação de emprego público: necessidade ou estratégia de domínio?”, *As reformas do Sector Público: perspectiva ibérica no contexto pós-crise*, Instituto Jurídico, 2015, p. 286

existem, a este nível, razões para diferenciação entre público e privado, pelo que a tendência será para a uniformização dos dois regimes¹²¹.

Se parece inatacável que a adopção, ao nível das relações de emprego público, de instrumentos próprios do direito laboral contribui para a redução da despesa pública, para o que é determinante quer a flexibilização das condições de emprego e de trabalho, sobretudo no que tange às novas formas de extinção dos contratos de trabalho, já é duvidoso que a qualidade, eficiência e eficácia da Administração Pública tenha, necessariamente, de ser conseguida à luz de instrumentos de direito privado, sobretudo se tivermos em consideração que a eficiência, a economicidade e a celeridade são princípios por que se deve reger toda a actividade administrativa, como resulta do n.º 1 do artigo 5.º do Código do Procedimento Administrativo.

De todo o modo, a *vox populi*, actualmente, associa o público a incompetência, ineficiência e despesismo e a panaceia apontada para tais males vem a ser, justamente, o recurso ao direito privado¹²². A laboralização da função pública é, assim, um fenómeno cada vez mais presente entre nós, como o demonstram as alterações legislativas que têm vindo a ser introduzidas ao nível da regulamentação da relação jurídica de emprego público.

2. Evolução do emprego público

2.1. Do oficial público ao funcionário público. A concepção clássica de emprego público.

Partindo do conceito que temos hoje de Administração Pública, enquanto conjunto vasto e complexo de actividades e organismos que existe e funciona para a satisfação das necessidades públicas, podemos afirmar que no período medieval aquilo que se designava por “administração” não tinha um tal alcance. Com efeito, mercê da própria estrutura da relação feudal e, por via dela, da inexistência de necessidades comuns à colectividade, não pode falar-se, aí, de prossecução racionalizada de interesses dessa colectividade como um todo¹²³. A sociedade feudal assentava, na verdade, em relações de natureza pessoal, de servidão pessoal, de sorte que, no limite, importava mesmo o desaparecimento do Estado

¹²¹ Cfr. MAÇÃS, Maria Fernanda, “A relação jurídica de emprego público: tendências actuais”, *Novas Perspectivas de Direito Público*, IGAT, 1999, p. 3.

¹²² MOURA, Paulo Veiga e, *A Privatização da Função Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 332.

¹²³ Cfr. GARCIA, Maria da Glória Dias, *Da Justiça Administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*, Lisboa, 1994, p. 30.

soberano¹²⁴. O poder encontrava-se disseminado, “pulverizado”, por múltiplos centros, circunstância que, aliás, é tida como característica essencial do período medieval, e que se torna possível pelo facto de esse mesmo poder ser visto como um bem que integrava o património pessoal do Monarca, o qual podia doá-lo, global ou parcialmente, ou dividi-lo em herança¹²⁵. A “administração”, vem pois, apenas a ser administração desse património e não, portanto, de quaisquer necessidades colectivas. Os ofícios públicos eram, assim, também eles, criados essencialmente com vista a essa administração, assim considerada, à realização da justiça e à defesa do território^{126 127}.

O oficial público era um servidor do Monarca, estabelecendo-se entre ambos uma relação de fidelidade ou “quase-familiar”, por mor da qual o primeiro devia, em todos os momentos, servir fielmente o segundo por forma a não perder o benefício da sua graça. Se na sociedade feudal o exercício da autoridade do soberano e as relações deste com os súbditos obedecia a um esquema de relações individualizadas de cariz essencialmente privado, a atribuição de ofícios públicos não escapava a essa mesma natureza. Na verdade, não havia, neste período, uma concepção dos ofícios como um conjunto abstracto de competências de que os oficiais não eram donos mas, puramente, servidores. Pelo contrário, o oficial régio tinha um direito de natureza real sobre o cargo que possuía, o que lhe permitia dispor dele livremente, inclusivamente através de sucessão mortis causa¹²⁸.

Diga-se que, num momento inicial, a atribuição de cargos públicos assumia um carácter gracioso, visando, essencialmente, recompensar alguém por serviços prestados ao monarca ou pela ajuda na conquista de território. De todo o modo, esse elemento gracioso veio, com o passar do tempo, a perder relevância, na exacta medida em que a nomeação para ofícios públicos passa a ter um fito essencialmente patrimonial. Com efeito, a busca de proventos para a coroa, obtidos à base da alienação desses ofícios, seja por venda, seja por arrendamento ou subarrendamento, passou a ser o elemento primordial, de tal ordem

¹²⁴ Cfr. PARAIN, Charles/VILAR, Pierre/SOBOUL, Albert e outros, *El Feudalismo*, Editorial Sharpe, Madrid, 1985, p. 25.

¹²⁵ Cfr. GARCIA, Maria da Glória Dias, *Da Justiça Administrativa...*, cit., p. 30.

¹²⁶ Cfr. MOURA, Paulo Veiga e, *A Privatização da Função Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 19.

¹²⁷ Sobre os ofícios públicos em Portugal neste período vide HOMEM, Armando Luís de Carvalho, “Subsídios para o Estudo da Administração Central no Reinado de D. Pedro I”, *Revista de História*, n.º 1, FLUP, Porto, 1978, pp. 39-88, e CAETANO, Marcello, “História da Administração Central, Local e Corporativa”, *Estudos de História da Administração Pública Portuguesa*, Organização de Freitas do Amaral, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, pp. 317-337.

¹²⁸ Cfr. GARCIA-MARÍN, José Maria, *El oficio Público en Castilla durante la Baja Edad Media*, INAP, Madrid, 1987, pp. 27-33.

que muitas vezes não se olhava, sequer, à idoneidade do recipiendário para o exercício do cargo cedido¹²⁹.

Esta “patrimonialização” dos ofícios conheceu o seu expoente máximo com o Estado Moderno e com a nova forma de ver o poder que aí se alicerçou. É que, fruto, em grande parte, das teorias de Nicolau Maquiavel, Thomas Hobbes, Jacques Bossuet e Jean Bodin, surgiram as noções de Estado e de soberania, e o poder real passou a ser tido como provindo directamente de Deus, o que, conseqüentemente, fez do monarca o representante de Deus na terra. Ungido e sagrado por graça divina, cabia-lhe promover o bem-estar dos súbditos tendo presentes os interesses do Estado. Assim, se, como se disse há instantes, no período feudal a administração tinha como objectivo principal a promoção da justiça e a defesa do território, no Estado Absoluto passa a existir, também, a necessidade de realização da Polícia, justamente em ordem à manutenção da paz social¹³⁰. É esta nova necessidade, aliada à centralização do poder real que é a marca do Estado Absolutista, que conduz à multiplicação dos ofícios públicos.

De todo o modo, a dita patrimonialização dos ofícios públicos, se comportava essa inegável vantagem para a coroa e se, bem assim, contribuiu para a construção do aparelho administrativo estatal, permitiu, paradoxalmente, uma degradação da ideia de Estado. Com efeito, o poder público estava, em grande parte, nas mãos dos oficiais, os quais, no exercício das funções que lhes estavam cometidas, sobrepunham os seus interesses aos interesses da colectividade, nomeadamente por cobrarem pelos serviços que prestavam, o que, portanto, resultava numa mescla de interesses públicos e privados que pouco ou nada contribuía para a dignificação e o prestígio do Estado¹³¹.

Em ordem a obviar a essa disseminação do poder, a coroa passou, em determinado momento, a recorrer aos comissários, delegados do rei nas províncias que eram por este

¹²⁹ Cfr. GARCIA-MARÍN, José Maria, *El oficio Público en Castilla...*, cit., p. 32. Quanto a este aspecto, vide, também, SILVA, Francisco Ribeiro da, “A Hereditariedade dos Ofícios Públicos em Portugal nos Séculos XVI e XVII. Alguns Aspectos”, *Sep. da Revista de História do Centro de História da Universidade do Porto*, Vol 8, 1988, p. 203. É de notar que a patrimonialização dos ofícios não servia apenas os interesses da Coroa. Na verdade, os burgueses então em ascensão viam no acesso aos ofícios públicos, transmissíveis hereditariamente, um chamariz para mesclar a respectiva descendência, por via matrimonial, com a nobreza e de, por essa via, engrandecer o seu estatuto. Cfr. CASSESSE, Sabino, *L’ideale di una buona amministrazione; principio del mérito e stabilità degli impiegati*, acesso em 28/06/2016, disponível em http://ssai.interno.it/download/allegati/instrumenta_31_02_cassese.pdf, p. 38.

¹³⁰ Cfr. MOURA, Paulo Veiga e, *A Privatização...*, cit., p. 20.

¹³¹ Cfr. GARCIA, Maria da Glória Dias, *Da Justiça Administrativa...*, cit., p. 148 e MOURA, Paulo Veiga e, *A Privatização...*, cit., p. 23.

livremente nomeados e destituídos. Ou seja, não havia já aqui perpetuidade no cargo, cessando o exercício do mesmo com a revogação da comissão, com a morte do rei ou com a do comissário¹³².

Durante o Séc. XVIII surgiu, em França, a figura dos *ingénieurs*, recrutados por concurso e aos quais, num corte com aquela que era a realidade até aí, se reconheceram algumas garantias de carreira, por forma a tornar a profissão mais atractiva. O prestígio alcançado por este grupo de servidores públicos e as crescentes funções que lhes foram sendo atribuídas contribuíram, em muito, para o declínio dos ofícios e, de outra banda, estão na génese da figura dos funcionários públicos¹³³.

Há que salientar, porém, que nesta altura, o esquema de relações de trabalho público era, ainda, enquadrado no âmbito do direito privado, sendo tais relações estabelecidas, mediante contrato de direito comum, numa primeira fase com o príncipe e, mais tarde, com a ficcionada figura do Fisco¹³⁴.

A esta concepção privatística do trabalho público opôs-se a teoria política do emprego público, que considerava que todos os aspectos da função pública eram fixados de forma unilateral pelo Estado, de sorte que o agente ficava numa relação de total submissão àquele, como que numa relação de serviço obrigatório¹³⁵. Aliás, neste sentido apontava, igualmente, a concepção hegeliana de emprego público, que configurava a aquisição da condição de funcionário como uma consequência da decisão do soberano para a qual pouco ou nada relevava o consentimento do particular. Para aquele filósofo - que afastava, por completo, a este nível do trabalho público, qualquer possibilidade de relação contratual entre um particular e o Estado - o funcionário abdicava da satisfação das suas necessidades individuais, subjectivas, que se diluíam no interesse geral. Era no cumprimento do dever, e aí apenas, que poderia encontrar satisfação¹³⁶.

Fruto dessas concepções, o emprego público - que era até aí, como se disse, olhado à luz dos institutos próprios do direito privado -, passou a ser regido pelo direito administrativo, justamente por se considerar que não havia, na relação que se estabelecia

¹³² MOURA, Paulo Veiga e, *A Privatização...*, cit., p. 23.

¹³³ Cfr. MOURA, Paulo Veiga e, *A Privatização...*, cit., p. 24.

¹³⁴ Cfr. FERNANDES, Francisco Liberal, *Autonomia Colectiva dos Trabalhadores da Administração Pública*. Crise do modelo clássico de emprego público, Coimbra, 1995, p. 73.

¹³⁵ Cfr. FERNANDES, Francisco Liberal, *Autonomia Colectiva...*, cit., p. 75.

¹³⁶ HEGEL, Georg Friedrich, *Principes de la Philosophie du Droit*, Tradução de André Kaan, Éditions Gallimard, 1940, pp. 293-294.

entre o particular e o Estado, posições paritárias, mas antes, sim, uma posição de desigualdade que subjugava aquele à Administração. E aqui, justamente em face desta natureza específica ou especial da relação de emprego público, surgiu acesa contenda doutrinal quanto à natureza jurídica dessa relação, mais concretamente quanto à questão de saber se deveria aí ver-se uma relação contratual de direito público ou, antes, deveria a mesma ser tida como o culminar de um procedimento administrativo em que o consentimento do particular consubstanciava um mero trâmite que, se bem que importante, não traduzia uma declaração contratual.

Do lado dos defensores da doutrina unilateralista destacava-se Otto Mayer, que recusava a ideia de que Administração se poderia rebaixar ao nível dos seus súbditos – e que, portanto, recusava a ideia do contrato de direito público – razão pela qual considerava que o acto administrativo era suficiente para a constituição do vínculo com o Estado, não passando o consentimento – que poderia ser expresso ou tácito - de uma condição para a validade do acto¹³⁷. O acto de nomeação era, para Otto Mayer, um acto de submissão. Na mesma linha, Hauriou afirmava que o recrutamento dos funcionários era feito através de uma decisão executória unilateral, emitida por uma entidade autoridade administrativa, sendo que o consentimento do particular, não obstante imprescindível para a formação do vínculo de emprego público, consubstanciava um mero acto de adesão e não uma declaração contratual¹³⁸.

Já os defensores da doutrina contratualista, de entre os quais ressaltam Laband e Jellinek, entendiam que o consentimento do particular era essencial à formação do vínculo, e que, nessa medida, esse consentimento tinha valor idêntico à declaração da Administração. Havia, pois, um encontro de vontades, do qual decorriam obrigações recíprocas para ambas as partes, o que tudo resultava num contrato, ainda que um contrato administrativo, quer em face da natureza jurídica de um dos contraentes quer por estar em causa a realização do interesse geral¹³⁹.

¹³⁷ Sendo que, para Otto Mayer, a pessoa nomeada não podia, simplesmente, recusar essa nomeação, antes tendo de impugnar o acto, acto esse que continuava a produzir os seus efeitos até que fosse revogado ou anulado. Cfr. MAYER, Otto, *Le Droit Administratif Allemand*, Tome Quatrième, V. Girard & E. Briere, Paris, 1906, p. 47.

¹³⁸ HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 8.^a Ed., Recueil Sirey, Paris, 1914, p. 623.

¹³⁹ Cfr. FERNANDES, Francisco Liberal, *Autonomia Colectiva...*, cit., p. 76.

Surgiu, mais tarde, a meio caminho entre as doutrinas unilateralista e contratualista, uma outra teoria, que via o acto de nomeação como um acto administrativo bilateral, ou seja, num acto único constituído pelas declarações da Administração e do particular. Nesta medida, se bem que era negada a natureza contratual do vínculo, atenta a desigualdade das partes, colocava-se a declaração do particular no mesmo plano do acto administrativo proferido (afastando-o, portanto, do acto de submissão ou do acto de adesão defendidos pela doutrina unilateralista)¹⁴⁰.

A concepção clássica do emprego público assentava em pressupostos que o afastavam, marcadamente, do regime de emprego privado. Efectivamente, e desde logo, no confronto entre o facto de se tratar de trabalhadores que, concomitantemente, o eram por conta de outrem, mas, também, como parte integrante de organismos através dos quais era exercida a autoridade pública, dava-se primazia a este último aspecto. Desta forma, todos os aspectos do vínculo de emprego público eram regulados unilateralmente pelo Estado e os interesses do agente eram secundarizados (se não mesmo obliterados) pelo interesse geral. O agente surgia, na realidade, como um mero servidor dos fins do Estado, sendo a sua actividade caracterizada como uma pura actividade administrativa, de sorte que acabou por ser privado da qualidade de trabalhador¹⁴¹.

Por outro lado, o agente era visto como um órgão da Administração. Na expressão de Hauriou, “os simples agentes são também eles órgãos”¹⁴², pelo que a respectiva actividade era tida como proveniente, de forma directa, do próprio ente público¹⁴³. A relação do agente com a administração era uma relação de especial dependência hierárquica, definida, como se disse, de forma unilateral, por via legal e regulamentar¹⁴⁴. Esta circunstância conduziu a que o estatuto do funcionário fosse definido pelo facto de este ser membro de uma estrutura do Estado e não pelo critério da profissionalidade. Ou seja, é esta a razão de ser do estatuto legal e regulamentar do funcionário público.

Essa concepção organicista do agente público não lhe retirava, note-se, importância. Pelo contrário, o papel por ele desempenhado era tido como assaz relevante, tanto mais

¹⁴⁰ Cfr. FERNANDES, Francisco Liberal, *Autonomia Colectiva...*, cit., p. 77-78.

¹⁴¹ Cfr. FERNANDES, Francisco Liberal, *Autonomia Colectiva...*, cit. p. 86.

¹⁴² HAURIU, Maurice, *Précis de Droit Administratif...*, cit, p. 620.

¹⁴³ O próprio termo “funcionário” tende a expressar essa circunstância, ou seja, o exercício de funções públicas, nomeadamente as de autoridade. Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, “Administración y Función pública”, *Documentación Administrativa*, n.º 243 (Sep.-Dic. 1995), p. 79.

¹⁴⁴ Cfr. VIANA, Cláudia, “O conceito de Funcionário Público – tempos de mudança”, cit, p. 8.

que participava no exercício da autoridade e da soberania estadual. Aliás, fruto da política não intervencionista própria do Estado Liberal, as funções dos agentes do Estado estavam ligadas, exclusivamente, ao exercício dessas autoridade e soberania. Por isso, e durante muito tempo, o regime dos agentes do Estado constituiu um padrão invejado pelos trabalhadores do sector privado.

Depois, defendia-se uma total desigualdade das partes que, também por aí, afastava o trabalho público do trabalho privado e, aliás, da lógica do contrato. Os direitos e deveres do Estado e do agente não eram recíprocos. Na verdade, e em bom rigor, o Estado tinha todos os direitos e o agente todos os deveres¹⁴⁵. O Estado intervinha sempre no âmbito do Direito Público e munido do seu *ius imperii*, pelo que era negado ao particular qualquer poder de conformação do conteúdo da relação que com aquele estabelecesse¹⁴⁶. E assim, mesmo as regalias concedidas aos agentes em face da actividade que exerciam, designadamente de natureza pecuniária, não o eram com vista à realização dos interesses destes, mas, sim, em ordem à salvaguarda da função desempenhada e, em geral, da missão conferida ao Estado de prossecução do interesse geral¹⁴⁷. A natureza da actividade do agente tinha, ao contrário do que sucedia no sector privado, cariz não patrimonial, antes um carácter essencialmente ético¹⁴⁸, e a retribuição que lhe era paga assumia a natureza de uma prestação alimentar, ou mesmo de uma indemnização, e não de uma contraprestação pelo trabalho prestado.

2.2. Da crise da concepção clássica de emprego público à laboralização da função pública

O modo clássico de ver o emprego público, a que vem de se fazer referência, foi entrando em crise. Para isso contribuiu, desde logo, o diluir da resistência que se fazia à figura do contrato nos domínios do Direito Administrativo. Na verdade, por força do já aludido aumento das tarefas a cargo da Administração, as vestes de autoridade com que

¹⁴⁵ CASSESSE, Sabino, *Las Bases del Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994, p. 201.

¹⁴⁶ Cfr. FERNANDES, Francisco Liberal, *Autonomia Colectiva...*, cit., p. 95. Os deveres do funcionário não tinham limite de tempo nem de intensidade, pois estavam ligados ao bom funcionamento do serviço. Nessa medida, aquele estava obrigado a assumir todas as tarefas que a satisfação das necessidades do serviço impusesse. Cfr. PARADA VÁSQUEZ, Ramón, “Empleo Público y Globalización de la Economía”, *Documentación Administrativa*, n.º 243, 1995, p. 32.

¹⁴⁷ Cfr. DUGUIT, Léon, *L'État, Les Gouvernants et les Agents*, Thorin et Fils, Paris, 1903, p. 557.

¹⁴⁸ O que explicava que o dever de fidelidade constituísse a principal obrigação do agente, dever esse que se estendia à esfera da sua vida privada.

esta se apresentava não se revelavam adequadas para o exercício da actividade de prestação que então se lhe pedia. Havia, pois, que procurar “...um novo estilo de administração, mais marcado pela participação dos particulares e por uma maior procura de consenso, flexibilização e particularização das decisões”¹⁴⁹. Por outro lado, essa nova faceta do Estado conduziu também a um período de grandes obras públicas, que a Administração Pública não se atreveu a realizar, sobretudo por força da sua depauperada condição financeira¹⁵⁰. O contrato de concessão surgiu, pois, aí, como uma forma de prosseguir o interesse público, traduzindo-se num fenómeno de substituição do Estado por particulares na realização de tarefas de serviço público¹⁵¹.

Para além dessa nova forma de agir administrativo, o próprio movimento de fuga para o direito privado, a que já nos referimos, contribuiu para um outro olhar relativamente ao emprego público. Na verdade, a nova Administração que então se apresentava, intervencionista, passa a adoptar critérios de tipo empresarial para a organização e a gestão do trabalho público, como o fito de aumentar a eficácia e a rentabilidade do seu aparelho¹⁵². E esses critérios vai buscá-los, justamente, ao Direito Privado, do qual, cerca de um século antes, tinha afastado, quase totalmente, a sua actividade.

Mas se esses factores, de natureza mais genérica, dizemos nós, ajudaram a uma nova visão do emprego público, o certo é que as próprias condições de trabalho, quer no Estado quer no sector privado, sofreram alterações drásticas. Com efeito, à Administração que, como se referiu, se dedicava, quase exclusivamente, a assegurar funções de autoridade e soberania, sucedeu-se uma Administração que a par dessas, passou a garantir uma miríade de outras, designadamente de prestação de serviços e de produção de bens¹⁵³. E essa circunstância conduziu a que o número de servidores do Estado aumentasse também ele exponencialmente, não já para o desempenho das ditas funções de polícia, próprias do Estado Liberal, mas sim para outras que pouco ou nada se distinguem daquelas que eram

¹⁴⁹ CORREIA, Sérvulo, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, p. 383.

¹⁵⁰ Cfr. ESTORNINHO, Maria João, *A Fuga para o Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 43.

