

# REGIME DA MOBILIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ATOS DE GESTÃO PÚBLICA E ATOS DE GESTÃO PRIVADA: AS SUAS INCIDÊNCIAS EM SEDE DE REMUNERAÇÕES, CARREIRAS E AVALIAÇÃO DO DESEMPENHO

---

Pedro Madeira de Brito

# O âmbito da intervenção

- Gestão Pública e Privada (critério para a aplicação de regras de direito administrativo e para a determinação da jurisdição administrativa)
- O âmbito da jurisdição administrativa relativamente às situações jurídicas de emprego público
- Mobilidade no vínculo de emprego público
- Determinação do regime jurídico nas situações de mobilidade para efeitos da aplicação das regras de direito administrativo e para efeitos da jurisdição administrativa

# Gestão Pública/Gestão Privada

- Gestão Pública encontra-se associada à ideia de poderes de autoridade.
  - Por vezes estende-se o conceito de poderes de autoridade para “administrativizar” determinadas relações
- Mas a gestão pública estende-se igualmente às relações regidas pelo direito administrativo ( ou seja às relações jurídico administrativas)
- Há ainda que considerar as vinculações jurídico administrativas das decisões de gestão privada que devam respeitar os princípios gerais da atividade administrativa e as disposições do Código do Procedimento Administrativo (artigo 2.º, n.º 3)

# Gestão Pública/Gestão Privada

- No contencioso administrativo
- 1. "A pedra de toque de delimitação da jurisdição administrativa deixou de estar — ao invés do que sucedia na redacção original do ETAF, aprovado pelo DL n.º 129/84, de 27-04 — na destrição entre actos de gestão pública e actos de gestão privada, centrando-se no conceito de relação jurídica administrativa e de função administrativa";
- 2. No âmbito da jurisprudência firmada por este Tribunal dos Conflitos, na relação jurídica administrativa e de função administrativa “avulta a realização de um interesse público levado a cabo através do exercício de um poder público e, portanto, de autoridade, seja por uma entidade pública, seja por uma entidade privada, em que esta actua no uso de prerrogativas próprias daquele poder ou no âmbito de uma actividade regulada por normas do direito administrativo ou fiscal.
- ” (Neste sentido, entre muitos, o Ac. de 16-02-2012 (Cons. Rodrigues da Costa) e de 08-11-2012 (Cons. A. Geraldes), ambos disponíveis in [www.itij.pt](http://www.itij.pt)).

(texto da Aatoria do Prof. Doutor Domingos Soares Farinho)

# Gestão pública/ privada na relação de trabalho subordinada

- No âmbito da gestão privada não existem atos administrativos embora possam existir vinculações jurídico administrativas
- No âmbito da gestão pública podem existir atos administrativos (decisões que, no âmbito de poderes jurídico administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta artigo 148.º do CPA)

# A gestão da relação de trabalho no vínculo de emprego público

- A tese unilateralista/estatutária do vínculo de emprego público
  - A gestão da relação é constituída por ato administrativo e a gestão da relação de trabalho é feita por ato administrativo
- A tese contratual do vínculo de emprego público
  - O vínculo de emprego de público é constituído por contrato e a gestão da relação é feita por declarações negociais

# Vínculos de emprego público

- Modalidades de vinculação na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (ARTIGO 6.º)
  - Contrato de trabalho em funções públicas (Artigo 7.º)
    - constitui o regime regra
  - Nomeação (artigo 8.º)
    - Exercício de funções de soberania
  - Comissão de serviço (artigo 9.º)
    - (exercício de funções transitórias, nomeadamente cargos dirigentes, haja ou não vínculo emprego público prévio)

## Diferenças de regime dos trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas e trabalhadores nomeados: Justifica-se a manutenção da diferenciação?

