

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito

Exame de Direito das Relações de Emprego Público

08.06.2021, AN

I

A) Aspetos a considerar:

- Aos trabalhadores da Administração Pública, como aos trabalhadores em geral, é reconhecido o direito fundamental de contratação coletiva (artigo 56.º, n.ºs 3 e 4, da CRP).
- A LTFP dispõe sobre o exercício do direito à negociação coletiva em relação aos trabalhadores em geral e sobre o direito de contratação coletiva em relação aos trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas. Ao invés do que acontece em relação ao primeiro, da contratação coletiva resulta uma disciplina jurídica diretamente aplicável às relações jurídicas de emprego público, sem mediação de ato legislativo ou regulamentar; sem prejuízo das limitações previstas quanto ao objeto e ao sentido dispositivo (*v.g.*, artigo 347.º, artigos 13.º, n.ºs 5 a 7, 4.º, alínea a), e artigo 3.º, alínea l), da LTFP [artigo 165.º, n.º 1, alínea t) da CRP]; artigos 354.º e 355.º, artigo 359.º da LTFP; e artigo 366.º, n.º 1, 267.º, n.º 1, 159.º, n.º 6, artigo 56.º, n.º3, artigo 122.º, n.º 4, artigo 134.º, n.º 5, e artigo 144.º, n.º 1 artigo 51.º, n.º 2, da LTFP).
- O Acórdão do TEDH de 12.11.2008, Demir e Baykara c. Turquia, queixa n.º 34503/97, ao abrigo do artigo 11.º da CEDH, relativo à liberdade de associação afirmou, pela primeira vez, que o “direito de conduzir negociações coletivas” constitui “um dos elementos essenciais do direito de constituir sindicatos e de filiação em sindicatos para a defesa dos seus interesses” (na expressão do TEDH). Recordou que a sujeição de restrição ao exercício do direito (no caso traduzida na invalidação judicial da convenção celebrada e aplicada durante dois anos) aos fundamentos e limites previstos no artigo 11.º, n.º 2, da CEDH.
- O TEDH afastou, na fundamentação, o argumento de que o estatuto jurídico específico e eventualmente mais favorável do que os trabalhadores do sector privado pudesse justificar a restrição ao exercício do direito em causa. O TEDH convocou para determinar o alcance do direito os instrumentos jurídicos internacionais, tanto universais como regionais sobre a matéria, incluindo a Convenção Social Revista, a que a Turquia não estava vinculada para enunciar uma compreensão geral comum na matéria.
- No caso, considerou que a Turquia – através dos seus tribunais superiores – ao invalidar a convenção coletiva celebrado entre município e associação sindical representativa de trabalhadores da Administração local autárquica - sem que fosse invocado um fundamento legítimo para a restrição nos termos do artigo 11.º, n.º 2, da CEDH violou o “direito de conduzir negociações coletivas”.
- As normas da LTFP devem ser interpretadas e aplicadas tendo presente que é juridicamente devido, no espaço constitucional europeu, a proteção e a garantia do direito de negociação/contratação coletiva e que as restrições devem passar no teste artigo 11.º, n.º 2, da CEDH e não apenas a uma avaliação meramente interna à luz da CRP (cujo artigo 56.º, n.ºs 4 e 5, não menciona restrições expressas ao exercício do direito). Neste contexto, é de ponderar a exclusão de certas categorias de trabalhadores do âmbito de aplicação da LTFP, sujeitos a estatutos próprios, como é o caso dos militares e dos agentes militarizados (artigo 2.º, n.º 2, da LTFP); e o facto de aos trabalhadores nomeados ser apenas reconhecido o direito à negociação coletiva.