¹⁵¹ Cfr. GONÇALVES, Pedro, *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 47-48.

¹⁵² Cfr. FERNANDES, Francisco Liberal, *Autonomia Colectiva...*, cit., pp. 14-15.

¹⁵³ De acordo com Vicente Gonzalez-Haba Guisado, o funcionário passou a ser empregado de um patrão que cada vez menos se apoia em méritos, qualidades e atribuições especiais, passando a sê-lo de um Estado que pratica actividades ordinárias, tais como comprar, vender, abastecer, comercializar, gerir, investigar, actividades essas em que as entidades públicas, por imperativo legal, surgem como um qualquer privado. Cfr. GUIASADO, Vicente Gonzalez-Haba, “La Nueva Imagen del Funcionario Público”, cit., p. 55.

exercidas nas empresas privadas. Ou seja, a particularidade do estatuto legal e regulamentar do funcionário público, aquilo que o distinguia do trabalhador do sector privado, mais concretamente a natureza das funções exercidas, deixa de fazer-se sentir com tanta veemência, se não para todos, pelo menos para grande parte dos agentes públicos, o que franqueia as portas à discussão sobre a delimitação dos trabalhadores que devem estar sujeitos a um estatuto de direito público.

De outra banda, agora do lado do sector privado, assiste-se a enormes desenvolvimentos ao nível da legislação social, no sentido da protecção dos trabalhadores face à voracidade do sistema capitalista. O contrato colectivo de trabalho surge como forma de compensar a debilidade do trabalhador na negociação das condições de trabalho e, concomitantemente, de uniformizar o regime laboral das categorias profissionais, contribuindo para a universalização da tutela laboral e para a estabilidade e progressão global do estatuto dos trabalhadores¹⁵⁴. Para além disso, multiplicaram-se as grandes empresas privadas, as quais, se por um lado iam beber à Administração aquilo que esta tinha de positivo no que concerne à organização dos seus recursos humanos, designadamente o sistema de quadros e carreiras, não estavam, por outro lado, sujeitas aos mesmos espartilhos que aquela no que tange ao recrutamento, à promoção e à remuneração dos respectivos trabalhadores.

É assim que o agente da Administração, que, nos seus tempos áureos, fora alvo da admiração e da inveja dos trabalhadores do sector privado passou a ser olhado como um desfavorecido face a estes, o que conduziu a que fossem agora os trabalhadores do Estado a reclamar vantagens e direitos idênticos àqueles de que gozavam os restantes trabalhadores.

O contrato de trabalho de direito público salta, então, do plano doutrinário em que gravitava para o mundo real, e passam a aplicar-se, no âmbito da relação jurídica de emprego público, princípios e normas oriundas do Direito do Trabalho, designadamente referentes aos direitos fundamentais dos trabalhadores¹⁵⁵ (como por exemplo a liberdade de trabalho, a liberdade sindical, o direito à contratação colectiva e o direito à greve). Mais concretamente, o agente da Administração passa a ser titular de verdadeiros direitos

¹⁵⁴ Cfr. RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho*, 3.º Vol., Almedina, Coimbra, 2012, p. 195.

¹⁵⁵ Cfr. FERNANDES, Francisco Liberal, *Autonomia Colectiva...*, cit., pp. 96-97.

subjectivos, contrapostos aos interesses daquela. Não se trata já de uma extensão da Administração, de um órgão administrativo, mas de um verdadeiro trabalhador que coloca a sua capacidade produtiva ao serviço de uma entidade pública, mediante uma retribuição que lhe permite fazer face às suas necessidades individuais e às da sua família¹⁵⁶.

Mas não foram só as nobres razões de defesa dos direitos dos trabalhadores que conduziram à alteração da visão sobre a relação de emprego público. Na verdade, com o passar dos tempos, a nova Administração de prestação a que vimos fazendo referência redundou num lento e pesado aparelho administrativo, muitas vezes incapaz de dar resposta às solicitações e problemas que lhe eram colocados, pelo que, à semelhança daquilo a que se assistiu com o movimento de empresarialização, foi também para o Direito Privado, esse eterno *el dorado*, que passou a olhar-se em busca da eficácia e eficiência perdidas¹⁵⁷. Acrescem, a tudo isto, razões do foro económico, mais concretamente de contenção e mesmo de redução da despesa pública, para a qual se dizia muito contribuir o enorme número de funcionários públicos. Na verdade, estes, fruto do seu estatuto e da estabilidade ao mesmo inerente, só em situações contadas poderiam ver extinto o seu vínculo, pelo que a aproximação ao direito do trabalho, mais flexível no que concerne à cessação dos vínculos laborais, mostrava-se, também por aí, manifestamente sedutora.

Assim, paulatinamente, passa a admitir-se vínculos de natureza privatística, vínculos temporários e a tempo parcial na Administração Pública, procede-se à flexibilização dos regimes de salários, introduz-se a gestão por objectivos, a avaliação do desempenho e alarga-se o conjunto de causas de cessação dos vínculos de emprego público¹⁵⁸.

Assiste-se, pois, a uma evidente aproximação entre os regimes de emprego público e privado, sendo o primeiro claramente influenciado pelo segundo, e passando a discussão a centrar-se na questão de saber se faz sentido um estatuto da função pública que distinga os respectivos trabalhadores daqueles do sector privado, e, mais do que isso, se faz sentido a

¹⁵⁶ Cfr. FERNANDES, Francisco Liberal, *Autonomia Colectiva...*, cit., p. 115. De acordo com Sabino Cassesse, no que respeita à subordinação do agente público, nada há que a distinga da subordinação do trabalhador privado ao empresário, estando ambas orientadas para o cumprimento das obrigações do trabalhador e, por aí, à colaboração deste com o empregador em ordem a alcançar os objectivos delineados e desejados por este último. Cfr. CASSESSE, Sabino, *Las Bases del Derecho...*, cit. p. 205.

¹⁵⁷ Cfr. VIANA, Cláudia, “O conceito de Funcionário Público – tempos de mudança”, cit., p. 10.

¹⁵⁸ Cfr. MARTINS, Alda, “A laboralização da função pública e o direito constitucional à segurança no emprego”, *Julgar*, n.º 7, 2009, p. 164.

existência de um regime de trabalho de direito público ou se devem aplicar-se a todos os trabalhadores, indistintamente e independentemente da natureza jurídica da respectiva entidade patronal, as mesmas regras, mais concretamente as do Direito do Trabalho.

Fala-se, assim, por via dessa influência do direito laboral no regime do emprego público, num fenómeno de “laboralização” da função pública, que, em rigor, se insere no movimento mais amplo de privatização da Administração Pública. Trata-se, aqui, da privatização do direito regulador da Administração Pública, ou seja, no caso, da submissão das relações laborais da Administração Pública ao Direito Privado¹⁵⁹.

Esse movimento de laboralização da função pública foi-se verificando, com maior ou menor intensidade, em vários países europeus, designadamente em Portugal, como veremos de seguida, pelo que a visão clássica do funcionário público, tal como vem de ser assinalada, está hoje definitivamente ultrapassada.

3. A laboralização da Função Pública em Portugal

3.1. A Função Pública no quadro da Constituição

3.1.1. A CRP de 1976 e o conceito de trabalhador. Os trabalhadores da Administração Pública

Entre nós, à semelhança do que sucedeu na maior parte dos países europeus, adoptou-se, também, durante um largo período, o modelo clássico da relação de emprego público, segundo o qual, como ficou visto, o Estado não surge como um verdadeiro empregador e o funcionário não é tido como um trabalhador. Na verdade, ainda que temperada por elementos de natureza jus-privatística, *maxime* no que concerne à prestação subordinada de trabalho, essa relação vem a ter como traço principal a circunstância de o funcionário ser visto como parte da Administração, actuando por conta e no interesse desta, desprovido de qualquer autonomia jurídica, diluído na orgânica administrativa (concebido como um próprio órgão da administração) e sem interesses particulares contrapostos aos do Estado.

¹⁵⁹ De acordo com Paulo Otero, a privatização da Administração Pública pode referir-se: (i) à privatização da regulação administrativa da sociedade; (ii) à privatização do direito regulador da Administração; (iii) a privatização das formas organizativas da Administração; (iv) à privatização da gestão ou exploração de tarefas administrativas; (v) à privatização do acesso a uma actividade económica; (vi) à privatização do capital social de entidades empresariais públicas. Cfr. OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, cit., pp. 36-37.

Também por cá, porém, não obstante a *summa divisio* entre direito público e direito privado, houve, ao longo dos tempos, movimentos no sentido da aproximação entre o regime da função pública e o regime laboral, ainda que, sobretudo durante o período do Estado Novo, e mercê da ideologia então dominante, se tenha assistido, primeiramente, a uma tendência de publicização do direito do trabalho e só depois, já com arrimo na Constituição de 1976, a uma laboralização do emprego público¹⁶⁰.

É, na verdade, com a CRP de 1976 e com a consagração, nela, dos direitos fundamentais dos trabalhadores que se inicia o movimento de privatização do emprego público. Efectivamente, o legislador constituinte adoptou, nos artigos 53.º e ss., um conceito de trabalhador que abrange as pessoas físicas que, mediante retribuição, prestam actividade de trabalho sob a autoridade e direcção de outrem¹⁶¹, não fazendo, aí, qualquer distinção entre trabalhadores do sector público e trabalhadores do sector privado. Aliás, no debate estabelecido na Assembleia Constituinte quanto à proposta de redacção do artigo 270.º (actual artigo 269.º), dominou o entendimento de que os direitos constitucionais dos trabalhadores deveriam ser reconhecidos, em igualdade, a todas as pessoas que operavam na sociedade portuguesa, entendimento esse que obteve vencimento na votação então realizada¹⁶². Ou seja, deixa de existir, no que concerne aos direitos dos trabalhadores, a divisão, até então estanque, entre trabalhadores da Administração, sujeitos a um regime de direito público, e demais trabalhadores sujeitos a um regime de direito privado.

Ainda assim, há que referir que a redacção inicial do artigo 270.º referia-se a “funcionários e agentes do Estado”, o que admitia dúvidas quanto ao âmbito da propalada igualdade. Por assim ser, na I Revisão Constitucional, em 1982, a CRP passa a referir-se a trabalhadores e demais agentes do Estado, alteração que teve um duplo significado: por um lado deixa de se estabelecer uma dicotomia estrutural entre funcionários, regidos por um estatuto jurídico especial, e trabalhadores, sujeitos à legislação laboral; por outro lado elimina-se da letra da norma a expressão que, pese embora o sentido da votação da Assembleia Constituinte, poderia amparar qualquer tentativa de não considerar os funcionários públicos como trabalhadores, para efeitos de aplicação dos direitos,

¹⁶⁰ Cfr. RAMALHO, Maria do Rosário Palma, “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral – Breves Notas”, *Estudos de Direito do Trabalho*, Vol I, Lisboa, 2003, pp. 73-74.

¹⁶¹ Cfr. FERNANDES, Francisco Liberal, *Autonomia Colectiva...*, cit., Coimbra, 1995, p. 123.

¹⁶² Cfr. FERNANDES, Francisco Liberal, *Autonomia Colectiva...*, cit., pp. 124-125

liberdades e garantias constitucionais¹⁶³. Está, desta forma, consagrado, ao nível da Lei Fundamental, um princípio de igualdade entre trabalhadores da Administração e trabalhadores do sector privado¹⁶⁴.

À luz da Constituição, devem, pois, ter-se por “trabalhadores da administração pública”, todas as pessoas físicas que, contra uma retribuição, prestam actividade de trabalho sob a autoridade e direcção de uma entidade pública, independentemente do carácter público ou privado do título pelo qual é exercida essa actividade¹⁶⁵.

A forma como o trabalho na (ou para a) Administração Pública foi encarado pelo legislador constituinte abre, também, as portas a que esta possa recorrer a um regime privado de contratação, passando a função pública a ser uma das modalidades possíveis de emprego no sector público, e não, portanto, como até aí, a única. Ainda assim, há actividades para as quais se exige um específico regime institucional e funcional, um regime de função pública, com o estatuto a ele inerente, o que, nessa medida, conduz a que não se possa ver nestes movimentos de laboralização (pelo menos enquanto a Constituição for o que é) um *requiem* pela função pública, não obstante as tentativas, mais ou menos veladas, que num momento ou noutro haja para a liquidar. Efectivamente, e ainda que a função pública venha, ao longo dos tempos, paulatinamente, a transformar-se numa modalidade de emprego público cada vez mais residual, há, para determinadas actividades, uma reserva de administração pública e de função pública que impedem a total extinção do estatuto da função pública¹⁶⁶.

¹⁶³ Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital, CRP - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, Coimbra Editora, 6.^a Edição, 2010, p. 839.

¹⁶⁴ Cfr, neste sentido, FERNANDES, Francisco Liberal, *Autonomia Colectiva...*, cit., p. 121.

¹⁶⁵ VIANA, Cláudia, “O conceito de Funcionário Público – tempos de mudança”, *Scientia Iuridica*, Tomo LVI, n.º 312, 2007, p. 14. Na mesma linha, Ana Fernanda Neves afirma que devem considerar-se trabalhadores da Administração Pública *aqueles que exercem uma actividade para com uma pessoa colectiva pública mediante uma retribuição, independentemente da natureza jus-administrativista ou jus-privatística e do figurino concreto dos respectivos vínculos (título e duração) e regime jurídicos*. NEVES, Ana Fernanda, *O Direito Disciplinar da Função Pública*, Vol. I, Lisboa, 2007, p. 264. Em sentido idêntico, defende Almeno de Sá que “[a] expressão ‘trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas’ terá de interpretar-se no sentido de abranger todas as pessoas que prestam serviço na administração pública, entendida esta no seu mais amplo sentido”. SÁ, Almeno de, *Administração do Estado, Administração Local e Princípio da Igualdade no Âmbito do Estatuto do Funcionário*, Coimbra, 1985, p. 66.

¹⁶⁶ Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital, CRP - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol I, Coimbra Editora, 4.^a Edição, 2007, p. 659 e ss.

3.1.2. Os funcionários e agentes

A CRP, como ficou visto, refere-se, no artigo 269.º, n.º 1, a “trabalhadores da Administração Pública”, mas o certo é que, noutros preceitos, manteve a referência a funcionários e agentes – como sucede com o artigo 22.º, o artigo 199.º, alínea e), o artigo 243.º, n.º 2 e o artigo 271.º -, do que resulta, portanto, que no plano constitucional continuam a existir tais conceitos. A questão estará em saber qual o alcance que lhes deve ser dado.

Como vem sendo apontado pela doutrina, afigura-se algo complexo apresentar um conceito de funcionário público, atendendo quer à discrepância entre o seu sentido vulgar e técnico, quer aos múltiplos critérios com que o mesmo é utilizado no plano do direito positivo¹⁶⁷. Tal dificuldade, aliás, não é apenas portuguesa, na exacta medida em que noutros sistemas jurídicos a regra é a de que, à semelhança do que se passa por cá, existam diferentes conceitos de funcionário consoante o ramo de direito (v.g. administrativo, penal, fiscal) que, em cada momento, se considere¹⁶⁸.

De todo o modo, diga-se, antes de mais, que a distinção que a CRP faz entre funcionários e agentes tem na génese o conceito tradicional de agente administrativo, que engloba “todos os indivíduos que por qualquer título exerçam actividade ao serviço das pessoas colectivas de direito público, sob a direcção dos respectivos órgãos”¹⁶⁹. Esta relação de serviço dos agentes administrativos com as pessoas colectivas públicas podia ser constituída por acto administrativo (nomeação ou requisição), contrato (contrato administrativo de provimento ou contrato de trabalho), assalariamento, eleição e inerência¹⁷⁰.

Dentro da categoria de agentes administrativos, faz-se, depois, ainda na perspectiva tradicional a que vimos aludindo, a distinção entre “agentes funcionários” e “agentes não funcionários”. Assim, englobam-se naquela primeira categoria os “agentes administrativos providos por nomeação vitalícia voluntariamente aceite ou por contrato indefinidamente

¹⁶⁷ Cfr. MOURA, Paulo Veiga e, *Função Pública, Regime Jurídico, Direitos e Deveres dos Funcionários e Agentes*, 1.º Vol, Coimbra, 1999, p. 53 e NEVES, Ana Fernanda, *Relação Jurídica de Emprego Público*, Coimbra Editora, 1999, p. 198 e ss.

¹⁶⁸ Cfr. ROYO-VILLANOVA, Segismundo, “*El concepto de Funcionario y la Relación de Función Pública en el Nuevo Derecho Español*,” *Revista de Administración Pública*, n.º 44, 1964, p. 10.

¹⁶⁹ CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 10.ª Edição (6ª reimpressão), 1999, p. 641.

¹⁷⁰ Cfr. CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 654-661.

renovável, para servir por tempo completo em determinado lugar criado por lei com carácter permanente, segundo o regime legal próprio da função pública”¹⁷¹. A definição de funcionário tem aqui ínsita, portanto, uma nota de profissionalidade, definindo-se este como “um profissional da função pública, um homem que dela fez o objecto da sua actividade ocupacional e nela procura a sua carreira”¹⁷². Já à categoria de “agente não funcionário” são reconduzidos os agentes administrativos não profissionais (políticos, em comissão, interinos, provisórios, estagiários, requisitados, pagos por verba global ou gratificação) e, bem assim, os que não estejam submetidos ao estatuto jurídico da função pública (onde se incluem os agentes contratados em regime de direito privado)¹⁷³.

Ora, se é certo que os conceitos de funcionário e agente que resumam da CRP partem da referida distinção, certo é também que, logo desde a sua versão originária, se não expressa pelo menos implicitamente como ficou visto, houve intenção de abarcar no “regime da função pública” todos os trabalhadores da Administração Pública, independentemente do regime por que a ela estavam vinculados, o que vem depois a ser plasmado na Revisão Constitucional de 1982. Deste modo, abrangendo o sobredito regime os trabalhadores da administração pública, nos termos expostos, perde sentido útil a distinção que porventura até aí ainda era feita entre agentes funcionários e agentes não funcionários, passando a interessar, sim, a distinção entre trabalhadores e agentes não trabalhadores¹⁷⁴. Se, como ficou visto, os trabalhadores da Administração Pública, para efeitos da CRP são as pessoas físicas que, mediante retribuição, prestam actividade laboral sob a autoridade e direcção de uma entidade pública, independentemente do carácter público ou privado do título por que a mesma é prestada, já os agentes não trabalhadores

¹⁷¹ CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 672. O funcionário público “exprimiu uma forma mais intensa de vinculação do agente ao serviço, uma ligação com carácter de profissionalidade e sujeição a um estatuto específico regulado pelo direito administrativo”. Cfr. MAÇÃS, Maria Fernanda, “A Relação Jurídica de emprego público. Tendências actuais”, *Seminário Novas Perspectivas de Direito Público*, policopiado, IGAT, 1999, p. 7;

¹⁷² CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 670. Já João Alfaia define funcionário público como “um profissional vinculado à Administração por uma relação jurídica de emprego público, disciplinada por um direito de trabalho especial, de natureza pública, que constitui, na sua maior parte, um ramo de direito administrativo”. ALFAIA, João, *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1985, p. 137 (nota 138).

¹⁷³ Cfr. CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, cit., pp. 672-680.

¹⁷⁴ Cfr., assim, VIANA, Cláudia, “O conceito de Funcionário Público – tempos de mudança”, cit., p. 14 e FERNANDES, Francisco Liberal, *Autonomia Colectiva...*, cit., pp. 125-126. Em sentido diverso vide NEVES, Ana Fernanda, *Relação Jurídica de Emprego Público*, Coimbra Editora, 1999, pp. 195-196.

serão os agentes políticos, os membros dos gabinetes ministeriais e equiparados e o pessoal dirigente¹⁷⁵.

O conceito de funcionário público presente na CRP – e não obliterado pela referência, também ali feita, a trabalhadores da administração pública – abará, pois, o trabalhador que “reflecte, com a máxima intensidade, um regime jurídico singular, próprio e específico da Administração Pública”¹⁷⁶, um regime de direito público, que o distingue, por aí, dos demais trabalhadores¹⁷⁷.

3.1.3. A reserva de função pública

Disse-se, há pouco, que pese embora a admissão, ao nível da CRP, de formas de contratação privada na Administração Pública, existe um núcleo de actividades para as quais se impõe a existência de um estatuto de função pública.

Atente-se, em primeiro lugar, no facto de os estrangeiros e apátridas, não obstante gozarem, por força do n.º 1 do artigo 15.º, dos mesmos direitos e estarem sujeitos aos mesmos deveres do cidadão português, verem, no n.º 2 desse mesmo artigo, impossibilitado o exercício das funções públicas que não tenham carácter eminentemente técnico. Daqui decorre, claramente, uma reserva de funções públicas, reserva essa que assume, no caso, uma dupla natureza, objectiva e subjectiva: delimita-se, por um lado, um conjunto de actividades ou tarefas públicas relevantes para a soberania ou autoridade pública e, por outro, são apontados os sujeitos que podem exercer essas mesmas actividades ou tarefas¹⁷⁸.

Já da alínea t) do n.º 1 do artigo 165.º, decorre que é matéria de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, a definição das bases do regime e o âmbito da função pública. Ora, se o legislador constituinte cometeu ao legislador ordinário

¹⁷⁵ Neste sentido, vide MAÇAS, Maria Fernanda, “A Relação Jurídica de emprego público. Tendências actuais”, *Seminário Novas Perspectivas de Direito Público*, policopiado, IGAT, 1999, p. 7.

¹⁷⁶ VIANA, Cláudia, “O conceito de Funcionário Público – tempos de mudança”, cit., p. 14.