- Aos trabalhadores nomeados não é aplicável:
  - Adaptabilidade e o banco de horas grupal (por pressupor uma convenção coletiva)
  - o regime de extinção por causas objetivas ( É aplicável a II fase de requalificação nos termos do artigo 259.º do LGTFP)
  - o regime de contratação coletiva (aparentemente) (Nos artigos 4.º, n.º 1, a), artigo 13.º e artigo 347.º, n.º 3, a) )
- É aplicável com adaptações:
  - O regime de adaptabilidade individual e banco de horas individual (artigo 106.º e 107.º)

Nota: a não aplicação das consequências da requalificação também vale para os trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas por força do artigo 88.º, n.º 4 em consequência do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2013)



## Diferenças entre o contrato de trabalho em funções públicas e a nomeação: Definição unilateral ou contratual?

- O regime dos trabalhadores nomeados tem situações em que a definição da situação jurídica pode ser determinada por acordo entre as partes (ex: mobilidade artigo 94.º)
- Mesmo a remuneração pode ser objeto de negociação (mesmo para os trabalhadores nomeados) (artigo 38.º, n.º 9)
- Acordo para a redução ou suspensão do vínculo (artigo 276.º, n.º 1 in fine)
- O regime do acordo de pré-reforma é aplicável aos trabalhadores nomeados (artigo 284.º e ss)
- O vínculo de emprego público pode extinguir-se por acordo (artigo 295.º e ss)

Em suma: Não existem diferenças substanciais de regime entre os nomeados e os contratados

# Vertentes do Direito Laboral da Administração Pública

- Vertente patrimonial em que há uma atuação dos empregadores públicos que não se diferencia do empregador privado (**zona laboral**)
- Vertente personalista (primado dos direitos de personalidade do trabalhador sobre o interesse público) (**zona laboral**)
- Vertente coletiva das relações de trabalho (Contratação coletiva e litígios coletivos maxime greve) (**zona laboral**)
- Vertente administrativa relacionada com a prossecução do interesse público (zona administrativa)

# A gestão da relação laboral na empresa: Os atos jurídicos na empresa e o direito administrativo

- No Direito do Trabalho (seguindo o Prof. Bernardo Xavier)  
Podemos identificar as seguintes categorias de atos:
- Atos contratuais (constituição, modificação e extinção da relação de trabalho)
  - Da iniciativa do trabalhador e autorização pelo empregador (ex: concessão do estatuto trabalhador estudante)
- Atos unilaterais do empregador de ajustamento da relação laboral (especificação do conteúdo indeterminado ou modificativos).
- Atos de execução

# A gestão da relação laboral na empresa:

## Os atos jurídicos na empresa e o direito administrativo

- O direito do trabalho tem recorrido a categorias jurídico administrativas para algumas soluções laborais:
- 1- Controlo dos poderes do empregador ao abrigo da autonomia privada
  - Aplicação dos direitos fundamentais/igualdade
  - Reflexo da organização na decisão empresarial – interesse da empresa como critério de aferição da licitude/legalidade da decisão do empregador
- 2- Necessidade de fundamentação da decisão do empregador: ius variandi/transferência do empregador
- 3 – Procedimentalização da decisão – Tramitação imposta às declarações negociais.
- 4 – Reconhecimento de uma competência regulamentar do empregador que podem ser considerada fonte mediata de direito.

## A gestão da relação laboral no emprego público: o imperialismo do ato administrativo

- Existe uma tendência para considerar que no emprego público a gestão da relação laboral se faz por atos administrativos.
- Esta conceção parece ultrapassada: a fonte dos vínculos públicos é um contrato ( ou pelo menos é o regime regra)
- Os atos de gestão da relação podem ser considerados atos negociais/poderes potestativos e não ato administrativos cuja fonte é o exercício de um poder público.
- Daqui decorre que os litígios devem ser resolvidos com recurso à ação administrativa cuja pretensão é moldada
  - Reconhecimento de situações jurídicas administrativas;
  - pela interpretação, validade e execução dos contratos (anterior ação administrativa comum e não ação administrativa especial);

# Atos de gestão do vínculo de emprego público (atenuação da importância da distinção de ato de gestão pública)

- Em matéria de remuneração não é necessário que exista um ato administrativo para que o trabalhador pode pedir a definição da sua situação jurídica;
- No **âmbito das carreiras** não é essencial a existência de um ato administrativo
- Em matéria de **avaliação de desempenho** podem existir atos administrativos quando se verifique uma definição unilateral da situação jurídica do trabalhador