B) Aspectos a considerar:

- Como expresso na afirmação transcrita da Diretiva (UE) 2019/1152 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia, a duração do período experimental interfere com o direito à segurança do emprego. Esta regula a duração do período experimental, que deve ser razoável e que só deve ter duração superior a seis meses quando a natureza do trabalho o justifique – por exemplo, “cargos de gestão ou direção”, “cargos [ou empregos] na função pública” - “quando seja do interesse do trabalhador, como no contexto de medidas específicas que promovam o emprego permanente, em especial para jovens trabalhadores”; quando se trate de prorrogação “nos casos em que o trabalhador se tenha ausentado durante [o] período [experimental], devido a doença ou férias, por forma a permitir ao empregador avaliar a aptidão do trabalhador para a função em causa” (artigo 8.º).
- Na LTFP, a duração do período experimental varia consoante o tipo de carreira (artigo 49.º) e descontam-se os períodos de ausência justificada (artigo 50.º). A duração do período experimental para o exercício das funções de técnico superior é maior do que seis meses, o que *prima facie* é admissível, dado o elenco mencionado das situações em que o prazo pode ser mais alargado na referida Diretiva.
- Sobretudo, a conformidade com esta não se coloca por não existir um problema de segurança no emprego durante o período experimental. Não só o empregador público não pode fazer cessar livremente o vínculo, como se exige uma fundamentação específica.

Quanto a este aspeto, a LTFP distingue entre a cessação do vínculo de emprego no período experimental por iniciativa do empregador durante tal período experimental e no termo do mesmo. No primeiro caso, pressupõe um ato fundamentado da entidade competente, que demonstre que o “trabalhador manifestamente revele não possuir as competências exigidas pelo posto de trabalho que ocupa”; no segundo caso, pressupõe uma avaliação positiva do desempenho do trabalho (artigo 45.º, n.º 5; e artigo 46.º da LTFP). A LTFP, no caso do período experimental de função, salvaguarda a manutenção de um vínculo de emprego público anterior (artigo 45.º, n.º 4).

C) Aspectos a considerar:

- Não. Não pode:
 - a) seja à luz da Constituição nacional [AcTC n.º 345/2002, que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma contida na alínea a) do n.º 1 do artigo 22.º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo artigo 1.º do Decreto-Lei 139-A/90, de 28 de abril, por violação do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 15.º da Constituição da República],
 - b) seja à luz do Direito [constitucional e legal] da União Europeia [princípio da livre circulação de trabalhadores – à luz do qual só em relação a funções específicas exercidas de forma regular é que a nacionalidade pode ser exigida, sem que tenha que o ser - e princípio da não discriminação em razão da nacionalidade] [v.g., artigo 45.º do TJUE, cujo **n.º 4** é interpretado de forma restritiva de acordo com jurisprudência consolidada) do TFUE; artigo 15.º e artigo 21.º, n.º 2, da CDFUE].
- Também o artigo 17.º, n.º, e n.º 2 - apesar da redação infeliz, pois refere-se a uma situação de dispensa, quando na verdade não pode (a vários títulos) ser juridicamente exigida - não permite a previsão da nacionalidade como requisito para o exercício das funções públicas em geral.

Estas normas têm carácter secundário face não apenas ao disposto na Constituição,

mas igualmente face ao carácter estrutural dos princípios do DUE assinalados. Note-se, por exemplo, que, no caso dos nacionais de outros Estados-Membros da União Europeia não pode ser exigida qualquer condição de residência ou que se encontrem em Portugal para acederem aos empregos públicos em geral (ao invés do que enuncia o artigo 15.º, n.º 1, da CRP). Note-se igualmente que o conceito de funções que não tenham carácter predominantemente técnico (n.º 2 do mesmo artigo 15.º) tem de ser interpretado de forma restritiva face ao que resulta da jurisprudência do TJUE.

- Considerar ainda o disposto no artigo 24.º, n.º 1, do Código do Trabalho (direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, com proibição da discriminação em razão da nacionalidade) *ex vi* artigo 4.º, n.º 1, alínea c), da LTFP.