¹⁷⁷ Há quem defenda, porém – ainda que ciente de que sem qualquer arrimo ao nível do direito positivo -, uma noção ampla de funcionário público, aí abrangendo “todo aquele que preste o seu trabalho sob a autoridade, a direcção e no desempenho de funções próprias e permanentes dos serviços públicos cujo quadro de pessoal voluntariamente aceitou integrar, fazendo-o de forma profissionalizada e independentemente da natureza ou forma do acto que se expressou a aceitação”. MOURA, Paulo Veiga e, *Função Pública, Regime Jurídico, Direitos e Deveres dos Funcionários e Agentes*, 1.º Vol, Coimbra, 1999, p. 29.

¹⁷⁸ Cfr. NEVES, Ana Fernanda, “O Direito da Função Pública”, (Coord. Paulo Otero e Pedro Gonçalves), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Almedina, 2010, p. 368-370.

a definição, entre o mais, do âmbito da função pública¹⁷⁹, temos que esta poderá não abranger todos os tipos de relação jurídica de emprego público.

Na alínea e) do artigo 199.º dispõe-se que compete ao Governo, no exercício de funções administrativas, a prática de todos os actos exigidos pela lei respeitantes aos funcionários e agentes do Estado e de outras pessoas colectivas públicas. Tal competência, segundo se entende, não deve ter-se por reportada a todos os trabalhadores da Administração Pública, desde logo porque nesse sentido aponta a circunstância de, não obstante a alteração terminológica operada ao nível do artigo 269.º, n.º 1 (e da discussão parlamentar então havida), se ter mantido a referência aos funcionários e agentes. Para além disso, deve também ter-se em conta que “a aproximação ao Direito laboral comum, e a consequente maior autonomia das partes nas relações de emprego, por um lado, e, por outro lado, a crescente ‘devolução’ do exercício da função administrativa aos sujeitos privados, assim como a natureza das relações inter-subjectivas entre o Estado e as demais pessoas colectivas integradas na Administração Pública (artigo 199.º, alínea f), 231.º e artigos 235.º, 237.º e 243.º da CRP) coadunam-se mal com a intervenção governamental nas mesmas”¹⁸⁰.

No artigo 243.º, n.º 2, faz-se estender aos funcionários e agentes da Administração Local o regime aplicável aos funcionários e agentes do Estado, sendo que, também aqui, não se alterou a terminologia, não obstante a referida alteração introduzida no artigo 269.º, n.º 1. Tal circunstância permite a interpretação de que, se se manteve aqui essa referência a funcionários e agentes, terá sido porque, efectivamente, se pretendeu fazer a extensão de regime apenas aos funcionários e agentes da Administração Local e não, também, aos demais trabalhadores das autarquias locais.

O artigo 271.º, por seu turno, refere-se à responsabilidade dos funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas, mais concretamente à responsabilidade civil, criminal e disciplinar pelas acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Trata-se, também aqui, de um tipo de responsabilidade que deve

¹⁷⁹ Esse âmbito pode ser objectiva ou subjectivamente definido, ou seja, reportar-se aos sujeitos, serviços e organismos públicos que integram a função pública ou às actividades às quais deve considerar-se aplicável o regime desta. Cfr. NEVES, Ana Fernanda, “O Direito da Função Pública”, cit., p. 369.

¹⁸⁰ NEVES, Ana Fernanda, “O Direito da Função Pública”, cit., p. 370.

ser reportada apenas aos funcionários e agentes e não já aos trabalhadores da Administração Pública que não se enquadrem nesses conceitos¹⁸¹

Dos preceitos referidos ressuma, pois, a existência de um regime específico aplicável a determinadas categorias de trabalhadores, sendo que a razão de ser de tal especificidade há-de buscar-se na conexão directa e imediata com funções essenciais do Estado e com o exercício de poderes de soberania. Há, assim, como que um *retorno às origens*, no sentido de que o núcleo essencial da função pública - depois do alargamento que, como se viu, sofreu com o advento do Estado Social -, volta a ser o do exercício de funções de autoridade e de soberania.

3.1.4. O regime da função pública

A CRP, disse-se já, reserva o artigo 269.º ao “regime da função pública”, sendo que tal regime deve considerar-se extensível a todos os trabalhadores da Administração Pública, independentemente do tipo de vínculo por que a ela estejam ligados¹⁸². Ou seja, se há instantes falávamos de um regime específico constitucionalmente consagrado para um “núcleo duro” de função pública, reportamo-nos agora a um outro que vai para além dos funcionários e agentes e do exercício de funções de soberania e de autoridade. Os aspectos ali contemplados “impõem-se relativamente a qualquer relação de trabalho na Administração Pública, porque surgem como assépticos relativamente a um regime de trabalho jus-administrativo e jus-privatístico”¹⁸³.

Assim, na análise daquele regime, há a apontar, desde logo, como decorre do n.º 1 do artigo 269.º, a sujeição dos trabalhadores e demais agentes do Estado e outras entidades públicas ao interesse público. Essa sujeição é uma consequência daquele que é um dos

¹⁸¹ Neste sentido, *vide* VIANA, Cláudia, “A Laboralização da Função Pública”, *Scientia Iuridica*, n.º 292, 2002, p. 85 e NEVES, Ana Fernanda, “O Direito da Função Pública”, *cit.*, pp. 371-372.

¹⁸² De acordo com Jorge Miranda e Rui Medeiros, no âmbito subjectivo do artigo 269.º da CRP incluem-se:

- a) Todos os trabalhadores da Administração Pública civil, estatal, regional e local;
- b) Os militares e agentes militarizados;
- c) Os trabalhadores das estruturas organizativas dos órgãos de soberania e de outros órgãos do Estado (v.g. Presidente da República, Assembleia da República, Tribunais, etc.);
- d) Os trabalhadores de empresas públicas que prestem serviços essenciais, constitucionalmente regulados, nomeadamente dos estabelecimentos de saúde integrados na Administração Pública;
- e) Os trabalhadores de entidades públicas independentes. Cfr. MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, p. 620.

¹⁸³ NEVES, Ana Fernanda, “os desassossegos de regime da Função Pública”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLI, n.º 1, 2000, p. 61.

princípios fundamentais da Administração Pública, justamente o da prossecução do interesse público, conforme se extrai do n.º 1 do artigo 266.º, também da CRP.

Como ficou visto, a distinção entre relação de emprego público e contrato de trabalho assentou, desde o início, no tipo de interesses prosseguidos pela Administração. O Estado assumia-se como representante do interesse público e o particular, nomeado para o exercício de funções públicas, era um mero agente desse mesmo interesse, de sorte que a relação que se estabelecia entre ambos, por via daquela nomeação, era uma relação de carácter orgânico, uma unidade jurídica (*unum et idem*), que permitia que se visse a actividade do segundo como derivando directamente do primeiro¹⁸⁴.

Ainda que, como também já se disse, essa concepção clássica do emprego público deva considerar-se, hoje, ultrapassada, o certo é que a sujeição dos trabalhadores da Administração ao interesse público continua a ser uma realidade, ainda que sem a dimensão que tinha outrora. Na verdade, se inicialmente a dedicação exclusiva dos funcionários ao interesse público tinha por escopo a protecção dos próprios em face das pressões que poderiam advir da esfera política, dando-lhes garantias profissionais que poderiam utilizar face aos governantes, o que se pretende, agora, é, sobretudo, como observa Paulo Veiga e Moura, “...evitar o risco do funcionário se colocar numa situação de não dedicação exclusiva ao serviço ou numa posição que possa comprometer a sua independência, isenção e produtividades, pelo que seguramente da consagração constitucional daquela dedicação resulta para os trabalhadores da Administração Pública uma obrigação de imparcialidade, um dever de abstenção e uma proibição genérica de exercício de qualquer outra actividade profissional”¹⁸⁵. Ou seja, a dedicação exclusiva ao interesse público passa a ser, mais do que um instrumento de protecção do funcionário, uma forma de salvaguarda da sociedade contra a actuação daquele.

Acresce – di-lo o n.º 2 do artigo 269.º - que os trabalhadores da Administração Pública “não podem ser prejudicados ou beneficiados em virtude do exercício de quaisquer direitos políticos previstos na Constituição, nomeadamente por opção partidária”. Trata-se, aqui, da consagração de um princípio de cidadania activa daqueles trabalhadores (o qual, pode, porém, ser restringido relativamente a certas categorias de trabalhadores, designadamente militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço

¹⁸⁴ Cfr. FERNANDES, Francisco Liberal, *Autonomia Colectiva...*, cit., pp. 87-92.

¹⁸⁵ MOURA, Paulo Veiga e, *A Privatização da Função Pública*, Coimbra Editora, 2004, p. 163. No mesmo sentido, vide NEVES, Ana Fernanda, “O Direito da Função Pública”, cit., pp. 419-420.

efectivo e agentes dos serviços e forças de segurança, como decorre dos artigos 270.º e 275.º, n.º 4), e, bem assim, de um princípio de separação dos mesmos relativamente ao poder político¹⁸⁶.

Aos trabalhadores da Administração Pública arguidos em processo disciplinar é, igualmente, assegurado o direito de audiência e defesa, conforme se extrai do n.º 3 do artigo 269.º.

Por outro lado, a CRP consagra, no n.º 4 do artigo 269.º um princípio de proibição de acumulação de empregos ou cargos públicos, do que se extrai que “...em regra, um indivíduo não pode ter dois empregos públicos, o mesmo é dizer, ser parte em duas relações jurídicas de emprego, nem acumular um emprego público e um cargo público e bem assim dois cargos públicos”¹⁸⁷.

Comete-se, por último, ao legislador ordinário, no n.º 5 do artigo 269.º, o estabelecimento de um regime de incompatibilidades entre o exercício de cargos públicos e o exercício de outras actividades.

A estes traços do regime constitucional da Função Pública, aplicável aos trabalhadores da Administração Pública, independentemente do vínculo, a doutrina vem assinalando três outros, a que atribui idêntica extensão subjectiva:

- a) A constituição da relação jurídica de emprego público deve ser precedida, em regra, de processo de selecção por via de concurso ou de outro sistema que garanta a liberdade de candidatura e a igualdade de oportunidades e condições (artigo 47.º, n.º 2)¹⁸⁸;

¹⁸⁶ Cfr. NEVES, Ana Fernanda, *O Direito Disciplinar da Função Pública*, Vol. I, Lisboa, 2007, p. 268.

¹⁸⁷ NEVES, Ana Fernanda, *O Direito Disciplinar da Função Pública*, cit., p. 268.

¹⁸⁸ Em sentido diverso, defendendo que o direito de acesso à Função Pública contido no artigo 47.º, n.º 2, da CRP não deve considerar-se extensível aos vínculos de natureza jus-privatística com a Administração Pública, vide MOURA, Paulo Veiga e, *A Privatização da Função Pública*, cit., p. 128-129. Este Autor, amparado naquela que tem sido, em Espanha, a interpretação doutrinal e jurisprudencial dada ao artigo 23.º, n.º 2, da Constituição Espanhola, defende que sempre que não esteja em causa o preenchimento de lugares cujas funções concorram, directa ou indirectamente, para a satisfação de necessidades permanentes dos serviços públicos, “...apenas vigorará o princípio geral da igualdade consagrado no art. 13.º - com as consequências que daí derivam para a Administração Pública, nomeadamente em termos de publicitação da oferta de emprego e de critérios de selecção – e o princípio da liberdade de profissão assegurado pelo n.º 1 do art. 47.º da Constituição, não estando o seu recrutamento sujeito à regra constitucional do concurso, sem prejuízo de o legislador ordinário poder sujeitá-lo a idêntica regra”. Veja-se, ainda nesse sentido, FERNANDES, Francisco Liberal, “Sobre a proibição de conversão dos contratos de trabalho a termo certo no emprego público: comentário à jurisprudência do Tribunal Constitucional, *Questões Laborais*, Ano IX (2002), n.º 19, pp. 79-80.

- b) Os cidadãos estrangeiros têm o direito de aceder a um emprego na Administração Pública, desde que o mesmo tenha carácter predominantemente técnico (artigo 15.º, n.º 2);
- c) Os trabalhadores da Administração estão obrigados a exercer as suas funções em conformidade com os princípios da actividade administrativa plasmados no artigo 266.º, n.º 2 – igualdade, proporcionalidade, imparcialidade, justiça e boa-fé¹⁸⁹.

3.2. A Função Pública no plano da lei ordinária

3.2.1. O regime instituído pelos Decretos-Leis n.ºs 184/89, de 2 de Junho e 427/89, de 7 de Dezembro

A CRP traçou o caminho para a Função Pública portuguesa, conferindo ao legislador ordinário poderes para concretizar os comandos constitucionais. Essa concretização teve, num primeiro momento, tímida expressão, assentando, essencialmente, na institucionalização do sistema de carreiras, com previsão de regras de ingresso e de acesso, no regime do exercício de funções dirigentes e no reforço dos direitos de audiência e defesa e de garantias de impugnação administrativa e contenciosa.

É, porém, com a Lei do Orçamento de Estado para 1989, que a Assembleia da República autoriza o Governo a: (a) definir os princípios fundamentais de um novo sistema retributivo da função pública; (b) rever os princípios de gestão de recursos humanos; (c) definir os princípios gerais da relação de emprego público, simplificando e tipificando os diversos tipos de vínculo, identificando as situações que devam ser objecto de nomeação ou de vinculação precária; (d) definir o estatuto do pessoal dirigente; (e) rever o Estatuto da Aposentação¹⁹⁰.

Na sequência da aludida autorização legislativa, o Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho estabeleceu os princípios gerais em matéria de emprego público, remunerações e gestão de pessoal da função pública, princípios esses que vieram, depois, a ser desenvolvidos através do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro. Estes dois diplomas

¹⁸⁹ Cfr. NEVES, Ana Fernanda, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, *Studia Iuridica* 60, *Colloquia-7*, BFDUC, 2001, p. 183.

¹⁹⁰ Cfr. o artigo 15.º, n.º 1, da Lei n.º 114/88, de 30 de Dezembro.

legais consagraram um princípio de tipicidade dos vínculos jurídicos de emprego público¹⁹¹, deles resultando que a relação de emprego público poderia ser constituída por nomeação ou contrato, sendo que este poderia revestir as modalidades de contrato administrativo de provimento ou de contrato de trabalho a termo certo.

A nomeação – definida como 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 permanência¹⁹² - conferia ao nomeado a qualidade de funcionário (n.º 5 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 427/89). As ditas “funções próprias do serviço” são “aquelas cujo exercício corresponde à aplicação de medidas de política e à concepção, execução e acompanhamento das acções tendentes à prossecução das atribuições de cada serviço”¹⁹³, o que vem sendo entendido como abrangendo aquelas funções que relevam directa e especificamente para a realização das atribuições de cada serviço, aqui se incluindo as de natureza meramente executiva e material¹⁹⁴. A nomeação podia revestir as modalidades de nomeação por tempo indeterminado e de nomeação em comissão de serviço¹⁹⁵.

Já o contrato administrativo de provimento – 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 pública¹⁹⁶ - conferia ao particular a qualidade de agente administrativo (n.º 2 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 427/89). Este tipo de contrato apenas era admitido nas situações taxativamente previstas no n.º 2 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 427/89, ou seja: (i) quando se tratasse de serviços em regime de instalação; (ii) quando se tratasse de

¹⁹¹ Cfr., neste sentido, NEVES, Ana Fernanda, “O Direito da Função Pública”, cit., p. 415. Resulta, aliás, do artigo 43.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89 que é proibida a constituição de relações de emprego com carácter subordinado por forma diferente das previstas nesse diploma.

¹⁹² Cfr. art. 6.º do Decreto-Lei n.º 184/89 e artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 427/89.

¹⁹³ Cfr. art. 4.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 427/89.

¹⁹⁴ Neste sentido, cfr. NEVES, Ana Fernanda, “O contrato e trabalho na Administração Pública”, AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Vol. I, Coimbra Editora, 1999, pp. 96-97 e VIANA, Cláudia, “O conceito de Funcionário Público – tempos de mudança”, cit., p. 18.

¹⁹⁵ A nomeação em comissão de serviço, prevista no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 427/89, era aplicável:

- a) À nomeação do pessoal dirigente e equiparado;
- b) Aos casos expressamente previstos na lei;
- c) Durante o período probatório, quando o funcionário a nomear em lugar de ingresso já estivesse nomeado em outra carreira.

¹⁹⁶ Cfr. artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 184/89 e 15.º do Decreto-Lei n.º 427/89.

peçoal médico em regime de internato geral ou complementar, docente e de investigação; (iii) para frequência de estágio de ingresso na carreira.

Por último, o contrato de trabalho – acordo bilateral pelo qual uma pessoa não integrada nos quadros assegura, com carácter de subordinação, a satisfação de necessidades transitórias dos serviços de duração determinada que não possam ser asseguradas em regime de contrato administrativo de provimento¹⁹⁷ – não tinha a virtualidade de elevar o particular à qualidade de agente.

Do que acaba de se dizer resulta, desde logo, que o conceito amplo de agente administrativo traçado por Marcello Caetano não foi aquele que veio a ser adoptado pelo legislador ordinário nos diplomas legais de que aqui se cura, antes se tendo conferido a tal conceito um âmbito bem mais restrito, por forma a abarcar quem estivesse ligado à Administração Pública por nomeação ou por um contrato administrativo de provimento.

Há, por outro lado, que frisar que o vínculo regra era, aqui, o da nomeação¹⁹⁸, constituindo quer o contrato administrativo de provimento quer o contrato de trabalho a termo certo excepções àquela regra, sendo apenas admitidos nas situações especificamente elencadas na lei. Com efeito, sempre que a Administração necessitasse de pessoal para fazer face a necessidades próprias e permanentes dos serviços teria, obrigatoriamente, de promover o respectivo provimento mediante uma nomeação, na exacta medida em que a satisfação de tais necessidades consubstanciava um elemento essencial e exclusivo desse tipo de vínculo¹⁹⁹.

Disse-se que o contrato administrativo de provimento, destinado, tal como a nomeação, ao exercício de funções próprias do serviço público, sujeitava o agente administrativo ao regime jurídico da função pública. A distinção essencial entre nomeação e contrato administrativo de provimento residia, pois, no facto de a relação constituída por este último ter uma natureza transitória, razão pela qual, como resulta do artigo 15.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89, não se destinava ao preenchimento de um lugar do quadro. De todo o modo – é o que aqui cumpre salientar – quer a nomeação quer o contrato

¹⁹⁷ Cfr. artigo 18.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89.

¹⁹⁸ Como se refere no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 427/89, a nomeação corresponde à “...forma estável de prestar serviço à Administração Pública”.

¹⁹⁹ Cfr. MOURA, Paulo Veiga e, *A Privatização da Função Pública*, cit., p. 230.

administrativo de provimento estavam enformados por um específico regime de direito administrativo que os afastava, desde logo por aí, do regime laboral privado.

Diferentemente, o contrato de trabalho a termo certo celebrado com a Administração Pública, previsto nos diplomas aqui em análise, estava sujeito a um regime jus-privatístico, do que resultava, entre o mais, a sujeição dos litígios que dele surgissem à jurisdição laboral e não à dos tribunais administrativos. De todo o modo, essa aplicação supletiva do regime laboral privado não pode ter-se por total, o que decorre, desde logo, do facto de a ultrapassagem da duração legalmente permitida para o contrato a termo certo não operar a conversão do mesmo num contrato sem termo²⁰⁰. Na verdade, quer o regime constitucionalmente traçado para o acesso à função pública – previsto no artigo 47.º, n.º 2, da CRP -, quer o facto de os decretos-leis n.ºs 184/89 e 427/89 consagrarem um princípio de tipicidade dos vínculos de emprego público - aí não incluindo o contrato de trabalho por tempo indeterminado -, apontavam, justamente, para a impossibilidade de uma tal conversão.

Do que fica dito resulta que, na ambiência dos decretos-leis n.ºs 184/89 e 427/89, o regime legalmente estabelecido para a função pública era marcadamente jus-publicístico, revestindo a possibilidade de recurso à figura do contrato de trabalho a termo certo carácter residual e excepcional.

Posteriormente, através da Lei n.º 25/98, de 26 de Maio, foi aditado um artigo – 11.º-A – ao Decreto-Lei n.º 184/89, em cujo n.º 2 se estabeleceu que “[o] pessoal que integre o grupo de pessoal auxiliar pode ser contratado sob 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 da segurança social, salvo se já estiver inscrito na Caixa Geral de Aposentações”.

Estabeleceu-se, assim, uma nova forma de vínculo à Administração Pública – o contrato individual de trabalho – ainda que com claras limitações, quer do ponto de vista

²⁰⁰ Cfr., assim, os Acs. n.º 683/99, de 21 de Dezembro de 1999 e 368/2000, de 11 de Julho de 2000 do Tribunal Constitucional; NEVES, Ana Fernanda, “Contrato de trabalho a termo certo e contratos de prestação de serviços na Administração pública – situações irregulares – reintegração”, *Questões Laborais*, Ano II, n.º 6 (1995), Coimbra Editora, pp. 166-182; Defendendo que a impossibilidade de conversão não decorre do artigo 47.º, n.º 2, da CRP mas apenas do artigo 266.º, n.º 2, também da CRP e do estabelecido nos decretos-leis n.ºs 184/89 e 427/89, vide FERNANDES, Francisco Liberal, “Sobre a proibição de conversão dos contratos de trabalho a termo certo no emprego público: comentário à jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *Questões Laborais*, Ano IX (2002), n.º 19, pp. 77 a 95.

subjectivo – apenas para o pessoal que integrasse o grupo de pessoal auxiliar – quer do ponto de vista objectivo – apenas quando a duração semanal do trabalho não excedesse dois terços do horário de trinta e cinco horas semanais cumprido pelos funcionários públicos.

Tratou-se, porém, de uma tímida tentativa de introdução do contrato individual de trabalho na esfera do emprego público, que teve muito reduzida expressão²⁰¹.