# MOBILIDADE

- Regime geral da Mobilidade
  - - Artigos 92.º a 100.º da LTFP
- Regimes especiais da mobilidade (Artigo 92.º, n.º 3)
  - (por exemplo na área da saúde artigo 22.ºA do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde)
- Podem ser regulados por IRCT os regimes de mobilidade (artigo 355.º, n.º 1, alínea e))
- Existem vicissitudes que constituem formas de mobilidade especial (cedência de interesse público artigo 241.º)

# Cedência de interesse público (artigo 241.º)

- Modificação subjetiva no empregador real
  - De empregador público para empregador fora do âmbito de aplicação da LTFP
  - De empregador fora do âmbito de aplicação da LTFP para empregador público



# Natureza Jurídica e Forma de operar a cedência de interesse público (artigo 241.º, n.º 2)

- A cedência de interesse público é titulada por um contrato entre o empregador original e o novo empregador com a concordância do trabalhador.
- O membro do Governo deve autorizar a cedência de interesse público.
- De empregador fora da LTFP para empregador público carece de autorização do membro do Governo responsável pela área das finanças e da Administração Pública

# Regime Jurídico aplicável (artigo 242.º)

- Suspensão do estatuto de origem, salvo disposição legal em contrário (artigo 241.º, n.º 3 e 242.º, n.º 1);
- Se não houver suspensão o trabalhador fica sujeito ao regime jurídico de origem incluindo a remuneração (242.º, n.º 1)
- sujeita o trabalhador às ordens e instruções do órgão ou serviço ou da entidade onde vai prestar funções (artigo 241.º, n.º 1 – atividade subordinada e 242.º, n.º 2);
- A Remuneração é paga pelo cedido, salvo acordo em contrário (artigo 242, n.º 2.º);
- A competência disciplinar é do cessionário podendo ser delegado no caso de penas expulsivas, sendo que os comportamentos relevam na relação de origem (artigo 242º, n.º 6-8)
- Se houver suspensão do vínculo a cedência tem os efeitos no vínculo de origem que decorrem do impedimento prolongado no âmbito do empregador público (artigo 241.º, n.º 6)

# Regime da cedência para empregador público (artigo 243.º)

- O trabalhador deve constituir uma nova situação jurídica na sequência da cedência :
- A cedência tem a duração máxima de um ano, salvo se o empregador público não puder constituir vínculos de emprego público por tempo indeterminado
- O exercício de funções em entidade abrangido pelo acordo de cedência deve ser titulado pela constituição de um vínculo de emprego público (nomeação, contrato por tempo indeterminado ou a termo certo).
- As funções têm que corresponder a um cargo, categoria, atividade e área de formação académica (artigo 243.º, n.º 4)
- No caso de pessoal dirigente deve ser precedido dos requisitos legais de recrutamento ( artigo 243.º, n.º 5).
- A extinção da cedência extingue o vínculo de emprego público artigo 243.º, n.º 3)

# Direitos do trabalhador

( nº 3 do artigo 242.º)

- a) À contagem, na categoria de origem, do tempo de serviço prestado em regime de cedência;
- b) A optar pela manutenção do regime de protecção social de origem, incidindo os descontos sobre o montante da remuneração que lhe competiria na categoria de origem;
- c) A ocupar, nos termos legais, diferente posto de trabalho no órgão ou serviço ou na entidade de origem ou em outro órgão ou serviço.

# Deveres do empregador cessionário

- Caso haja opção pelo sistema de protecção social de origem:
  - No financiamento do regime de protecção social aplicável em concreto com a importância que se encontre legalmente estabelecida para a contribuição das entidades empregadoras;
  - Sendo o caso, nas despesas de administração de subsistemas de saúde da função pública, nos termos legais aplicáveis

# Regimes especiais

- 1- Exercício de funções em associação sindical (º 1 do artigo 244.º)

Possibilidade de o trabalhador cedido continuar a remunerado pelo órgão ou serviço até ao limite de 4 por cada central sindical;