3.2.2. O Regime do contrato de trabalho nas pessoas colectivas públicas

Através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/2003, publicada no Diário da República, n.º 174, de 30 de Julho, o Governo aprovou as linhas de orientação da Reforma da Administração Pública, aí se estabelecendo que, no quadro da organização da Administração Pública, seria regulamentado o contrato individual de trabalho, conciliando empregador público com regime laboral privado. Posteriormente, a Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto – diploma que aprovou o Código do Trabalho – veio estabelecer que “[a]o trabalhador de pessoa colectiva pública que não seja funcionário ou agente da Administração Pública aplica-se o disposto no Código do Trabalho, nos termos previstos em legislação especial, sem prejuízo dos princípios gerais em matéria de emprego público”. Abriu-se, pois, por aqui, a possibilidade de criação de um regime específico para os vínculos com a Administração Pública que não conferissem a qualidade de funcionário ou agente, o que veio a ter concretização através da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, diploma que, justamente, estabeleceu o regime jurídico do contrato de trabalho nas pessoas colectivas públicas.

Do diploma legal aqui em referência cumpre destacar, desde logo, o âmbito, que engloba o “Estado e outras pessoas colectivas públicas”, conforme decorre do n.º 2 do artigo 1.º, sendo certo que o n.º 3 elenca uma série de entidades aos quais o regime ali previsto não se aplica²⁰². Mas mais do que isso, estabelece o n.º 4 do artigo 1.º que “[n]o

²⁰¹ Criticando as opções tomadas pelo legislador na Lei n.º 25/98, cfr. MOURA, Paulo Veiga e, *A Privatização da Função Pública*, cit., pp. 259-260.

²⁰² Mais concretamente, o regime da Lei n.º 23/2004 não se estende a:

- a) Empresas Públicas;
- b) Pessoas colectivas de utilidade pública administrativa;
- c) Associações públicas;
- d) Associações ou fundações criadas como pessoas colectivas de direito privado por pessoas colectivas de direito público abrangidas pela Lei n.º 23/2004;

âmbito da administração directa do Estado, não podiam ser objecto de contrato de trabalho por tempo indeterminado actividades que implicassem o exercício directo de poderes de autoridade ou que definissem situações jurídicas subjectivas de terceiros ou o exercício de poderes de soberania”²⁰³. Em face do disposto neste preceito normativo, o legislador remeteu, no artigo 25.º, n.º 1, para decreto-lei, a definição das funções que, na Administração Directa do Estado, poderiam ser objecto de contrato de trabalho, ainda que, no n.º 2 desse mesmo artigo, avançasse que o mesmo poderia, desde logo, ser utilizado relativamente às actividades de apoio administrativo, auxiliar e de serviços gerais. Trata-se, aqui, de uma “...aproximação a um conceito que se pode chamar de *reserva da função pública*, ou de ‘núcleo duro’ da função pública, que tem a ver com o exercício de poderes de soberania e de autoridade e no seio da qual não é consentido o recurso à contratação laboral”²⁰⁴.

Temos, assim, que, excluídas as entidades a que alude o n.º 3 do artigo 1.º, o regime do contrato de trabalho nas pessoas colectivas era aplicável à Administração Directa do Estado (com as limitações a que se aludiu), à Administração Indirecta²⁰⁵, à Administração

-
- e) Entidades administrativas independentes;
 - f) Universidades, institutos politécnicos e escolas não integradas no ensino superior;
 - g) Banco de Portugal e fundos que funcionam junto dele.

O facto de estas entidades não estarem abrangidas pela Lei n.º 23/2004 não significa, porém, que não pudesse, de todo, recorrer ao contrato de trabalho. Na verdade, essa exclusão do âmbito de aplicação deste diploma significava apenas que o recurso a esse tipo de vínculo dependia do que estivesse previsto, para essas entidades, em legislação especial. Cfr. PIRES, Miguel Lucas, “O contrato individual de trabalho na Administração Pública”, *Questões Laborais*, Ano XIII, n.º 28, pp. 196-197, e ANTUNES, Vera Lúcia Santos, *O contrato de trabalho na Administração Pública*, Coimbra Editora, 2010, p. 108.

²⁰³ De acordo com Cláudia Viana, “...as funções de apoio, consultoria, emissão de pareceres e propostas não caem na alçada do conceito de poderes de autoridade, mas o mesmo já não é líquido em relação, por exemplo, ao exercício de funções de avaliação, por parte de júris, comissões ou peritos, assim como relativamente ao exercício de funções docentes”. VIANA, Cláudia, “O conceito de Funcionário Público – tempos de mudança”, cit., p. 26.

²⁰⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma, “O contrato de trabalho na reforma da Administração Pública: reflexões gerais sobre o regime jurídico instituído pela Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho”, *Questões Laborais*, Ano XI, n.º 24 (2004) Coimbra Editora, p. 128.

²⁰⁵ Note-se, porém, que, no que concerne aos institutos públicos, a Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro generalizou aquilo que já vinha sendo aplicado por muitos deles, mais concretamente a adopção do regime laboral privado em relação à totalidade ou a parte do respectivo pessoal, passando o regime da função pública a ter um carácter excepcional, a aplicar ao pessoal existente e a adoptar sempre que tal se justificasse (cfr. artigos 34.º, n.º 1 e 46.º). De todo o modo, esta aplicação do regime laboral privado não se fazia sem a sujeição dos trabalhadores aos requisitos e limitações decorrentes da prossecução do interesse público, nomeadamente no que concerne acumulações e incompatibilidades. Entretanto, aquele diploma foi alterado pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro – na sequência, portanto, da publicação da LVCR – passando a aplicar-se aos trabalhadores dos institutos públicos o regime jurídico aplicável aos trabalhadores que exercem funções públicas.

Autónoma Regional e à Administração Local (estas duas últimas por força do disposto no n.º 5 do artigo 1.º).

A Lei n.º 23/2004 fraqueou as portas à utilização do contrato de trabalho na Administração Pública, aqui se incluindo o contrato de trabalho por tempo indeterminado e o contrato de trabalho a termo resolutivo, certo ou incerto. Ou seja, o exercício de funções próprias do serviço público que, nos termos do Decreto-Lei n.º 184/89, estava reservado aos funcionários passou a poder ser garantido, também, por trabalhadores, em regime de contrato de trabalho, bastando, para o efeito, que o serviço dispusesse de um quadro próprio para pessoal contratado nesse regime²⁰⁶.

Saliente-se, no entanto, que não obstante esta deriva para o direito privado, o legislador estabeleceu, na Lei n.º 23/2004, uma série de aspectos que davam alguma ambiência de direito público ao contrato. É o que se passou, desde logo, com o facto de os trabalhadores, para além da sujeição aos deveres resultantes do Código do Trabalho, estarem igualmente submetidos aos deveres especiais de prossecução do interesse público, imparcialidade e isenção perante os cidadãos (artigo 4.º, n.º 1)²⁰⁷; É o que resultou do facto de os trabalhadores estarem sujeitos ao regime de incompatibilidades do pessoal com vínculo de funcionário público ou agente administrativo (art. 4.º, n.º 2); É o que, igualmente, decorreu do processo de selecção que pressupunha a publicitação da oferta de trabalho, a garantia de igualdade de condições e oportunidades, e uma decisão de contratação fundamentada em critérios objectivos de selecção (art. 5.º); É o que se extraía, por outro lado, do facto de se estabelecerem limites à celebração dos contratos individuais de trabalho, nomeadamente a necessidade de existência de um quadro de pessoal próprio para esse tipo contratos e a imposição de que as contratações se contivessem dentro dos limites desse quadro (art. 7.º). É o que resultava, também, da regra da não renovação automática do contrato de trabalho a termo certo e, bem assim, da sua não conversão em contrato de trabalho por tempo indeterminado (art. 10.º).

Estava, assim, subjacente a este diploma legal a possibilidade de “...desenvolvimento de funções públicas num ambiente contratual privado (o do contrato de trabalho), ainda que com limites funcionais e com especificidades de regime. A este princípio inere uma

²⁰⁶ Cfr. artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2004.

²⁰⁷ Como já ficou visto, esta imposição de os servidores públicos, independentemente do vínculo por que estejam ligados à Administração Pública, estarem ao serviço do interesse público decorre do artigo 269.º, n.º 1, da CRP.

ampla parcela comum ao regime aplicável aos trabalhadores do sector público e do sector privado”²⁰⁸.

O regime jurídico instituído pela Lei n.º 23/2004 criou, por outro lado, figuras que, até então, eram estranhas à Administração Pública. É o caso, desde logo, do contrato de trabalho a termo incerto, que passou a ser possível nas situações taxativamente indicadas no n.º 2 do artigo 9.º. É, depois, o caso do sistema de contratação colectiva que se afastou do sistema de negociação colectiva previsto na Lei n.º 23/98, de 26 de Maio, para os trabalhadores da Administração Pública em regime de direito público. Na verdade, enquanto através deste último diploma legal os funcionários e agentes tinham o seu direito à negociação colectiva traduzido num acordo que obrigava o Governo a adoptar medidas legislativas ou administrativas tendentes ao integral cumprimento do acordado (ou, quando as matérias em questão carecessem de autorização legislativa, a submeter os necessários pedidos à Assembleia da República), com a Lei n.º 23/2004, os sindicatos passaram a poder negociar e celebrar instrumentos de regulamentação colectiva destinados a regular, directamente, o conteúdo dos contratos de trabalho. Este sistema de contratação colectiva afastava-se, por outro lado, do regime contido no Código do Trabalho, na medida em que se estabeleciam níveis diferentes de convenções colectivas de trabalho²⁰⁹, ainda que de aplicação simultânea, atendendo ao facto de incidirem sobre matérias diversas. Concretamente, e “...ao contrário do que se passa no sistema laboral comum de concorrência entre convenções colectivas de trabalho, os instrumentos de regulamentação colectiva pressupõem-se uns aos outros e, embora não haja uma verdadeira hierarquia entre

²⁰⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma/BRITO, Pedro Madeira de, *Contrato de Trabalho na Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 13. Paulo Veiga e Moura defende, porém, que “[a] previsão da figura do contrato individual de trabalho para a execução de funções correspondentes à satisfação de necessidades permanentes da Administração atenta [...] contra a garantia institucional da Função Pública, conduzindo 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. Para este Autor, só pode lançar-se mão do contrato de trabalho nas situações em que “...não haja necessidade de disciplinar a relação de emprego em termos de supra-infra-ordenação, ou seja, quando não se revele indispensável reconhecer uma posição de supremacia para que o ente público possa prosseguir os objectivos que constitucionalmente lhe são assinalados, o que é o mesmo que dizer quando não seja indispensável atribuir à Administração Pública poderes exorbitantes relativamente aos que dispõe o comum dos empregadores. Parece-nos que tal sucederá, certamente, quando a pessoa colectiva pública em causa actue numa lógica puramente concorrencial e de mercado, admitindo-se, embora com algumas dúvidas, que o mesmo suceda quando não houver uma lógica concorrencial mas as funções que são desempenhadas correspondam à satisfação de necessidades meramente transitórias, não originando mais do que uma relação de emprego precária. MOURA, Paulo Veiga e, *A Privatização da Função Pública*, cit., pp. 400-401.

²⁰⁹ Cfr. artigo 18.º da Lei n.º 23/2004

eles, a repartição das matérias determinará que as matérias de interesse geral sejam decididas ao nível mais elevado e remeterá as matérias de âmbito sectorial e de interesse localizado para a negociação ao nível de cada pessoa colectiva pública”²¹⁰.

A Lei n.º 23/2004 instituiu, por outro lado, um regime de cedência de trabalhadores, quer no que concerne à cedência ocasional de trabalhadores, em regime privado, para outras pessoas colectivas públicas, que se afastava do regime laboral comum por prescindir, em situações determinadas, do acordo do trabalhador (art. 14.º)²¹¹, quer no que tange à cedência especial de funcionários e agentes para exercício de funções noutras pessoas colectivas públicas, em regime de contrato de trabalho e com suspensão do respectivo estatuto de funcionário ou agente (art. 23.º)

3.2.3. A Lei de Vínculos, Carreiras e Remunerações

A abertura da Administração Pública ao contrato individual de trabalho operada pela Lei n.º 23/2004, não obstante a intencionada deriva para o direito privado, não teve, porém, a virtualidade de transformar esse tipo de vínculo no regime regra de constituição de relações jurídicas de emprego com entes públicos. Na verdade, e desde logo, não chegou sequer a conhecer a luz do dia o anunciado diploma que iria definir as funções que, no âmbito da Administração Directa do Estado, poderiam ser objecto de contrato de trabalho. Por outro lado, a nomeação continuou a ser a forma normal de constituição de relações de emprego na Administração.

Acresce que os trabalhadores vinculados à Administração através de contrato individual de trabalho, pese embora algumas preocupações, ao nível da lei, de igualdade com os funcionários e agentes – de que é exemplo a tendencial paridade de níveis retributivos²¹² –, apresentavam, na realidade, relativamente a estes, uma situação de clara desvantagem. Efectivamente, tal desigualdade de tratamento era visível em diversas soluções legais, designadamente no regime de cessação do contrato de trabalho (mais flexível, desde logo por se admitir o despedimento colectivo e por extinção do posto de trabalho), na diferença do período normal de trabalho semanal (de 40 horas face às 35 dos

²¹⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma, BRITO, Pedro Madeira, “O contrato de trabalho na reforma da Administração Pública...”, cit., p. 135.

²¹¹ Quanto à compatibilidade desta solução de cedência ocasional sem acordo do trabalhador, cfr. o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 155/2004.

²¹² Cfr. art. 13.º da Lei n.º 23/2004.

funcionários e agentes), no regime de protecção social e de assistência na doença (da Segurança Social, em contraposição com os regimes da ADSE e da Caixa Geral de Aposentações de que beneficiavam os funcionários e agentes) e no regime disciplinar aplicável (o contido no Código do Trabalho e não o Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local)²¹³.

Em 2007, o Ministério das Finanças e da Administração Pública definiu os princípios orientadores da reforma dos regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações na administração pública, dos quais avultam, para o que aqui importa considerar: (a) a sujeição da gestão de recursos humanos da Administração Pública à prossecução do interesse público e aos princípios da igualdade de acesso ao exercício de funções públicas, da transparência e da imparcialidade; (b) a aproximação ao regime laboral comum, com respeito pelas especificidades da Administração Pública, resultantes da prossecução de interesses públicos; (c) sujeição ao mesmo regime em domínios fundamentais da relação de emprego público, independentemente do tipo de vínculo; (d) existência de dois tipos de vinculação de emprego público, mais concretamente o contrato de trabalho na Administração Pública, como modalidade comum, para as carreiras não relacionadas com o exercício de poderes de soberania e de autoridade e a nomeação para aquelas outras que estivessem relacionadas com tal exercício.

Na sequência da definição destes princípios, entrou em vigor a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro (LVCR), diploma que veio regular os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas. Conforme se retira da Exposição de Motivos da proposta de lei que lhe está na base²¹⁴, pretendeu-se dar resposta “...às necessidades impostas por uma boa organização e gestão dos recursos públicos, às novas exigências colocadas pela sociedade portuguesa e também aos desafios que, no plano internacional, num contexto de globalização, o País enfrenta e para cuja superação a Administração Pública deve continuar a dar um contributo activo e positivo”, e isto porque se entendeu que havia que fazer face à “...grande complexidade das modalidades e submodalidades de constituição da relação jurídica de emprego público e das situações às quais são legalmente aplicáveis”, sobretudo porque se mostrava ser “...praticamente impossível estabelecer uma distinção conceptual clara entre as situações em que deve ser

²¹³ Cfr. ANTUNES, Vera Lúcia Santos, *O contrato de trabalho na Administração Pública...*, cit., p. 114.

²¹⁴ Proposta de Lei n.º 152/X

constituída uma relação de emprego na modalidade de nomeação, aquelas em que deve utilizar-se o contrato individual de trabalho por tempo indeterminado e as demais em que se pode fazer uso das restantes modalidades”.

A LVCR operou uma ruptura com o sistema até então vigente. Na verdade, e desde logo, desapareceram os conceitos de funcionário e agente, generalizando-se o conceito de trabalhador²¹⁵. Por outro lado, o contrato de trabalho passou a ser a modalidade comum de constituição de relações jurídicas de emprego público, em detrimento da nomeação que passou a ficar reservada apenas para os trabalhadores a que competisse 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; inspecção.

A relação jurídica de emprego público passou a ser constituída, então, por nomeação, por contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado, por tempo determinado ou determinável, e por comissão de serviço. Assim, enquanto a nomeação ficou reservada, como ficou visto, para o exercício de funções de autoridade e soberania, o contrato de trabalho em funções públicas tornou-se o regime regra de constituição de relações jurídicas de emprego público e a comissão de serviço passou a ser utilizada para o exercício de cargos não inseridos em carreiras, designadamente cargos dirigentes, ou nas situações em que um sujeito, com relação jurídica de emprego público previamente constituída, ainda que possuindo os requisitos legais para ingresso numa determinada carreira, veja esse ingresso dependente da frequência de um curso de formação específico, da aquisição de certo grau académico ou de um determinado título profissional²¹⁶.

De todo o modo, e não obstante a anunciada intenção de aproximação ao direito laboral comum, quer o contrato de trabalho em funções públicas introduzido pela LVCR, quer a nomeação, consubstanciam, como dali decorre, formas de constituição de uma

²¹⁵ O que evidencia uma aproximação à expressão contida no artigo 269.º da CRP. Cfr. VIANA, Cláudia, “O conceito de Funcionário Público – tempos de mudança”, cit., p. 30. As noções de funcionário e de agente administrativo são reduzidas a meras categorias conceituais. Cfr., neste sentido, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, “Direitos Adquiridos na Relação Laboral Pública e Privada”, disponível http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/V_Coloquio/carlos_cadilha.pdf, p. 3.

²¹⁶ Refira-se que a comissão de serviço era figura já conhecida no regime legal anterior à LVCR, ainda que, aí, constituísse uma mera modalidade da nomeação, e não, como passou a suceder com a LVCR, uma forma autónoma de constituição de relações jurídicas de emprego público.

relação jurídica de emprego qualificada como pública²¹⁷. Ou seja, se, no domínio da Lei n.º 23/2004, o contrato de trabalho na Administração Pública poderia ser visto como um contrato de trabalho com regime especial, com respaldo no artigo 11.º do Código do Trabalho então vigente²¹⁸ - o que, portanto, indicava que o sistema de relações de emprego na Administração Pública era dual, sendo umas dessas relações regidas pelo direito público e outras pelo direito privado -, com a LVCR todas as relações de emprego passam a ter um regime comum, de cariz essencialmente público, aqui se incluindo aquelas já previamente constituídas por contrato individual de trabalho²¹⁹ ²²⁰. Temos, pois, que, por via dessa alteração, todos os trabalhadores abrangidos pela LVCR passaram a estar sujeitos à mesma legislação, ao mesmo regime disciplinar, além de que os litígios surgidos nas respectivas relações de emprego ficaram sujeitos à jurisdição administrativa²²¹. Tratava-se, pois, de um regime mais publicista do que aquele que resultava da Lei n.º 23/2004, ainda que, paradoxalmente, a maioria das normas da LVCR, em bom rigor, se limitasse a proceder a adaptações, as mais das vezes de carácter meramente formal, ao regime laboral comum.²²².

Essa “publicização” de todas as relações jurídicas de emprego não obistou, porém, a que, justamente por via da LVCR, se quebrasse com aquele que era um dos traços mais

²¹⁷ Nos termos do n.º 3 do artigo 9.º da LVCR, “[o] contrato é o acto bilateral celebrado entre uma entidade empregadora pública, com ou sem personalidade jurídica, agindo em nome e representação do Estado, e um particular, nos termos do qual se constitui uma relação de trabalho subordinado de natureza administrativa”. Cfr., também, VIANA, Cláudia, “O conceito de Funcionário Público – tempos de mudança”, cit., p. 31.

²¹⁸ Cfr., neste sentido, ANTUNES, Vera Lúcia Santos, *O contrato de trabalho na Administração Pública*, cit., p. 114. O Código do Trabalho vigente à data foi aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto.

²¹⁹ Por força do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 88.º da LVCR os trabalhadores contratados por tempo indeterminado ou transitaram automaticamente para a modalidade de nomeação definitiva - caso exercessem funções a que, nos termos da lei, coubesse esse tipo de vínculo – ou passaram a ter um contrato de trabalho com o conteúdo resultante da LVCR, ou seja, um contrato de trabalho em funções públicas. É assim que se afirma que o regime instituído pela LVCR, se comparado com o da Lei n.º 23/2004, muito menos aberto ao Código do Trabalho. Cfr. neste sentido, SOUSA, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque, “A Reforma do Emprego Público em Portugal”, *Questões Laborais*, Ano XXI, n.º 45, p. 237.

²²⁰ No sentido de que, não obstante a referência que é feita, no n.º 3 do artigo 9.º da LVCR, à constituição, através do contrato de trabalho em funções públicas, de uma relação de trabalho subordinado de natureza administrativa, essa relação tem feição prevalentemente privada, cfr. NEVES, Ana Fernanda, “O Direito da Função Pública”, cit., p. 455.

²²¹ Veja-se, também, no sentido desta transição, o n.º 2 do artigo 17.º da Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro e o Ac. do STJ de 16.06.2015, proferido no proc. n.º 117/14.4TTLMG.C1.S1. Em sentido contrário, defendendo que os contratos individuais de trabalho se mantiveram com essa natureza, ainda que com o conteúdo constante da LVCR, e que os litígios deles emergentes cabem aos tribunais de trabalho, cfr. MOURA, Paulo Veiga/ARRIMAR, Cátia, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1.º Vol, Coimbra Editora, 2014, p. 133.

²²² Cfr. RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho*, Vol. 2, Almedina, Coimbra, 5.ª Edição, 2014, p. 404.

marcantes dos vínculos de emprego público até então: a vocação para a vitaliciedade²²³. Efectivamente, do confronto entre a LVCR e a legislação que a antecedeu, o que se constata é a menor estabilidade do vínculo típico utilizado pela Administração (que passou a ser o contrato de trabalho em funções públicas, ainda que com as ressalvas resultantes do n.º 4 do artigo 88.º e do n.º 3 do artigo 91.º daquele diploma²²⁴.

Na verdade, as causas de cessação dos vínculos dos funcionários e agentes eram, até à entrada em vigor da LVCR, limitadas. Mais concretamente, os vínculos podiam extinguir-se, quanto aos funcionários, por mútuo acordo, morte ou aposentação, aplicação de pena disciplinar expulsiva e exoneração (a pedido do próprio), e, quanto aos agentes, por mútuo acordo, conclusão sem sucesso do período probatório, rescisão pelo contratado e denúncia por qualquer das partes.

Já no que tange aos trabalhadores em regime de contrato individual de trabalho ou de contrato a termo, a flexibilidade para a cessação era maior, uma vez que se lhes aplicava, quanto a essa matéria, o regime do Código do Trabalho.

Ora a LVCR vem estender aos trabalhadores com contrato em funções públicas (e não, portanto, àqueles em regime de nomeação) a previsão de causas objectivas de cessação da relação de emprego público por tempo indeterminado – que antes apenas abrangiam os trabalhadores em regime de contrato individual de trabalho -, mais concretamente o despedimento colectivo, o despedimento por extinção do posto de trabalho e o despedimento por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, da entidade empregadora receber o trabalho²²⁵.

²²³ É de salientar, porém, que esta vocação para a vitaliciedade, ainda que pudesse buscar-se no plano da lei ordinária (cfr. artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 427/89) não encontra arrimo na Constituição. Como se defendeu no Ac. do Tribunal Constitucional n.º 4/2003, “[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 no emprego em medida diferente daquela em que tal direito é reconhecido aos trabalhadores em geral”.

²²⁴ Cfr. PIRES, Miguel Lucas, *Os Regimes de Vinculação e a Extinção das Relações Jurídicas dos Trabalhadores da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 26.

²²⁵ Sobre as causas de cessação dos vínculos de emprego público, veja-se, PIRES, Miguel Lucas, *Os regimes...*, cit., pp. 117 e ss. e, do mesmo Autor, *Será mesmo inadmissível “despedir funcionários públicos”?*, Almedina, Coimbra, 2014.

3.2.4. O Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas

A par com a LVCR foi aprovado, através da Lei n.º 59/2008 de 11 de Setembro, o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (RCTFP), através do qual, e por via de um decalque quase total do Código do Trabalho de 2003 (que se afigura caricato, uma vez que esse Código veio a ser revogado pouco depois, através da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro), se pretendeu, justamente, regular aquele que passou a ser o regime-regra de vinculação à Administração Pública, ou seja, o contrato de trabalho em funções públicas.

Essa cópia quase integral do regime laboral privado vem, justamente, a ser mais um movimento de monta no sentido da laboralização do emprego público, de tal modo que se considerou, inclusivamente, que existe entre o contrato de trabalho em funções públicas e o contrato individual de trabalho aquilo que se epitetou de relação fraternal, a qual vem a ser retratada nestes termos: “[p]or um lado, estes contratos aparentam ser irmãos gémeos, dada a profunda semelhança regimental que apresentam; por outro, porém, eles não surgem como irmãos germanos, mas sim como irmãos consanguíneos ou uterinos, aquele sendo filho de pais privados, este tendo pai público e mãe privada (ou vice-versa)”²²⁶

Falou-se em quase decalque porque era possível encontrar algumas diferenças de pormenor entre o RCTFP e o Código do Trabalho, nomeadamente (e tomando por referência o RCTFP), quanto à necessidade de redução a escrito dos contratos, à denúncia durante o período experimental, à não renovação automática do contrato a termo e à sua não conversão em contrato de trabalho por tempo indeterminado, à duração do período de férias, ao estatuto disciplinar, ao regime do abandono do trabalho, ao regime de contratação colectiva e à cessação do contrato²²⁷.

3.2.5. A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas

No dia 20 de Junho de 2014, foi publicada em Diário da República a Lei n.º 35/2014, diploma que aprovou a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LTFP). Tal como resulta da exposição de motivos da proposta de lei que lhe está na génese²²⁸, a LTFP assenta em três ideias-chave:

²²⁶ Cfr. AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, 2009, p. 85.

²²⁷ Sobre estas diferenças vide, mais detalhadamente, ANTUNES, Vera Lúcia Santos, *O Contrato...*, cit., pp. 137-139.

²²⁸ Proposta de Lei n.º 184/XII.

- a) Assumir a convergência tendencial do regime dos trabalhadores públicos com o regime dos trabalhadores comuns, ressalvadas as especificidades exigidas pela função e pela natureza pública do empregador, com salvaguarda do estatuto constitucional da função pública;
- b) 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;
- c) Integrar, harmonizar e racionalizar as alterações legislativas concretizadas nos últimos quatro anos no regime laboral da função pública que o haviam desfigurado e descaracterizado, devolvendo e reforçando a sua unidade e coerência.

Com a LTFP pretendeu o legislador, desde logo, sistematizar a legislação em matéria de emprego público, regulando a matéria até então distribuída por 10 diplomas legais. De todo o modo, essa sistematização – e a significativa redução do número de preceitos normativos atinentes às várias matérias abarcadas -, vem a conseguir-se, sobretudo, pelo facto de se ter tornado o Código do Trabalho regime subsidiário²²⁹. Na verdade, são agora inúmeras as matérias que, pese agora a previsão de algumas especificidades na LTFP (impostas quer pela natureza pública do empregador quer pelo carácter público das funções do trabalhador), passam a estar totalmente reguladas no Código do Trabalho.

Esta aplicação do Código do Trabalho numa série de matérias que vem a ser bem mais extensa do que aquela que, exemplificativamente, se elenca no artigo 4.º da LTFP afigura-se algo contraditória com a aludida intenção de compilação legislativa. Com efeito, o regime do emprego público continua a estar disperso por vários diplomas – mais concretamente a LTFP, o Código do Trabalho e respectiva legislação complementar – do que resulta (até mercê de o dito elenco não ser taxativo) a necessidade de o intérprete e

²²⁹ No artigo 4.º, n.º 1 da LTFP avança-se um elenco, meramente exemplificativo, de matérias que encontram regulamentação no Código do Trabalho. É o que sucede com: relações entre a lei e os instrumentos de regulamentação colectiva 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; comissões de trabalhadores, associações sindicais e representantes dos trabalhadores em matéria de segurança e saúde no trabalho; mecanismos de resolução pacífica de conflitos colectivos; greve e lock-out.

aplicador da lei se ver, bastas vezes, na contingência de fazer uma verdadeira “pesca à linha” em busca das normas concretamente aplicáveis às mais variadas situações.

O trabalho em funções públicas, tal como resulta da LTFP, pode ser prestado mediante vínculo de emprego público ou contrato de prestação de serviços. Temos, assim, que o trabalho em funções públicas pode ser prestado de forma subordinada – nas aludidas modalidades de contrato de trabalho em funções públicas, nomeação e comissão de serviço –, constituindo-se, por aí, um vínculo de emprego público, ou de forma não subordinada, através de contrato de prestação de serviço, nas modalidades de tarefa ou avença²³⁰.

No que especificamente concerne às modalidades de vínculos, mantém-se o elenco taxativo já resultante da LVCR, ou seja, o vínculo de emprego público apenas pode ser constituído por nomeação, por contrato de trabalho em funções públicas ou por comissão de serviço nos termos que já resultavam daquele diploma legal. Assim, o contrato de trabalho em funções públicas mantém-se como o regime regra de constituição do vínculo de emprego público, destinando-se a nomeação ao exercício de funções predominantemente não técnicas, de autoridade e/ou de soberania. Já a comissão de serviço, destina-se ao exercício de cargos não inseridos em carreiras, designadamente cargos dirigentes ou ao exercício de funções destinadas à aquisição de formação específica, habilitação académica ou título profissional por trabalhador com vínculo de emprego público por tempo indeterminado. A diferença entre estas três modalidades reside nas características da prestação laboral ou na disciplina jurídica que as rege e não na natureza das funções exercidas. Na verdade, essa diferença “...é dada pelas diferentes espécies de competências, actividades, cargos ou funções exercidas e ainda pela regulamentação jurídica que disciplina cada uma dessas modalidades, pelo que são as características das actividades ou funções exercidas que vão determinar a concreta modalidade de vínculo de emprego público e a norma que disciplinará o conteúdo da relação de emprego emergente de tal vínculo”²³¹.

Se, como se disse, a LVCR definia a relação de trabalho resultante do contrato de trabalho em funções como tendo natureza administrativa, a LTFP, pelo contrário remete-

²³⁰ Nos termos das alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 10.º da LTFP, o contrato de tarefa tem por objecto a execução de trabalhos de natureza excepcional, não podendo exceder o termo do prazo contratual inicialmente estabelecido, ao passo que o contrato de avença tem por objecto a execução de prestações sucessivas no exercício de profissão liberal, com retribuição certa mensal.

²³¹ MOURA, Paulo Veiga/ARRIMAR, Cátia, *Comentários ...*, cit. p. 103.

se ao silêncio quanto à natureza jurídica dessa relação (e, aliás, quanto à própria noção de contrato de trabalho em funções públicas), circunstância que, se vista à luz da deriva mais acentuada para o direito privado, pode suscitar dúvidas relativamente a essa matéria, mais concretamente quanto à questão de saber se não estaremos já aqui perante um contrato de trabalho especial. Ainda assim, parece poder afirmar-se que a relação em causa mantém a natureza pública. Aponta nesse sentido, desde logo, o facto de no artigo 12.º se cometer a competência para dirimir os litígios emergentes dos vínculos de emprego público – todos eles – aos tribunais administrativos e fiscais, os quais, como decorre do artigo 1.º, n.º 1, do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, nos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais. Ou seja, ainda que não o diga expressamente, o legislador na LTFP parece configurar a referida relação de trabalho como uma relação jurídica administrativa.

Por outro lado, se atendermos aos critérios de qualificação dos contratos administrativos, e dentro deles, a nosso ver, especificamente ao interesse público que se revela como prevalecente na relação que ali se estabelece, tudo parece indiciar que estamos, efectivamente, perante um contrato administrativo²³².

Ainda assim, e como se disse, há um assumido intuito de laboralização – no sentido de aproximação ao regime laboral comum – o que claramente evidencia “...o amor sentido pelo legislador relativamente ao regime laboral privado, por ele tido como um arquétipo ou modelo de perfeição”²³³.

²³² No sentido de que o contrato de trabalho em funções públicas é um contrato administrativo, ainda que não sujeito ao regime do Código dos Contratos Públicos, cfr. MOURA, Paulo Veiga/ARRIMAR, Cátia, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1.º Vol, Coimbra Editora, 2014, p. 108. Estes autores configuram, se seguida, o contrato de trabalho em funções públicas como um contrato de adesão a um regime unilateralmente imposto. Definindo o contrato de trabalho em funções públicas como um contrato administrativo veja-se, também, MELO, Pedro “Os Contratos da Administração Pública no novo CPA”, *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo* (Coord. Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão), AAFDL, 2015, p. 732 e MATOS, André Salgado de “A invalidade de contratos de trabalho em funções públicas consequente da invalidade de actos administrativos no novo paradigma da constituição de relações jurídicas de emprego público”, *Direito e Justiça: Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. I, 2015, p. 192.

²³³ MOURA, Paulo Veiga/ARRIMAR, Cátia, *Comentários ...*, cit., p. 94.

PARTE III

NOVOS HORIZONTES PARA O EMPREGO PÚBLICO

1. As entidades públicas empresariais como parte da Administração Estadual Indirecta

Na sequência da Revolução Francesa de 1789 surgiu o conceito de “descentralização administrativa”, intimamente ligado à administração municipal, traduzindo-se no reconhecimento às comunidades locais de uma série de atribuições próprias que estas deveriam prosseguir através de órgãos próprios, eleitos pelos membros dessas comunidades e sujeitos a um limitado controlo governamental²³⁴.

Mais tarde, porém, fruto do já várias vezes aqui abordado fenómeno de aumento exponencial das tarefas a cargo da Administração Pública, o conceito vem a abranger, também, a criação, por parte do Estado, de pessoas colectivas de direito público que são por aquele incumbidas de prosseguir tarefas estaduais.

Assim, no primeiro caso - reconhecimento de atribuições às comunidades locais -, estamos perante aquilo a que se chama *descentralização territorial* e, no segundo, perante a *descentralização funcional ou por serviços*, também usualmente designada por *devolução de poderes*.

Pode, assim, dizer-se, que, no âmbito da organização administrativa “...a descentralização é o processo através do qual, reconhecido que se não deve imputar apenas à pessoa colectiva estadual a responsabilidade pela direcção e prossecução das finalidades que caem no âmbito da Administração Pública, se distribuem essas tarefas por pessoas colectivas ou organizações diferentes do Estado e a que se fixa um campo de actuação, territorial ou institucional, mais limitado que o dele”^{235 236}.

²³⁴ Este reconhecimento de poderes às comunidades locais, ainda que possa, de algum modo, dizer-se filho da Revolução Francesa, veio a ocorrer numa série de outros países europeus, ainda que não necessariamente sob a designação de descentralização. Com efeito, na Alemanha, no âmbito da reforma comunal prussiana, surgiram, impulsionadas por Lorenz Von Stein, as ideias de eleitorado local e de atribuição às comunas de uma esfera de actuação própria. Falava-se, aqui, de auto-governo, no âmbito da doutrina que ficou conhecida como *selbsterwaltung*. Já na Itália, a doutrina construiu o conceito de *autarquia*, o qual, se no seu sentido etimológico traduz auto-suficiência, independência, característica daquele que se basta a si próprio, vem, a nível jurídico a significar a *capacidade que um ente público possui, face ao Estado, de administrar por si mesmo os seus próprios interesses* (abrangiam-se aqui, portanto, não só as autarquias territoriais mas, também, as designadas autarquias institucionais). Na Grã-Bretanha, por seu turno, é através do conceito de *selfgovernment* que se traduz o exercício de poderes por parte das colectividades territoriais, através de órgãos próprios. Sobre a questão vide MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma...*, cit., pp. 55 e ss.

²³⁵ OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1984, p. 183.

Não se abordará aqui, por economia, a questão da descentralização territorial. Interessa-nos, sim, a chamada descentralização funcional ou por serviços. Trata-se, no fundo, de, em face das especificidades técnicas de determinadas tarefas administrativas, criar serviços distintos do Estado, que possam agir com relativa autonomia face a este, libertos dos espartilhos da complexa e burocratizada Administração Central, garantindo-se, dessa forma, a maior maleabilidade e eficácia que a prossecução de tais tarefas exige. Ou seja, está aqui em causa um interesse estadual, mas que é prosseguido por pessoas colectivas distintas do Estado, o que dá origem à designada Administração Estadual Indirecta.

De um ponto de vista material, pode designar-se por administração estadual indirecta a actividade administrativa do Estado tendente à realização das atribuições deste e que é realizada por entidades dotadas de personalidade jurídica própria e de autonomia administrativa e financeira. Já do ponto de vista orgânico a administração estadual indirecta traduz-se no conjunto de entidades públicas que desenvolvem, com personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira, uma actividade administrativa orientada para a realização dos fins do Estado²³⁷.

É usual fazer-se aqui a distinção entre Administração Estadual Indirecta Pública e Administração Estadual Indirecta privada, consoante as entidades abrangidas tenham personalidade jurídica pública ou privada²³⁸.

Assim, dentro da Administração Estadual indirecta Pública temos, desde logo, os institutos públicos, ou seja, as pessoas colectivas, de tipo institucional, criadas para assegurar o desempenho de determinadas funções administrativas de carácter não empresarial, pertencentes ao Estado ou a outra pessoa colectiva pública^{239 240}.

²³⁶ A CRP, no n.º 1 do artigo 267.º, estabelece que “[a] Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática”, acrescentando, no n.º 2 desse mesmo artigo que “[p]ara o efeito do disposto no número anterior, a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de acção da Administração e dos poderes de direcção, superintendência e tutela dos órgãos competentes”.

²³⁷ Cfr. FONSECA, Isabel Celeste M., *Direito da Organização Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 135.

²³⁸ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2.º Edição, pp. 91-95. No mesmo sentido, OTERO, Paulo, *Vinculação...*, cit., pp. 228-230.

²³⁹ Cfr. FONSECA, Isabel Celeste M., *Direito da Organização Administrativa...*, cit., p. 137.

²⁴⁰ Este enquadramento dos institutos públicos na Administração Estadual Indirecta tem, aliás, assento legal, porquanto o n.º 3 da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro – Lei Quadro dos Institutos Públicos – estabelece, no n.º

Depois, fazem igualmente parte da Administração Estadual Indirecta Pública as EPE, ou seja, como ficou visto, as pessoas colectivas de direito público, de natureza empresarial, criadas pelo Estado para a prossecução dos seus fins.

Já do lado da Administração Estadual Indirecta Privada temos a generalidade das empresas públicas, ou seja aquelas de base societária criadas pelo Estado e nas quais este exerce uma influência dominante.

Integram-se ainda aqui as fundações públicas de direito privado²⁴¹, bem como as associações criadas pelo Estado para prosseguirem as atribuições deste.

Pode, pois, afirmar-se, para o que aqui nos interessa, que, na organização administrativa portuguesa, as EPE fazem parte da Administração Estadual Indirecta.

2. A actual exclusão das EPE do âmbito da LTFP

Decorre do n.º 2 artigo 1.º da LTFP que aquele diploma é aplicável “...à administração directa e indirecta do Estado e, com as necessárias adaptações, designadamente às competências em matéria administrativa dos correspondentes órgãos de governo próprio, aos serviços da administração regional e da administração autárquica.”

Diga-se, ainda, que no n.º 3 desse artigo estabelece-se que a LTFP é igualmente 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 respectivos órgãos de gestão e outros órgãos independentes”, bem como – di-lo o n.º 4 – aos órgãos e serviços de apoio à Assembleia da República, sem prejuízo de regimes especiais e com as adaptações que se mostrem necessárias ao exercício das respectivas competências.

Ora, dito isto assim, sem mais, seríamos levados a concluir que as EPE, fazendo parte integrante, como se disse, da Administração Estadual Indirecta, seriam abrangidas pela LTFP.

Sucedê, porém, que o artigo 2.º da LTFP indica expressamente as entidades que são excluídas do respectivo âmbito de aplicação. Mais concretamente, estabelece-se aí que a LTFP não é aplicável a:

1 do artigo 2.º que “[o]s institutos públicos integram a administração indirecta do Estado e das Regiões Autónomas”.

²⁴¹ Note-se que as fundações públicas (de direito público) fazem parte integrante da categoria dos institutos públicos.

- a) Gabinetes de apoio dos membros do Governo e dos titulares dos órgãos referidos nos n.ºs 2 e 4 do artigo anterior, ou seja, aos gabinetes de apoio dos titulares dos diversos órgãos da administração directa e indirecta, regional e local, bem como aos gabinetes de apoio dos demais órgãos de soberania ali indicados;
- b) Entidades públicas empresariais;
- c) Entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo e Banco de Portugal;
- d) Militares das Forças Armadas, militares da Guarda Nacional Republicana e pessoal com funções policiais da Polícia de Segurança Pública, cujos regimes constam de lei especial.

Ou seja, as EPE estão expressamente excluídas do âmbito de aplicação da LTFP.

Ainda assim, há que dizer – o que, aliás, já tinha sido referido – que esta exclusão não é total, na exacta medida em que os artigos 18.º do RSPE faz aplicar aos trabalhadores das EPE o que se estabelece na LTFP em matéria de subsídio de refeição, ajudas de custo, trabalho suplementar e trabalho nocturno.

Mais, o artigo 19.º do RSEP permite que trabalhadores com relação jurídica de emprego público possam exercer funções nas empresas públicas mediante cedência de interesse público – regulada no artigo 241.º e seguintes da LTFP -, tal como permite o inverso, ou seja, que trabalhadores das empresas públicas possam exercer funções em entidades abrangidas pela LTFP, igualmente por cedência de interesse público.

Para além disso, os artigos 274.º, 372.º e 399.º da LTFP contêm disposições aplicáveis aos trabalhadores das EPE, nomeadamente em matéria de reorganização de serviços, que implique transferência de atribuições e competências para EPE, e de decisões arbitrais em matéria de serviços mínimos em período de greve²⁴².

No que concerne a este âmbito de aplicação da LTFP já há quem aponte “incoerências de regime”. Mais concretamente, afirma-se que aquele diploma estabelece as bases gerais do regime da função pública mas que, ao mesmo tempo, exclui do seu âmbito típicos sectores da Administração Pública que eram abrangidos pela LVCR, designadamente as entidades reguladoras independentes e o Banco de Portugal²⁴³.

²⁴² Cfr. MOURA, Paulo Veiga/ARRIMAR, Cátia, *Comentários...*, cit., p. 89.

²⁴³ Assim, MARTINS, Licínio Lopes, “Nótulas...”, cit., pp. 252-253.

Acrescentamos, nós, porém, que tais incoerências de regime vêm já do tempo da LVCR, como que num pecado original, justamente por se excluir do âmbito do contrato de trabalho em funções públicas os trabalhadores das EPE.

3. O trabalho nas EPE como trabalho em funções públicas

Fazendo as EPE, como ficou visto, parte integrante da Administração Estadual Indirecta, mais concretamente da Administração Estadual Indirecta Pública, a expressa exclusão do âmbito da LTFP - crendo que legislador não legisla “porque sim” - haveria de fundar-se em concretas razões de preferência pelo regime do contrato individual de trabalho.