2 – Casos de transmissão da unidade económica (artigo 244.º, n.º 3 e 4)

# Extinção da Cedência interesse público

- Denúncia com aviso prévio de 30 dias (empregadores e trabalhador artigo 241.º, nº 3)
- Resolução com fundamento em infração disciplinar
- Caducidade ( No caso da cedência ter duração fixada na lei ou no acordo)

## Mobilidade: Cedência de interesse público no Decreto-Lei n.º 133/2013 (artigo 19.º) SEE

- **1** - Os trabalhadores com relação jurídica de emprego público podem exercer funções nas empresas públicas por acordo de cedência de interesse público, nos termos da Lei dos Vínculos, Carreiras e Remunerações, aprovada pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro (agora LTFP).
- **2** - Os trabalhadores das empresas públicas podem exercer funções em órgãos ou serviços abrangidos pelo âmbito de aplicação da Lei dos Vínculos, Carreiras e Remunerações, aprovada pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, com utilização da modalidade adequada de constituição da relação jurídica de emprego público, por acordo de cedência de interesse público, nos termos daquela lei.
- **3** - Os trabalhadores referidos no número anterior podem optar pela retribuição base de origem.



# Cedência de interesse público especial em caso de transmissão de unidade económica

- **Artigo 244.º**

- (...)
- **3-** O regime da cedência de interesse público, sem suspensão do vínculo de emprego público, aplica-se sempre que um trabalhador em funções públicas, por força de transmissão de unidade económica, passa a exercer funções para empregador fora do âmbito de aplicação da presente lei.
- **4-** O regime previsto no número anterior é aplicável aos casos em que um empregador público passe a ser responsável pelo estabelecimento ou unidade económica com trabalhadores com relação de trabalho sujeita ao Código do Trabalho, designadamente em situações de reversão de concessão de serviço público.

# Jurisdição competente em matéria de relações de trabalho subordinado

- Os litígios relativos a situação jurídica de emprego publico estabelecida por pessoa coletiva publica estão em geral submetidos a jurisdição administrativa, independentemente do tipo de vinculo laboral (contratual ou estatutário) e da sua exata natureza jurídica (administrativa, privada ou mista) (artigo 12.º da LTFP).
- os litígios emergentes de contrato de trabalho estão excluídos da jurisdição administrativa; (artigo 4.º, n.º 4. alínea b) do ETAF,

# Litígios excluídos da jurisdição administrativa

- Os litígios laborais excluídos da jurisdição administrativa são os litígios relativos a contratos de trabalho regulados pelo direito laboral comum celebrados por pessoas coletivas integradas na Administração Pública.
- os institutos públicos de regime especial
- entidades administrativas regulatorias,
- as entidades públicas empresariais e,
- empresas públicas constituídas nos termos da lei comercial

# Jurisdição competente nos casos de vicissitudes na relação de trabalho subordinada

- Regra: deve sujeitar-se à jurisdição administrativa os litígios que envolvam vínculos de emprego público independentemente da natureza do empregador porque existe uma situação jurídica submetida expressamente a esta jurisdição (artigo 12.º)
- Exceções:
  - Casos de modificação da situação jurídica (cedência de interesse público)

# Vicissitudes na situação jurídica laboral e jurisdição administrativa

- Modificação objetiva
  - Suspensão do vínculo com constituição de outro vínculo.
- Modificação simultaneamente objetiva e subjetiva (ex: artigo 244.º da LTFP)
  - Transmissão da unidade produtiva para uma entidade privada (desaparecem vinculações jurídica administrativas do empregador)
  - Transmissão da unidade produtiva para uma entidade pública (Surtem vinculações jurídico administrativas do empregador público)

## O Acórdão do STA (1ª secção) de 3.4.2014 (Proc. 1734/13)

- Considerou que a determinação do pessoal que é afeto à atividade de uma entidade privada decidido conjuntamente pelo parceiro público e privado é um ato de gestão privada e consequentemente impede a existência de um ato administrativo impugnável
- Criticado pelo Prof Lícínio Lopes Martins que considera a existência de um ato administrativo atenta a ambiência de direito administrativo (CJA, n.º 107)