É insofismável que há, desde os tempos de antanho, uma opção clara no sentido de aplicar aos trabalhadores das empresas públicas o regime laboral comum. Mas é, igualmente, claro que as empresas públicas não são hoje o que foram outrora, e muito menos o é a relação jurídica de emprego público.

A questão está, pois, em saber se, actualmente, faz sentido que as EPE, tal como estão configuradas, sejam afastadas do regime de emprego público.

Começando pelo topo, ou seja, pela CRP, há que dizer que os trabalhadores das EPE são trabalhadores da Administração Pública, abrangidos, portanto, pelo regime contido no artigo 269.º da Lei Fundamental. Na verdade, como já se afirmou, para os efeitos ali previstos devem ter-se como tal as pessoas físicas que, mediante retribuição, prestam actividade laboral sob a autoridade e direcção de uma entidade pública, independentemente do carácter público ou privado do título por que a mesma é prestada.

Ou seja, da natureza pública das EPE decorre para os respectivos trabalhadores aquele estatuto, independentemente de, por opção legal, se lhes aplicar o regime do contrato individual de trabalho.

Significa isto, desde logo, que, nessa qualidade, os ditos trabalhadores estão, como qualquer outro trabalhador da Administração Pública, seja qual for o vínculo por que a ela esteja ligado, exclusivamente ao serviço do interesse público, tal como é definido, nos termos da lei, pelos órgãos da Administração. É que a Administração Pública, toda ela,

visa a prossecução do interesse público, conforme se extrai do n.º 1 do artigo 266.º da CRP²⁴⁴.

Do mesmo passo, e porque assim é, os trabalhadores das EPE não podem ser prejudicados ou beneficiados em virtude do exercício de quaisquer direitos políticos previstos na Constituição, nomeadamente por opção partidária.

Gozam, também, como qualquer trabalhador em funções públicas, do direito de audiência e defesa em processo disciplinar e estão sujeitos ao mesmo regime de proibição de acumulação de empregos ou cargos públicos.

Não estarão, quanto a nós, sujeitos ao regime de incompatibilidades entre o exercício de cargos públicos e o de outras actividades. Mas não o estão – mal! – não por qualquer opção do legislador constituinte mas apenas e tão-só porque a CRP cometeu ao legislador a tarefa de determinar essas incompatibilidades e as mesmas vêm a estar, actualmente, previstas no artigo 19.º e seguintes da LTFP, que não se aplica às EPE, atenta a exclusão prevista no artigo 2.º.

Mas note-se o seguinte: o regime de incompatibilidades previsto na LTFP é-o, justamente, em face do interesse público que os trabalhadores da Administração Pública estão adstritos a respeitar e prosseguir²⁴⁵. A dedicação exclusiva ao interesse público “...é uma consequência da sujeição da Administração Pública ao princípio da prossecução do interesse público, que impõe ao trabalhador a obrigação de nortear toda a sua actuação no sentido de prosseguir aquele interesse, adoptando os comportamentos que sejam exigíveis para esse fim e abstendo-se de toda e qualquer actuação que comprometa a sua actuação. Para o efeito, ‘amarra-se’ o trabalhador público a um único ‘ponto cardeal’, procurando-se evitar que o mesmo disperse a sua atenção e dedicação por outros interesses que não o interesse da colectividade ou se coloque numa situação que possa comprometer a sua independência, isenção e produtividade”²⁴⁶. E é por essa razão que no artigo 22.º da LTFP se determina quais as funções privadas que não podem ser acumuladas com o exercício de funções públicas. Mais concretamente o exercício de funções públicas não pode ser acumulado com funções ou actividades privadas, exercidas em regime de trabalho

²⁴⁴ Cfr., neste sentido, ainda que quanto aos trabalhadores das empresas municipais, NEVES, Ana Fernanda, “O regime de pessoal e a mobilidade nas empresas municipais”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Alberto Xavier* (org. Eduardo Paz Ferreira, Heleno Taveira Torres, Clotilde Celorico Palma), Almedina, Coimbra, 2013, p. 13.

²⁴⁵ Como se disse, a própria Lei n.º 23/2004 previa a aplicação deste regime de incompatibilidades aos trabalhadores vinculados por contrato individual de trabalho e por contrato de trabalho a termo.

²⁴⁶ Cfr. MOURA, Paulo Veiga/ARRIMAR, Cátia, *Comentários...*, cit., p. 144.

autónomo ou subordinado, com ou sem remuneração, concorrentes, similares ou conflituantes com as funções públicas, considerando-se como tal as actividades privadas que, tendo conteúdo idêntico ao das funções públicas desempenhadas sejam desenvolvidas de forma permanente ou habitual e se dirijam ao mesmo círculo de destinatários.

Dá-se, assim, o curioso facto de o legislador, ao excluir as EPE do regime da LTFP²⁴⁷ estar a permitir que haja trabalhadores da Administração Pública adstritos à prossecução do interesse público que, por isso, estão de alguma forma manietados por um específico regime de incompatibilidades, ao lado de outros, também eles com a qualidade de trabalhadores da Administração Pública e vinculados ao mesmo fim que, apenas em virtude da natureza jurídica da respectiva entidade patronal, têm regime diverso, muito mais permissivo.

Não é tanto a afronta ao artigo 269.º da CRP que aqui se antevê. Na verdade, se mais não houvesse, o legislador ordinário estaria habilitado a estabelecer, como lhe aprouvesse, o regime de incompatibilidades dos trabalhadores da Administração Pública. No entanto seria assim, repete-se, se mais não houvesse. Mas o certo é que há. Com efeito, o artigo 13.º da CRP consagra o princípio da igualdade, aí se estabelecendo que “[t]odos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei” (n.º 1) e, concretizando, que “[n]inguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual” (n.º 2).

Como vem reconhecendo, de forma pacífica, o Tribunal Constitucional, “só podem ser censuradas com fundamento em lesão do princípio da igualdade, as escolhas de regime feitas pelo legislador ordinário naqueles casos em que se prove que delas resultam diferenças de tratamento entre as pessoas que não encontrem justificação em fundamentos razoáveis, perceptíveis e inteligíveis, tendo em conta os fins constitucionais que, com a medida da diferença, se prosseguem”²⁴⁸.

Quais são, então, no caso, os fundamentos razoáveis, perceptíveis e inteligíveis que fundam a diferença? É que, quanto a nós, só se divisa um fundamento, mas que não cumpre esses critérios: a natureza empresarial das EPE.

²⁴⁷ Ou, pelo menos, ao não fazer estender o regime de incompatibilidades aos trabalhadores daquelas empresas

²⁴⁸ Cfr., assim, os Acs. do Tribunal Constitucional n.ºs 47/2010 e 187/2013.

No entanto, essa natureza empresarial – que será aquilo que, bem ou mal, ainda as vai distinguindo dos institutos públicos – não obsta a que os respectivos trabalhadores sejam tidos à luz da CRP, como vimos, como trabalhadores da Administração Pública, com as inerentes consequências. Nem obsta a que se lhes aplique, como igualmente já foi dito, uma série de normas da LTFP. Nem obsta a que – tão a jeito! – se lhes aplique as regras de proibição de valorizações remuneratórias que, desde 2010, têm sido sucessivamente estabelecidas nas Leis do Orçamento de Estado. Nem obsta a que as EPE (aqui juntamente com as demais empresas públicas), igualmente por força do Orçamento de Estado, apenas em situações excepcionais, devidamente fundamentadas, possam proceder ao recrutamento de trabalhadores para a constituição de vínculos de emprego por tempo indeterminado ou a termo²⁴⁹.

Temos, pois, que a natureza empresarial das EPE não é argumento sólido para afastar os respectivos trabalhadores do regime de incompatibilidades previsto na LTFP, do que retiramos que esse afastamento, por irrazoável, imperceptível e ininteligível, afronta o princípio da igualdade plasmado no artigo 13.º da CRP, na exacta medida em que cria uma injustificada distinção entre trabalhadores das EPE e dos trabalhadores em funções públicas a que se aplica a LTFP.

Em suma, o regime resultante do artigo 269.º da CRP deve aplicar-se, *in totum*, aos trabalhadores das EPE, nos mesmo termos que é aplicável aos trabalhadores abrangidos pela LTFP.

Ainda nesta sede, diga-se que entendemos que o recrutamento para as EPE, à luz do que decorre do artigo 47.º, n.º 2, da CRP, deve ser precedido de procedimento que garanta a observância dos princípios da igualdade e imparcialidade. As EPE fazem parte da Administração Pública e os respectivos trabalhadores são, como ficou demonstrado, trabalhadores da Administração Pública, razão pela qual não se vislumbra razão para que, apenas em função da natureza da entidade empregadora, se afaste a observância de princípios basilares que a dita entidade empregadora está, em geral, vinculada a observar na sua actividade.

Como se afirma no Projecto de Lei Quadro dos Institutos Públicos, “...mesmo quando admissível o regime do contrato de trabalho, nem a Administração Pública pode

²⁴⁹ Cfr. o artigo 28.º, n. 2, da Lei n.º 7-A/2016, de 2016, que aprova o Orçamento de Estado para 2016.

considerar-se uma entidade patronal privada nem os trabalhadores podem ser considerados como trabalhadores comuns.

No que respeita à Administração, existem princípios constitucionais válidos para toda a actividade administrativa, mesmo de ‘gestão privada’, ou seja, submetida ao direito privado. Entre eles contam-se a necessária prossecução do interesse público, bem como os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé (artigo 266.º, n.º 2, da Constituição), todos eles com especial incidência na questão do recrutamento do pessoal.

Além disso, estabelecendo a Constituição que ‘todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso’ (CRP, artigo 47.º, n.º 2), seria naturalmente uma verdadeira fraude à Constituição se a adopção do regime do contrato individual de trabalho incluísse uma plena liberdade de escolha e recrutamento dos trabalhadores da Administração Pública com regime laboral comum, sem qualquer requisito procedimental tendente a garantir a observância dos princípios da igualdade e da imparcialidade”.

Nesta mesma linha, afirma-se no Ac. do Tribunal Constitucional n.º 409/2007, que “...a exigência de ‘acesso à função pública, em condições de liberdade e igualdade, em regra por via de concurso’ apresenta duas vertentes. Por um lado, numa vertente subjectiva, traduz um direito de acesso à função pública garantido a todos os cidadãos; por outro lado, numa vertente objectiva, constitui uma garantia institucional destinada a assegurar a imparcialidade dos agentes administrativos, ou seja, ‘que os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas estão exclusivamente ao serviço do interesse público’ (n.º 1 do artigo 269.º da CRP). Na verdade, procedimentos de selecção e recrutamento que garantam a igualdade e a liberdade de acesso à função pública têm também a virtualidade de impedir que essa selecção e recrutamento se façam segundo critérios que facilitariam a ocupação da Administração Pública por cidadãos exclusiva ou quase exclusivamente afectos a certo grupo ou tendência, com o risco de colocarem a mesma Administração na sua dependência, pondo em causa a necessidade de actuação “com respeito pelo princípios da igualdade, da

proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé” (n.º 2 do artigo 266.º da CRP)²⁵⁰.

Começámos pela CRP, mas continuemos, agora, a digressão já ao nível da lei ordinária.

A LTFP não fornece um conceito de trabalho em funções públicas, antes se limitando a dizer, no n.º 1 do artigo 1.º, que “...regula o vínculo de trabalho em funções públicas”, trabalho esse que, conforme dispõe o n.º 1 do artigo 6.º, “...pode ser prestado mediante vínculo de emprego público ou contrato de prestação de serviço, nos termos da presente lei”. Vínculo de emprego público – como se estabelece no n.º 2 do artigo 6.º - “...é aquele pelo qual uma pessoa singular presta a sua atividade a um empregador público, de forma subordinada e mediante remuneração”, podendo revestir uma das seguintes modalidades: (i) contrato de trabalho em funções públicas; (ii) nomeação; (iii) comissão de serviço.

Destes artigos retira-se, desde logo, que o *trabalho em funções públicas*, para efeitos da LTFP, tem um âmbito que é, por um lado, mais restrito que o de *exercício de funções públicas* e, por outro, mais amplo que o *vínculo de emprego público*²⁵¹. É que, como acaba de se dizer, o trabalho em funções públicas ali regulado abrange quer o vínculo de emprego público quer o contrato de prestação de serviço. Mas, ainda assim, refere-se apenas ao trabalho prestado numa dessas modalidades, que são depois, todas elas, reportadas ao *empregador público*, que será um dos previstos no artigo 1.º da LTFP e não abrangido pela exclusão do artigo 2.º.

O mesmo é dizer, portanto, que os trabalhadores das EPE não são abrangidos pelo âmbito de aplicação da LTFP porque exercem funções para empregadores que são excluídos do âmbito de aplicação daquele diploma. Mas apenas por isso. Efectivamente, na falta de uma definição legal de trabalho em funções públicas, este vem a ser, na verdade, aquele que é prestado, mediante vínculo de emprego público ou contrato de prestação de serviço, para um dos empregadores públicos abrangidos pela LTFP.

A questão é que essa é, mesmo, uma mera exclusão formal, porquanto assenta, exclusivamente, na natureza empresarial do empregador e, certamente, na tradição de

²⁵⁰ Refira-se que o Decreto-Lei n.º 233/2005, relativo aos hospitais E.P.E., estabelece, no n.º 4 do artigo 14.º, que “[o]s processos de recrutamento devem assentar na adequação dos profissionais às funções a desenvolver e assegurar os princípios da igualdade de oportunidades, da imparcialidade, da boa fé e da não discriminação, bem como da publicidade, excepto nos casos de manifesta urgência devidamente fundamentada”.

²⁵¹ Cfr. MOURA, Paulo Veiga/ARRIMAR, Cátia, *Comentários...*, cit., p. 9.

aplicar aos trabalhadores das empresas públicas o regime do contrato individual de trabalho.

E se a estes trabalhadores – trabalhadores da Administração Pública –, ao serviço de pessoas colectivas de direito público, adstritos em exclusivo à prossecução do interesse público e abarcados pelo regime plasmado no artigo 269.º da CRP, o legislador nega a aplicação do regime do contrato de trabalho em funções públicas, o certo é que vem depois a admitir a extensão desse mesmo regime a trabalhadores que o são ao serviço de outras entidades públicas com regime de direito privado, como é o caso das fundações públicas de direito privado²⁵².

Vimos, na breve viagem empreendida à evolução das empresas públicas em Portugal, que num primeiro momento havia diversos regimes laborais, consoante o tipo de actividade a que a empresa se dedicasse, e que, posteriormente, o Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969, veio aplicar, no seu artigo 11.º, n.º 2, o regime do contrato individual de trabalho às empresas públicas. Mas vimos, igualmente, que o Decreto-Lei n.º 260/76, consagrava dois tipos de regime laboral – o do contrato individual de trabalho e um outro, adaptado ao regime do funcionalismo público –, consoante as empresas públicas gozassem, ou não, de benefícios especiais e/ou de prerrogativas de autoridade.

Assim, é apenas com o RSEE que se adopta, uniformemente, o regime do contrato individual de trabalho, quer se esteja perante uma EPE ou uma empresa pública de base societária.

Mas recordemos as razões que levaram à deriva privatística: busca de maior flexibilidade e eficiência, possibilidade de utilização de instrumentos, técnicas e métodos de actuação especialmente flexíveis, ágeis e expeditos e, no que especificamente concerne ao pessoal, possibilidade de pagar salários em função das exigências e indicações próprias do mercado de trabalho²⁵³.

Atentemos agora no que está na génese da reforma do emprego público, no movimento laborizador a que se tem vindo a assistir. Diz-se na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 184/XII²⁵⁴, que “[a] Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas culmina um itinerário aproximativo ao regime laboral comum que, ao longo dos últimos

²⁵² Cfr. a alínea b) do n.º 2 do artigo 52.º e o n.º 2 do artigo 57.º da Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 150/2015, de 10 de Setembro, diploma que aprova a Lei Quadro das Fundações.

²⁵³ Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, Curso..., cit., pp. 351-354.

²⁵⁴ Proposta de Lei que deu origem à LTFP.

anos, vem paulatinamente trilhando o seu caminho. Para nos situarmos apenas no presente milénio, merece especial referência a 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 a que já se aludiu. Após este marco legislativo, pode com inteira propriedade dizer-se que o tempo do estatuto do funcionalismo público em estado quase puro, durante décadas, vigente na Administração Pública portuguesa, desaparecia definitivamente.

A recente publicação da Lei n.º 66/2012, de 31 de Dezembro, mais não representou que um novo degrau nessa convergência, alinhando o regime laboral 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.

A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas assenta em três ideias-chave:

- Assumir a convergência tendencial do regime dos trabalhadores públicos com o regime dos trabalhadores comuns, ressalvadas as especificidades exigidas pela função e pela natureza pública do empregador, com salvaguarda do estatuto constitucional da função pública;
- Tomar como modelo de vínculo de emprego público a figura do contrato de trabalho em funções públicas, sem deixar de procurar um regime unitário para as duas grandes modalidades de vínculo de emprego público (contrato e nomeação), realçando apenas as especificidades de cada uma sempre que necessário;
- Integrar, harmonizar e racionalizar as alterações legislativas concretizadas nos últimos quatro anos no regime laboral da função pública que o haviam desfigurado e descaracterizado, devolvendo e reforçando a sua unidade e coerência”.

Temos, pois, que a função pública se flexibilizou, se laboralizou, assim se diz, o que foi feito através da convergência com o Código do Trabalho, justamente aquele que é aplicável aos trabalhadores das EPE. As diferenças que ainda separam as duas legislações subsistem, então, atenta a natureza pública e as funções desempenhadas pelo empregador.

São, em rigor, diferenças que encontram justificação na prossecução do interesse público a que a Administração Pública está vinculada.

Mas o certo é que as EPE e os respectivos trabalhadores, estão, igualmente, obrigados à prossecução do interesse público, pelo que, se há hoje, ao nível do emprego público, uma remissão para o Código do Trabalho numa miríade de matérias, e se o que resta de específico resulta dessa circunstância de a Administração Pública estar dedicada ao interesse público, temos para nós que não existem, hoje, razões para excluir aqueles trabalhadores do âmbito de aplicação da LTFP.

Não pode dizer-se, sequer, para obviar a tal conclusão, que o que se pretende com a diferença é permitir nas EPE uma política salarial que as rígidas regras da função pública não admitem. Na verdade, esse até poderia ser um argumento razoável se a realidade não lhe fosse tão madrastra. É que o que se verifica hoje em Portugal, no que tange a política salarial das EPE, fica a anos-luz dessa quimera dos salários altos. Tome-se como exemplo o Acordo Colectivo celebrado entre os hospitais EPE e o Sindicato dos Enfermeiros portugueses, em 29 de Setembro de 2015²⁵⁵, que tem por fito, justamente, equiparar os níveis e posições remuneratórias dos enfermeiros contratados em regime de contrato individual de trabalho aos dos enfermeiros que exercem funções naqueles hospitais em regime de contrato de trabalho em funções públicas. Mas a equiparação, note-se, faz-se pelo aumento da remuneração dos enfermeiros em regime de contrato individual de trabalho, por forma a que os mesmos possam atingir o mesmo nível salarial que aqueles outros. Ou seja, são os rígidos parâmetros do público, no que toca a remunerações, que servem de *benchmark* ao privado.

Some-se a tudo isto o que já foi dito em matéria de políticas orçamentais, que condicionam as remunerações dos trabalhadores das EPE nos mesmíssimos termos em que se condicionam as dos restantes trabalhadores da Administração Pública, para que se veja que dito argumento é falho, seja qual for a perspectiva por que para ele se olhe.

Fica-nos, então, em mãos, unicamente, a natureza empresarial das EPE. Mas – é a pergunta que se impõe – será que o contrato de trabalho em funções públicas é susceptível de bulir, em alguma medida, com essa natureza?

²⁵⁵ Publicado no Boletim do Trabalho e do Emprego, n.º 43, de 22 de Novembro de 2015.

É que já tivemos, durante anos a fio, entidades a que se apontava uma gestão empresarial e que, sem óbice à mesma, se regiam, em matéria laboral, pelas regras do funcionalismo público. Falamos, mais concretamente, da área da saúde.

Na verdade, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48357, de 27 de Abril de 1968 – Estatuto Hospitalar – afirmava-se que se ultrapassou “...a ideia de que as técnicas da economia nada tinham a ver com o governo dos hospitais e que os problemas de financiamento afectavam a nobreza dos objetivos próprios da atividade médica. Aceita-se, em termos de generalidade, que os processos de gestão económica constituem garantia indispensável de que aos meios materiais reunidos pela comunidade será dada a utilidade óptima, o que, no final, quer dizer maior número de doentes assistidos e melhor assistência prestada”. Seguidamente, no n.º 1 artigo 35.º, estabelecia-se que “[e]m ordem a conseguir a maior eficiência técnica e social, os estabelecimentos e serviços hospitalares devem organizar-se e ser administrados em termos de gestão empresarial, garantindo à colectividade o mínimo custo económico no seu funcionamento”.

O Decreto-Lei n.º 19/88, de 21 de Janeiro – Lei de Gestão Hospitalar – estabelecia, no n.º 1 do artigo 7.º, que “[a] fim de ser conseguida maior eficiência técnica e social, os hospitais devem organizar-se e ser administrados em termos de gestão empresarial, garantindo-se à colectividade o mínimo custo do seu funcionamento, pelo que dela utilizarão as regras e os métodos compatíveis com a sua natureza e fins”.

Posteriormente a Lei de Bases da Saúde²⁵⁶, veio, na mesma linha, afirmar que “[a] gestão das unidades de saúde deve obedecer, na medida do possível, a regras de gestão empresarial e a lei pode permitir a realização de experiências inovadoras de gestão, submetidas a regras por ela fixadas”²⁵⁷.

No Regime Jurídico da Gestão Hospitalar – aprovado pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro - ao estabelecer-se as formas que podem revestir os hospitais integrados na rede de prestação de cuidados de saúde, diz-se, quanto aos hospitais de natureza pública, que estes podem adoptar a forma de estabelecimentos públicos, dotados de personalidade jurídica, autonomia financeira, com ou sem autonomia patrimonial e, bem assim, a de

²⁵⁶ Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto

²⁵⁷ n.º 1 da Base XXXVI. Convém dizer que, conforme resulta do n.º 4 da Base XII, “[o] sistema de saúde é constituído pelo Serviço Nacional de Saúde e por todas as entidades públicas que desenvolvam actividades de promoção, prevenção e tratamento na área da saúde, bem com por todas as entidades privadas e por todos os profissionais livres que acordem com a primeira a prestação de todas ou de alguma daquelas actividades”.

estabelecimentos públicos, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira, patrimonial e natureza empresarial.

E é aqui, neste Regime Jurídico da Gestão Hospitalar, mais concretamente no n.º 2 do artigo 14.º, que se diz que “[a] admissão de pessoal pelos hospitais após a entrada em vigor da presente lei pode reger-se de acordo com os princípios da publicidade, da igualdade, da proporcionalidade e da prossecução do interesse público e pelas normas aplicáveis ao contrato individual de trabalho”.

Ou seja, temos, desde 1968, o legislador a conferir aos hospitais públicos um regime de gestão empresarial e só 34 anos depois é que abriu as portas – possibilitando e não impondo – à utilização do regime do contrato individual de trabalho. O mesmo é dizer, portanto, que durante 34 anos o regime da função pública conviveu com o regime da gestão hospitalar.

Tudo isto para dizer que se a necessidade de gestão hospitalar segundo regras empresariais não obistou, durante todo esse período, à aplicação, aos respectivos trabalhadores, do regime aplicável aos demais funcionários e agentes, muito menos obstará agora em que há uma vincada aproximação do regime de emprego público ao Código do Trabalho.

Diga-se, por último, que muito recentemente, a Assembleia da República, através da Resolução da Assembleia da República n.º 85/2016, de 18 de Maio, recomendou ao Governo a definição dos princípios para a reorganização hospitalar, no que se inclui a recomendação para que “[t]odos os profissionais de saúde que desempenham funções permanentes nos hospitais do SNS sejam integrados em carreiras com vínculo à Administração Pública, através de contratos de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado”²⁵⁸.

4. Reserva constitucional de direito privado?

A questão, aqui chegados, é a de saber se, não obstante tudo o que já ficou dito, não estão as EPE vinculadas, por força da Constituição, a exercer a sua actividade segundo o

²⁵⁸ Se bem que – é preciso reconhecê-lo – se recomende, igualmente, a integração dos hospitais do SNS no sector público administrativo. Fica por perceber, no entantom se uma medida depende da outra, até porque para esta integração é avançado um prazo de dois anos, o que não acontece com aquela outra. Por nós, e pelo que fica dito, não é necessária a aludida integração dos hospitais no sector público administrativo para que os trabalhadores das EPE possam, todos eles, ser abarcados pelo regime do contrato de trabalho em funções públicas.

Direito Privado e se, estando-o, essa vinculação as submete a todo o Direito Privado, aí se incluindo o direito laboral comum.

Efectivamente, encontra-se, ao nível da doutrina, quem extraia da alínea c) do artigo 81.º da CRP um Princípio Constitucional da Eficiência do sector público empresarial e, partindo daí, advogue a existência, igualmente ao nível da Constituição, de uma preferência implícita por formas jurídico-privadas de organização da intervenção empresarial do Estado e, inclusivamente, pela participação maioritária do Estado no capital social de empresas mistas²⁵⁹.

Mais do que isso, defende-se uma reserva constitucional de direito privado relativamente ao sector empresarial do Estado, ou seja, entende-se que as entidades por este abrangidas devem pautar a sua actuação pelo Direito Privado. Mais concretamente, o que se diz é que o Estado, sempre que exerce uma actividade empresarial, quer seja através de formas organizativas de direito público quer seja através de formas organizativas de direito privado, está vinculado a que essa actividade se pautar pelo Direito Privado.

Esta tese assenta em quatro pressupostos:

- a) Afirma-se, em primeiro lugar, que a aplicação do Direito Privado pelas empresas públicas surge como expressão do princípio da igualdade, enquanto manifestação de uma paridade de tratamento ou de um estatuto unitário que determina que todos os agentes económicos actuem no mercado submetidos ao mesmo ordenamento jurídico. Dessa aplicação do princípio da igualdade extrai-se, depois, uma reserva constitucional implícita de um direito comum regulador da actividade empresarial dos vários sujeitos económicos, direito comum esse que vem o ser o Direito Comercial e, subsidiariamente, o Direito Civil;
- b) Diz-se, depois, que a imposição constitucional de actuação segundo o Direito Privado pode decorrer, também, da incumbência constitucional do Estado em garantir uma equilibrada concorrência entre as empresas, o que apenas se conseguirá através da dita aplicação de um direito comum;
- c) Retira-se, em seguida, do Direito Comunitário, mais concretamente do regime comunitário da concorrência, um princípio de igualdade entre empresas públicas e empresas privadas, que exclui toda e qualquer forma de discriminação que distorça as regras da livre concorrência numa economia de mercado aberto.

²⁵⁹ Cfr. OTERO, Paulo, *Vinculação...*, cit. pp. 232-236 e 354.

Nessa medida, apenas se admite que se atribua um regime especial a empresas encarregues da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal porquanto, para as demais, possibilitar-se que exercessem a sua actividade ao abrigo do Direito Administrativo significaria reconhecer-lhes prerrogativas de autoridade e privilégios incompatíveis com o princípio comunitário da igualdade;

- d) Por último, defende-se que a utilização do Direito Administrativo na actuação das empresas públicas, e o conseqüente afastamento do Direito Privado, atentaria contra o princípio constitucional da eficiência do sector público empresarial.

Assim, com base nestes pressupostos, conclui-se, depois, pela “...existência de uma verdadeira reserva constitucional de Direito Privado a favor de todas as entidades (públicas e privadas) integrantes do sector empresarial do Estado que actuam em mercado concorrencial”²⁶⁰.

Transpondo o que acaba de se expor para os domínios das EPE, o que se pode dizer é que, mesmo admitindo a existência da dita reserva, ela não contende com o que aqui se defende relativamente ao regime laboral naquelas entidades, ou seja, a aplicação da LTFP.

Com efeito, e começando pelo fim, a reserva diz respeito às empresas que actuam em mercado concorrencial, o que, porém, entendemos não suceder com as EPE. Na verdade, e desde logo, estas entidades não têm – ou pelo menos não têm de ter – escopo lucrativo²⁶¹. Mas, se é certo que só essa circunstância não seria apta, por si só, a dizer que não laboram em mercado concorrencial, certo é, também, que há outros argumentos que apontam para aí.

No Livro Branco do Sector Empresarial do Estado – que está na base do RSEE – afirma-se que este sector “...além de ter ainda uma grande dimensão, é um conjunto complexo, reunindo empresas com (i) missões muito distintas (provisão de bens públicos e semi-públicos, fornecimento de bens e serviços em mercados concorrenciais, administração de incentivos), (ii) funções diferentes (operadoras e reguladoras) e (iii) formas jurídicas diferentes (de direito público e de direito privado). Ora, desde essa altura, defende-se uma “...associação preferencial, ou tendencial – embora, logicamente, não

²⁶⁰ OTERO, Paulo, *Vinculação...*, cit., p. 302.

²⁶¹ Cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “Sobre as Novas Empresas Públicas (Notas a propósito do DL 558/99 e da L 58/98)”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito (Volume Comemorativo)*, Coimbra, 2002, pp. 9-10.

automática ou obrigatória -, entre o conjunto de empresas públicas que se distingam pela prestação continuada de serviços de interesse económico geral (ou, numa formulação mais corrente e, porventura, mais sugestiva, ‘serviços públicos’ – contrapostas ao conjunto das empresas públicas concorrenciais – e as EPE.

As exigências específicas e as correlativas prerrogativas especiais associadas a empresas prestadoras de serviços de interesse económico geral justificarão, na maior parte dos casos, um regime de intervenção pública mais intensa, que assenta, preferencialmente, em institutos de feição claramente jurídico-pública e administrativa, como o da ‘tutela económica e financeira (aplicável às EPE)’²⁶².

Por outro lado, e nesta análise, convém lançar mão, igualmente, do conceito comunitário de organismo de direito público. Na verdade, a Directiva 89/440/CEE, de 29 de Março de 1989, introduziu este conceito, aí se estabelecendo que a ele deve ser reconduzido qualquer organismo:

- Criado para satisfazer, de um modo específico, necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial;

- Dotado de personalidade jurídica; e

- Cujas actividades sejam financiadas maioritariamente pelo Estado, pelas colectividades territoriais ou por outros organismos de direito público; cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte daqueles últimos; ou cujos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pelo Estado, pelas colectividades territoriais ou por outros organismos de direito público.

O CCP, partindo deste conceito, estabelece, na alínea a), e respectivas subalíneas i) e ii), do n.º 2 do artigo 2.º, que são entidades adjudicantes, para além das que se elencam no n.º 1, quaisquer pessoas colectivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada: (i) tenham sido criadas para satisfazer necessidades de interesse económico geral, sem carácter industrial ou comercial, entendendo-se como tal aquelas cuja actividade não se submeta à lógica do mercado e da livre concorrência; e (ii) sejam maioritariamente financiadas pelas entidades a que alude o n.º 1, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada por aquelas entidades²⁶³.

²⁶² MORAIS, Luís D. S., “As Relações entre o Estado...”, cit., p. 105.

²⁶³ Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 2.º do CCP, são entidades adjudicantes:

a) O Estado;

Impõe-se, assim, perceber o que são necessidades de interesse económico geral, sem carácter industrial ou comercial.

Ora, o Tribunal de Justiça das Comunidades vem considerando que o dito conceito abrange:

- a) As necessidades que são satisfeitas de modo diferente da oferta de bens ou serviços no mercado; e
- b) Que por razões ligadas ao interesse geral, os poderes públicos optam por satisfazer directamente com os seus recursos, ou através de entidades em relação às quais pretendem manter uma influência dominante.

Assim, uma entidade já satisfará necessidades de interesse geral com carácter comercial ou industrial quando actue no mercado em situação de livre e plena concorrência com os demais operadores privados²⁶⁴.

Como se refere no Ac. de 22 de Maio de 2003 do TJCE, proferido no proc. n.º C-18/01, “[p]or força de uma jurisprudência constante, constituem de modo genérico necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, na acepção do artigo 1.º, alínea b), das directivas comunitárias relativas à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos, as necessidades que, por um lado, são satisfeitas de modo diferente da oferta de bens ou serviços no mercado e que, por outro, por razões ligadas ao interesse geral, o Estado opta por satisfazer ele próprio ou em relação às quais pretende manter uma influência determinante”. Mais, considera-se que “[a] existência ou não de uma necessidade desse tipo deve ser apreciada tomando em conta a totalidade dos elementos de direito e de facto relevantes, tais como as circunstâncias que presidiram à criação do organismo em causa e as condições em que o mesmo exerce a sua actividade”. Para tanto, “...importa, nomeadamente, verificar se o organismo em questão exerce as suas actividades em situação de concorrência, podendo a existência dessa concorrência, tal como o Tribunal de Justiça já declarou, constituir indício em apoio do facto de que uma

-
- b) As Regiões Autónomas;
 - c) As autarquias locais;
 - d) Os institutos públicos;
 - e) As fundações públicas;
 - f) As associações públicas;
 - g) As associações de que façam parte uma ou várias das pessoas colectivas referidas nas alíneas anteriores, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas.

²⁶⁴ Cfr. ALMEIDA, João Amaral e, “Os Organismos de Direito Público”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Marcello Caetano*, Vol. I, Coimbra Editora, 2006, p. 639.

necessidade de interesse geral reveste carácter industrial ou comercial”, uma vez que “...se o organismo opera em condições normais de mercado, prossegue um fim lucrativo e suporta as perdas associadas ao exercício da sua actividade, é pouco provável que as necessidades que visa satisfazer não sejam de natureza industrial ou comercial”.

Se olharmos para o panorama nacional em termos de empresas reconduzidas à forma de EPE, o que constatamos é que as mesmas estão direccionadas para actividades que não se desenvolvem em mercado concorrencial e, por isso, são, todas elas, consideradas entidades adjudicantes para efeitos do CCP²⁶⁵. Temos, com efeito, EPE na área da cultura (OPART – Organismo de Produção Artística, E.P.E, Teatro Nacional de D. Maria II, E.P.E., Teatro Nacional de S. João, E.P.E.), na área da gestão de infra-estruturas (NAV Portugal, E.P.E, Parque Escolar, E.P.E.), na área da saúde (39 unidades, entre centros hospitalares, hospitais e unidades locais de saúde), na área dos transportes (CP – Comboios de Portugal, E.P.E, Metro – Metropolitano de Lisboa, EPE), na área da defesa (MM – Gestão Partilhada, E.P.E), e noutros sectores não especificados (Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública – IGCP – E.P.E., AICEP – Agência para Investimento e Comércio Externo de Portugal, E.P.E, Entidade Nacional para o Mercado de Combustíveis, E.P.E. e Serviços Partilhados do Ministério da Saúde E.P.E.)²⁶⁶.

Quer-se com isto dizer que uma EPE não pode actuar em mercado concorrencial?

Há quem entenda que pode ou que, pelo menos, o simples facto de existir uma actuação em mercado concorrencial não deve ter-se como factor determinante para a opção pela forma societária de uma empresa pública. E, nessa medida, apontam-se outros factores que podem apontar para essa escolha pela forma jurídico-privada, designadamente:

- a) Estar em causa actividade económica que se traduza na prática de actos de comércio;
- b) Havendo concorrência, e o conseqüente risco acrescido da actividade, a estratégia empresarial aconselhar a que esse risco seja repartido por várias entidades;

²⁶⁵ Cfr., quanto à recondução das EPE ao conceito de organismo público para efeitos do artigo 2.º do CCP, SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 3.ª Edição, 2010, p. 65.

²⁶⁶ Esta informação é disponibilizada pela Direcção-Geral do Tesouro e Finanças, mais concretamente com a publicitação da carteira de participações do Estado em 30.09.2015, estando acessível através do endereço http://www.dgtf.pt/ResourcesUser/SEE/Documentos/Carteiras_participacoes_Estado/30_09_2015/carteira_global_30_09_2015.pdf.

- c) A actividade estar a ser prestada em regime de mercado, em concorrência sem qualquer tipo de derrogação, praticamente nos mesmos termos em que se exerce a iniciativa económica privada²⁶⁷.

Por nós, porém, partindo do princípio da liberdade conformadora da forma de organização do sector empresarial do Estado – e não discutindo a existência, ou não, de uma preferência constitucional por formas jurídico-privadas – preferimos afirmar que a dualidade actualmente existente entre EPE e empresas públicas de base societária, tem apontado no sentido de a Administração reconduzir à forma jurídico-pública as empresas cuja actuação não se desenvolva em mercado concorrencial. A realidade demonstra, pois, que há, efectivamente, uma associação entre as empresas prestadoras de serviço público ou de interesse económico geral e as EPE, sendo essa, quanto a nós, a única razão que explica, actualmente, essa dualidade²⁶⁸.

Ora, como supra se referiu, não havendo actuação em mercado concorrencial, não pode falar-se em reserva de direito privado.

Mas mesmo que existisse uma tal reserva, temos para nós que a mesma não obstará à aplicação do regime do emprego público aos trabalhadores das EPE. Na verdade, como já se disse, o Direito Privado aplicado pelas empresas públicas é diferente do Direito Privado aplicado pelas empresas integradas no sector privado. Trata-se, na verdade, de um Direito Privado sujeito a uma série de vinculações de Direito Público²⁶⁹.

Ora, o actual regime do emprego público evidencia uma clara aproximação ao direito laboral comum – com uma miríade de matérias a ser reguladas pelo Código do Trabalho -, residindo as diferenças existentes nas especificidades próprias do trabalho para a Administração Pública, no que sobressai a circunstância de esta estar vinculada à prossecução do interesse público.

²⁶⁷ Cfr. D'ALTE, Sofia Tomé, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado...*, cit. pp. 325-326.

²⁶⁸ Encontra-se, inclusivamente, na doutrina quem defenda uma inadequação das empresas públicas sob forma comercial para levar a cabo actividades que não se desenvolvem em mercado concorrencial, entendendo-se, conseqüentemente, que as mesmas devem ser garantidas por um poder público administrativo. Esta circunstância, ainda assim, não impede a possibilidade de recurso, para o efeito, às empresas públicas, mas apenas às que tenham personalidade jurídica pública, ainda que a respectiva actuação se pautar pelo Direito Privado. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, “La renuncia de la administración pública al derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 136, 1995, pp. 225-226.

²⁶⁹ Paulo Otero fala, a este respeito, de um Direito Privado puro, que vem a ser aquele aplicável às entidades empresariais integrantes do sector privado; de um Direito Privado semipublicizado, regulador da actividade das empresas públicas com personalidade de Direito Privado; e de um Direito Privado publicizado, aplicável às empresas públicas com personalidade jurídica de Direito Público.

Assim, mesmo que existisse a dita reserva, sempre a aplicação deste Direito Público privatizado, que vem a ser o regime da LTFP (senão mesmo um Direito Privado publicizado) poderia encontrar abrigo nessas especificidades de pendor jurídico-público com que a reserva não contende.

5. (Outras) Incoerências de regime

Falou-se já em Princípio da Igualdade e da forma pelo qual se entende que o mesmo é afrontado pela não aplicação aos trabalhadores das EPE de (pelo menos) certos aspectos do regime de emprego público, *maxime* no que concerne ao regime de incompatibilidades próprio dos trabalhadores em funções públicas.

O que se vem verificando é que há uma série de outras situações em que esse princípio é, verdadeiramente, posto em causa, com a fuga, pelas EPE, ao regime do emprego público.

Relembre-se que, por força do disposto no artigo 269.º da CRP, os trabalhadores das EPE são trabalhadores da Administração Pública, estando, como os demais trabalhadores ao serviço desta, vinculados à prossecução do interesse público.

Muitas das EPE que fazem hoje parte do sector empresarial do Estado resultaram da transformação de serviços já existentes, muitos deles institutos públicos, que tinham ao seu serviço trabalhadores a que se aplicava o regime de emprego público²⁷⁰. E esses trabalhadores, não obstante essas transformações, puderam manter a situação jurídico-funcional que tinham, ou seja, não transitaram automática e obrigatoriamente para o regime do contrato individual de trabalho.

Temos, pois, que, actualmente, as EPE têm ao seu serviço trabalhadores em regime de emprego público – trabalhadores em funções públicas – ao lado de outros que estão vinculados por contrato individual de trabalho.

Essa situação dá origem a um conjunto de situações caricatas que, a nosso ver, pouco abonam a favor da igualdade que ressuma da Constituição.

Na verdade, começando pelo direito a férias, temos que um trabalhador de uma EPE em regime de trabalho em funções públicas tem direito ao acréscimo de um dia de férias por cada módulo de dez anos de serviço efectivamente prestado, o que não acontece com

²⁷⁰ Ou seja, que antes da entrada em vigor da LVCR eram funcionários ou agentes e que, a partir desse momento, passaram a ser trabalhadores em funções públicas.

os trabalhadores que, nessa mesma EPE, a desempenhar as mesmas funções que aquele outro, estejam em regime de contrato individual de trabalho.

Do mesmo modo, um trabalhador em funções públicas tem a opção de ser beneficiário da ADSE, ao passo que a um trabalhador com contrato individual de trabalho, na mesma entidade, não é reconhecido esse direito.

Um trabalhador em funções públicas está sujeito aos deveres gerais a que se refere o artigo 73.º da LTFP²⁷¹, bem como ao regime disciplinar previsto na LTFP, com as garantias aí estabelecidas. Já um trabalhador em regime de contrato individual de trabalho tem os deveres constantes do artigo 128.º do Código do Trabalho, que são distintos daqueles outros.

Por força da recentíssima Lei n.º 18/2006, de 20 de Junho, um trabalhador em funções públicas está sujeito a um horário de trabalho de sete horas por dia e 35 horas por semana, ao passo que um trabalhador em contrato individual de trabalho pode ter como limites 8 horas por dia e 40 horas por semana.

Ou seja, em face do tipo de vínculo, temos que trabalhadores ao serviço da mesma entidade, que podem estar a desempenhar funções idênticas, têm regimes laborais distintos, sem que – dizemos nós – nada o justifique.

Procurando aprofundar esta questão, tomemos por exemplo o caso da carreira de enfermagem.

O Decreto-Lei n.º 248/2009, de 22 de Setembro, define o regime da carreira especial de enfermagem, aplicando-se aos enfermeiros integrados na mesma cuja relação jurídica de emprego seja constituída por contrato de trabalho em funções públicas.

Nesse mesmo dia 22 de Setembro, foi publicado o Decreto-Lei n.º 247/2009, que define o regime legal da carreira aplicável aos enfermeiros nas EPE e nas parcerias em saúde, em regime de gestão e financiamento privados, integradas no Serviço Nacional de Saúde, bem como os respectivos requisitos de habilitação profissional e percurso de progressão profissional e diferenciação técnico-científica.

Como se refere no preâmbulo deste último diploma, “[n]o âmbito do regime de carreiras da Administração Pública, criou-se um patamar de referência para as carreiras dos profissionais de saúde a exercer em entidades públicas empresariais no âmbito do Serviço

²⁷¹ Mais concretamente os deveres de: a) prossecução do interesse público; b) isenção; c) imparcialidade d) informação; e) zelo; f) obediência; g) lealdade; h) correcção; i) assiduidade; j) pontualidade.

Nacional de Saúde (SNS), pelo que adquire, neste contexto, particular importância a intenção de se replicar o modelo no sector empresarial do Estado.

Efectivamente, a padronização e a identidade de critérios de organização e valorização de recursos humanos contribuem para a circularidade do sistema e sustentam o reconhecimento mútuo da qualificação, independentemente do local de trabalho e da natureza jurídica da relação de emprego”.

Nessa medida – acrescenta-se – o que aí se pretende é “...garantir que os enfermeiros das instituições de saúde no âmbito do SNS possam dispor de um percurso comum de progressão profissional e de diferenciação técnico-científica, o que possibilita também a mobilidade interinstitucional, com harmonização de direitos e deveres, sem subverter a autonomia de gestão do sector empresarial do Estado”.

Pretendeu-se, pois, criar uma estrutura comum no âmbito da carreira de enfermagem, independentemente do tipo de vínculo laboral. E assim, temos que, por comparação dos dois diplomas a que vem de se fazer referência:

- a) É igual a natureza do nível habilitacional;
- b) É igual a qualificação de enfermagem;
- c) É igual a utilização do título;
- d) São iguais as áreas de exercício profissional;
- e) São iguais as categorias;
- f) É igual o conteúdo funcional da categoria de enfermeiro;
- g) É igual o conteúdo funcional da categoria de enfermeiro principal;
- h) São iguais as condições de admissão;
- i) É igual o reconhecimento de títulos e categorias.

No entanto, por entre toda esta ambiência de igualdade, o certo é que há desigualdade, em função do tipo de vínculos, no que concerne, nomeadamente, a férias, deveres gerais, procedimento disciplinar, regime de acumulação de funções públicas e privadas, jurisdição competente para apreciar os litígios emergentes da relação laboral, horário de trabalho, remunerações e contratação colectiva.

Não há dúvidas – e não pretendemos fugir a isso – que no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 247/2009 se afirma que as alterações introduzidas não têm a virtualidade de beliscar a aplicação do Código do Trabalho nem a liberdade de negociação reconhecida às partes no

âmbito da contratação colectiva. A questão é que não há razões que justifiquem as apontadas desigualdades de regime.

Não as justifica a natureza da entidade patronal, uma vez que vem a ser a mesma para uns e para outros.

Não as justifica o tipo de funções desempenhadas, uma vez que, como ficou visto, são idênticas.

Não as justifica, o facto de uns terem vínculo de emprego público e outros um contrato individual de trabalho, na exacta medida em que é do princípio da igualdade, plasmado na Constituição, que falamos. A igualdade material que ali se pretende salvaguardar deve reconduzir-se a uma intenção de justiça, pelo que o sentido do princípio da igualdade, numa perspectiva estritamente jurídica, “...será aquele que ‘actualiza’ a ideia de justiça material”²⁷². Ou seja, o núcleo essencial do princípio situa-se ao nível do direito e não da lei, direito esse a que também o legislador está vinculado.

Não as justifica, sequer, o facto de os trabalhadores com relação jurídica de emprego público nas EPE da saúde estarem num regime transitório – assim o diz o artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 233/2005 – mantendo-se apenas com carácter residual os mapas de pessoal em que estão inseridos, extinguindo-se os respectivos lugares à medida que vagarem. Na verdade, e a ser essa a razão da diferenciação, por que razão se procurou criar idênticos critérios de “organização e valorização de recursos humanos”, tomando por referência, justamente, o regime dos trabalhadores em funções públicas “...a exercer em entidades públicas empresariais no âmbito do Serviço Nacional de Saúde”?

A questão que se coloca – aqui chegados – é a de saber por que razão há-de a sobredita igualdade conseguir-se através da recondução de todos os trabalhadores das EPE ao regime do contrato de trabalho em funções públicas e não ao do Código do Trabalho. Na verdade, não é isso, na realidade, o que se pretende, a médio ou longo prazo, com o regime transitório em que os trabalhadores em funções públicas actualmente ao serviço daquelas entidades estão integrados? Não ficará tudo, no futuro, por via de opção, aposentação ou mesmo requalificação, na paz e sob os auspícios da eficiência e da eficácia que dimanam do Código do Trabalho?

A resposta, quanto a nós, é a de que a referência deve ser o regime do contrato de trabalho em funções públicas, justamente porque os trabalhadores das EPE são, como os

²⁷² SÁ, Almeno de, *Administração do Estado...*, cit., p. 75

demais trabalhadores em funções públicas, trabalhadores das Administração Pública, sujeitos ao regime que decorre do artigo 269.º da CRP, pelo que a aplicação do regime laboral comum – sem que nada, actualmente, a justifique – apenas servirá para furtar esses trabalhadores às aludidas balizas constitucionais do regime da função pública, tal como ali previsto. Ou seja, teríamos, por aí, e adaptando a frase de George Orwell, que “todos os trabalhadores da Administração Pública são iguais, mas alguns são mais iguais do que outros”.

CONCLUSÃO

Fuga para o direito privado.

Olhando para as razões que conduziram, primeiro, à privatização do direito regulador da actividade das empresas públicas e, depois, à laboralização da função pública, constatamos que do que aí se trata, de um lado e de outro, é, em rigor, de fenómenos de fuga para o direito privado.

As razões de tal fuga – as que, pelo menos, se expressam – vêm a ser, essencialmente, a procura de maior flexibilidade e de maior agilidade, com vista a obter ganhos de eficiência e eficácia. Isto porque, nessa ânsia de aplicar as formas organizatórias e métodos de direito privado, aqueles conceitos e o direito administrativo são apresentados como sendo antagónicos.

Nessa apostasia do direito administrativo, como também já se lhe chamou, verifica-se, num primeiro momento, e no que às relações laborais concerne, a submissão dos trabalhadores das empresas públicas ao regime do contrato individual de trabalho. A lógica vinha a ser a de tornar atractivo o trabalho naquelas entidades, tanto mais que, muitas vezes, surgiam a concorrer no mercado com empresas privadas. Reservou-se, assim, o regime do funcionalismo público para o sector público administrativo, onde, ao que parece, eficiência e eficácia não se mostravam tão necessárias.

Mas o certo é que, posteriormente, também a função pública mudou. Não é já o Quasimodo de que as empresas públicas fugiam. Adoptou o contrato como regime regra de vinculação. Encostou-se ao Código do Trabalho. E o que sobrou de específico está ligado à própria especificidade da Administração Pública, mais concretamente a circunstância de ter como fim a prossecução do interesse público.

Fala-se em Administração Pública. Em trabalhadores da Administração Pública. Mas neste conceito, ao nível da Constituição, cabem os trabalhadores de toda a Administração Pública, onde se incluem, indubitavelmente, aqueles ao serviço das entidades públicas empresariais. Estão, todos eles, dedicados, em exclusivo, ao interesse público.

Por interesse público, aliás, os trabalhadores das entidades públicas empresariais, em tempo de contenção financeira, vão-se vendo sujeitos às mesmas contingências que impendem sobre os trabalhadores do sector público administrativo. Ou seja, quando

convém ao interesse público, os trabalhadores das entidades públicas empresariais são acolhidos no seio amigo do regime de emprego público.

No entanto, os motivos que conduziram à fuga para o direito laboral nas empresas públicas fazem, hoje, parte da história do Direito. Temos, na verdade, perante nós, uma regulamentação do emprego público que é o produto acabado (ou, pelo menos, em acabamento) de um processo de laboralização iniciado em 1976, pelo que dizer que as entidades públicas empresariais adoptam o regime do contrato individual de trabalho para fugir à rigidez do direito público afigura-se absolutamente diacrónico.

Mas a diferença de regime subsiste ao nível da lei e, agora, apenas por opção legislativa.

Do que se trata, em nossa opinião, é já de igualdade entre trabalhadores. E aqui, por um lado, entre os trabalhadores das EPE e os actualmente considerados trabalhadores em funções públicas e, por outro, dentro das próprias EPE, entre os trabalhadores em regime de contrato individual de trabalho e os que ali subsistem com vínculo de emprego público.

O que se entende, pois, e respondendo directamente à questão colocada no início do presente trabalho, é que o regime resultante da LTFP para os trabalhadores em regime de contrato de trabalho em funções públicas deve ser estendido aos trabalhadores das EPE, por inexistirem, em nossa opinião, razões para a sua actual exclusão.

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Definição de Empresa Pública*, Coimbra, 1990;
- *Da Empresarialidade (as empresas no direito)*, Almedina, Coimbra, 1999;
 - “Sobre as Novas Empresas Públicas (Notas a propósito do DL 558/99 e da L 58/98)”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito (Volume Comemorativo)*, Coimbra, 2002;
 - “As Novíssimas Empresas Públicas (Segundo o DL 133/2013)”, *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. LVII, Tomo I, 2014, pp. 45-67;
 - “Privatização de Empresas Públicas e Empresarialização Pública”, *IDET, Miscelâneas*, n.º 3, Almedina, Coimbra, 2004, p. 57-73;
- ALFAIA, João, *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, Vol. I., Almedina, Coimbra, 1985
- ALMEIDA, João Amaral e, “Os Organismos de Direito Público”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Marcello Caetano*, Vol. I, Coimbra Editora, 2006, pp. 633-656;
- AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, 2009;
- AMARAL, Diogo Freitas do, *As Modernas Empresas Públicas Portuguesas*, Lisboa, 1971;
- *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 4.º Edição, 2015;
- AMORIM, João Pacheco de, *As Empresas Públicas no Direito Português (em especial, as empresas municipais)*, Almedina, Coimbra, 2000;
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2.º Edição, 2011;
- ANTUNES, Vera Lúcia Santos, *O contrato de trabalho na Administração Pública*, Coimbra Editora, 2010;
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, “Las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de La Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa”, *Documentación Administrativa*, n.º 246-247 (Septiembre 1996-Abril 1997), pp. 439-493;

- CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 10.^a Ed., Almedina, Coimbra, 1980;
- “História da Administração Central, Local e Corporativa”, *Estudos de História da Administração Pública Portuguesa*, Organização de Freitas do Amaral, Coimbra Editora, Coimbra, 1994;
- CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, “Direitos Adquiridos na Relação Laboral Pública e Privada”, disponível http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/V_Coloquio/carlos_cadilha.pdf;
- CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital, CRP - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, Coimbra Editora, 6.^a Edição, 2010;
- CRP - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol I, Coimbra Editora, 4.^a Edição, 2007;
- CASSESE, Sabino, *L'ideale di una buona amministrazione; principio del mérito e stabilità degli impiegati*, acedido em 28/06/2016, disponível em http://ssai.interno.it/download/allegati1/instrumenta_31_02_cassese.pdf;
- *Las Bases del Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994;
- CORREIA, Carlos Pinto, “O Novo Regime do Sector Empresarial do Estado e o Direito Comunitário”, *Estudos Sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado*, organização de Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2000;
- CORREIA, Sérvulo, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987;
- D’ALTE, Sofia Tomé, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Almedina. Coimbra, 2007;
- DEL SAZ CORDERO, Silvia, “La huida del derecho administrativo: ultimas manifestaciones, Aplausos y Criticas”, *Revista de Administración Pública*, 133, Enero-Abril 1994, pp. 57-98.
- DUARTE, António Pinto, “Notas sobre o Conceito e o Regime Jurídico das Empresas Públicas Estaduais”, *Estudos Sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado*, organização de Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2000;
- DUGUIT, Léon, *L’État, Les Gouvernants et les Agents*, Thorin et Fils, Paris, 1903;

- ESTORNINHO, Maria João, *A Fuga para o Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 1999;
- FERNANDES, Francisco Liberal, *Autonomia Colectiva dos Trabalhadores da Administração Pública. Crise do modelo clássico de emprego público*, Coimbra, 1995.
- “A flexibilidade como novo modo de ser da relação de emprego público: necessidade ou estratégia de domínio?”, *As reformas do Sector Público: perspectiva ibérica no contexto pós-crise*, Instituto Jurídico, 2015, pp. 283-293;
 - “Sobre a proibição de conversão dos contratos de trabalho a termo certo no emprego público: comentário à jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *Questões Laborais*, Ano IX (2002), n.º 19, pp. 79-80.
- FERNANDEZ DEL CASTILLO, Tomas de la Quadra-Salcedo, “Lección 5. La Administración Instrumental y Corporativa”, *Organización y Actividad de las Administraciones Públicas*, OpenCourseware Universidade Carlos III de Madrid, 2010, acessado em <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/organizacion-actividad-aapp/materiales-de-clase/OCW-OAAP-Leccion-5.pdf>, em 9.07.2016.
- FERNANDÉZ SANCHÉS, Pedro, *Os parâmetros de Controlo da Privatização Administrativa: instrumentos de fiscalização judicial da decisão jurídico-pública de privatização*, Almedina, Coimbra, 2009;
- FONSECA, Isabel Celeste M., *Direito da Organização Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2011;
- FONSECA, Rui Guerra da, *Autonomia Estatutária das Empresas Públicas e Descentralização Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2005;
- GARCIA, Maria da Glória Dias, *Da Justiça Administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*, Lisboa, 1994;
- GARCIA-MARÍN, José Maria, *El oficio Público en Castilla durante la Baja Edad Media*, INAP, Madrid, 1987;
- GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005;
- *Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 119;

- *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 1999;
- GUISADO, Vicente Gonzalez-Haba, “La Nueva Imagen del Funcionario Público”, *Documentación Administrativa*, n.º 174, 1977, pp.
- HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 8.ª Ed., Recueil Sirey, Paris, 1914;
- HEGEL, Georg Friedrich, *Principes de la Philosophie du Droit*, Tradução de André Kaan, Éditions Gallimard, 1940;
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos, “La renuncia de la administración pública al derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 136, 1995, pp. 201-229.
- LOURENÇO, José Acácio, *As Relações de Trabalho nas Empresas Públicas*, Coimbra Editora, 1984;
- MAÇÃS, Maria Fernanda, “A Relação Jurídica de emprego público. Tendências actuais”, in *Seminário Novas Perspectivas de Direito Público*, policopiado, IGAT, 1999, pp. 1-24;
- MAYER, Otto, *Le Droit Administratif Allemand*, Tome Quatrième, V. Girard & E. Briere, Paris, 1906;
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, “Sentido y formas de la privatización de la administración pública”, *Os Caminhos de Privatização da Administração Pública*, *Stvdia Ivridica*, 60, Coimbra Editora, 2001, pp. 19-30.
- MARTINS, Alda, “A laborização da função pública e o direito constitucional à segurança no emprego”, *Julgar*, n.º 7, 2009, pp. 163-184;
- MARTINS, Licínio Lopes, *As Empresas Públicas no Sector da Saúde*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 84, 2008, pp. 761-772;
- “A Relação de Emprego Público: nótulas sobre as principais vicissitudes da sua evolução recente e (algumas) incoerências de regime”, *As Reformas do Sector Público: Perspectiva Ibérica no Contexto Pós-Crise*, Coord. de José Carlos Vieira de Andrade e Suzana Tavares da Silva, Instituto Jurídico, FDUC, 2015, pp. 239-257;
- MATOS, André Salgado de “A invalidade de contratos de trabalho em funções públicas consequente da invalidade de actos administrativos no novo paradigma da constituição de relações jurídicas de emprego público”, *Direito e*

- Justiça: Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. I, 2015;
- MELO, Pedro “Os Contratos da Administração Pública no novo CPA”, *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo* (Coord. Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão), AAFDL, 2015;
- MIMIN, Pierre, *Le Socialisme Municipal*, Paris, 1912;
- MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007;
- MONCADA, Luís Cabral de, *A empresa pública e o seu regime jurídico; aspectos gerais*, Coimbra, 1988;
- MONCADA, Luís S. Cabral de, *Direito Económico*, Coimbra Editora, 6.^a Edição, 2012;
- MORAIS, Luís D. S., “As Relações entre o Estado e as Empresas Públicas na sequência da aprovação do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro”, *Estudos Sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado*, organização de Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 89-132;
- MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997;
- MOURA, Paulo Veiga e, *Função Pública, Regime Jurídico, Direitos e Deveres dos Funcionários e Agentes*, 1.º Vol, Coimbra, 1999;
- *A Privatização da Função Pública*, Coimbra Editora, 2004;
- MOURA, Paulo Veiga/ARRIMAR, Cátia, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1.º Vol, Coimbra Editora, 2014;
- NEVES, Ana Fernanda, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, *Studia Iuridica 60, Colloquia-7*, BFDUC, 2001, pp. 180-187;
- “O regime de pessoal e a mobilidade nas empresas municipais”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Alberto Xavier* (org. Eduardo Paz Ferreira, Heleno Taveira Torres, Clotilde Celorico Palma), Almedina, Coimbra, 2013;
- *Relação Jurídica de Emprego Público*, Coimbra Editora, 1999;

- *O Direito Disciplinar da Função Pública*, Vol. I, Lisboa, 2007.
 - “O Direito da Função Pública”, (Coord. Paulo Otero e Pedro Gonçalves), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Almedina, 2010, pp. 359 e ss.
 - “os desassossegos de regime da Função Pública”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLI, n.º 1, 2000, pp. 49-49.
 - “O contrato e trabalho na Administração Pública”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Vol. I, Coimbra Editora, 1999, pp. 81 e ss.;
 - “Contrato de trabalho a termo certo e contratos de prestação de serviços na Administração pública – situações irregulares – reintegração”, *Questões Laborais*, Ano II, n.º 6 (1995), Coimbra Editora, pp. 166-182;
- OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1984, p. 183;
- OTERO, Paulo, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra Editora, 1998;
- “Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública”, *Os Caminhos de Privatização da Administração Pública*, *Stvdia Ivridica*, 60, Coimbra Editora, 2001, pp. 40-57;
 - *Legalidade e Administração Pública, O sentido da vinculação administrativa à jurisdição*, Almedina, Coimbra, 2011;
 - *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2014;
- PARADA VÁSQUEZ, Ramón, “Empleo Público y Globalización de la Economía”, *Documentación Administrativa*, n.º 243, 1995, pp. 23-65.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, “Administración y Función pública”, *Documentación Administrativa*, n.º 243 (Sep.-Dic. 1995), pp. 67-87;
- PIRES, Miguel Lucas, “O contrato individual de trabalho na Administração Pública”, *Questões Laborais*, Ano XIII, n.º 28;
- *Os Regimes de Vinculação e a Extinção das Relações Jurídicas dos Trabalhadores da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2013;
 - *Será mesmo inadmissível “despedir funcionários públicos”*, Almedina, Coimbra, 2014.

- QUENTAL, Miguel Pacheco Arruda, *A participação dos trabalhadores nos órgãos sociais das empresas pertencentes ao Estado ou a outras entidades públicas*, Coimbra, 2006;
- RAIMUNDO, Miguel Assis, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos*, Almedina, Coimbra, 2007;
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, “O contrato de trabalho na reforma da Administração Pública: reflexões gerais sobre o regime jurídico instituído pela Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho”, *Questões Laborais*, Ano XI, n.º 24 (2004) Coimbra Editora, pp. 121-136;
- “Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral – Breves Notas”, *Estudos de Direito do Trabalho*, Vol I., Lisboa, 2003, pp. 69-93;
- *Tratado de Direito do Trabalho*, Vol. 2, Almedina, Coimbra, 5.ª Edição, 2014;
- *Tratado de Direito do Trabalho*, Vol. 3., Almedina, Coimbra, 2012;
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma/BRITO, Pedro Madeira de, *Contrato de Trabalho na Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2004;
- ROYO-VILLANOVA, Segismundo, “El concepto de Funcionario y la Relación de Función Pública en el Nuevo Derecho Español,” *Revista de Administración Pública*, n.º 44, 1964, pp. 9-23;
- SÁ, Almeno de, *Administração do Estado, Administração Local e Princípio da Igualdade no Âmbito do Estatuto do Funcionário*, Coimbra, 1985;
- SILVA, Francisco Ribeiro da, “A Hereditariedade dos Ofícios Públicos em Portugal nos Séculos XVI e XVII. Alguns Aspectos”, *Sep. da Revista de História do Centro de História da Universidade do Porto*, Vol 8, 1988;
- SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 3.ª Edição, 2010;
- SILVA, Vasco Pereira da, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Almedina, 1998;
- SOARES, Rogério Ehrardt, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida Editora, 1969;

- SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Lex, Lisboa, 1999;
- SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 5.ª Edição, D. Quixote, 2014;
- SOUSA, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque, “A Reforma do Emprego Público em Portugal”, *Questões Laborais*, Ano XXI, n.º 45;
- TRONCOSO REIGADA, Antonio, *Privatización, Empresa Pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997;
- VIANA, Cláudia, “O Conceito de funcionário público – tempos de mudança?”, *Revista de Estudos Politécnicos*, Vol. 5, n.º 8, 2007, pp. 7-34;
- “A Laboralização da Função Pública”, *Scientia Iuridica*, n.º 292, 2002, pp. 81-96;
- WEIL, Prosper, *O Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1977.

JURISPRUDÊNCIA

- Acórdãos do Tribunal Constitucional:

- Acórdão n.º 108/88, de 31 de Maio de 1988;
- Acórdão n.º 683/99, de 21 de Dezembro de 1999;
- Acórdão n.º 368/2000, de 11 de Julho de 2000;
- Acórdão n.º 4/2003, de 7 de Janeiro de 2003;
- Acórdão n.º 409/2007, de 11 de Julho de 2007
- Acórdão n.º 47/2010, de 3 de Fevereiro de 2010;
- Acórdão n.º 187/2013, de 5 de Abril de 2013.

- Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 22 de Maio de 2003, proferido no processo C-18/01(Korhonen Oy).