D) Aspetos a considerar:

- É nulo o contrato de trabalho a termo resolutivo celebrado ou renovado com violação do disposto na LTFP (artigo 63.º, n.º 1, 1.ª parte, da LTFP).
- A indemnização no caso de contrato inválido, à luz da LTFP, tem dois títulos jurídicos (cumulativos): **(i)** uma indemnização determinada por aquela que é aplicável no caso de despedimento ilícito (como se o contrato fosse sem termo¹ – artigo 63.º, n.º 1, 1.ª parte, conciliado com os artigos 54.º, n.ºs 2, 3 e 4, e 300.º, n.º 1, alínea b), e 301.º, n.º 1 e n.º 2, aplicável *mutatis mutandis*, da LTFP); e **(ii)** uma indemnização a título de responsabilidade civil por facto ilícito (artigo 63.º, n.º 1, 2.ª parte; e artigo 300.º, n.º 1, alínea a), da LTFP).
- O reconhecimento e o alcance da indemnização devem assegurar uma proteção eficaz do trabalhador com contrato de trabalho a termo resolutivo (à luz do direito à segurança no emprego) e devem ser dissuasivos da utilização abusiva de sucessivos contratos de trabalho a termo resolutivo (artigo 5.º da Diretiva 1999/70/CE do Conselho de 28 de junho de 1999 respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo). Têm de ser pensadas em função da necessidade da eficácia da tutela pretendida pelo acordo-quadro em referência.
- De acordo com o Acórdão do TJUE de 07.03.2018, C-494/16 (slide 42 “Os vínculos da relação jurídica de emprego público”), o TJUE não se opõe a que essa medida [para assegurar a utilização não abusiva da renovação de contratos a termo resolutivo] seja o pagamento de indemnização com uma dupla dimensão: *i)* indemnização determinada a partir de um critério objetivo certo (no caso do acórdão, um valor entre 2,5 e 12 mensalidades da última remuneração do referido trabalhador; no caso do artigo 301.º, n.º 2, da LTFP, um valor “entre 15 e 45 dias por cada ano completo ou fração de exercício de funções públicas”); e *ii)* uma indemnização que permita a reparação integral do prejuízo, sem que as regras de provas possam dificultar a prova desse prejuízo (no caso concreto, por presunção da “perda de oportunidades de encontrar um emprego ou de que, caso um concurso de recrutamento tivesse sido organizado de forma regular, teria sido aprovado no mesmo”) – artigo 63.º, n.º 1, e artigo 300.º, n.º 1, alínea a), da LTFP.

II

Aspetos a considerar:

A qualidade de trabalhador público do António (enfermeiro parte num contrato de trabalho com um instituto público) não representa por si uma limitação do ponto de vista da possibilidade de exercício da liberdade de expressão num contexto laboral (artigo 72.º, n.º 1, alínea a); artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da LTFP e artigo 14.º do Código do Trabalho), nem coloca

¹ Não se aplica o artigo 302.º da LTFP.

especificidades do ponto de vista da metodologia de análise de restrições ao exercício do direito. [1 v] Com efeito, importa:

- a) Considerar que a liberdade de expressão é um direito de todos, consagrada em várias normas jurídicas de natureza constitucional fonte diversa (e.g., artigo 37.º da CRP; artigo 10.º da CDFUE; artigo 10.º da CEDH [e jurisprudência vasta correspondente]; § 31 do preâmbulo da Diretiva 2019/1937, do PE e do Conselho de 23.10.2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União; e artigos 8.º, n.º 4, e 16.º, n.º 1, da CRP; e artigo 6.º do TFUE). Assinalar as suas dimensões [1,5 v]
- b) Assinalar que a liberdade de expressão só pode ser restringida com os fins (fundamentos) específicos e desde que, em concreto, a restrição seja necessária, numa sociedade democrática para atender a tais fins (artigo 10.º, n.º 2, da CRP). A abrangência *prima facie* no âmbito da liberdade de expressão de medida desfavorável ou negativa contemporânea ou contextualmente associada a alguma de tais dimensões referidas implica sempre que se convoque um dos fins legítimos enunciado no artigo 10.º, n.º 2, da CEDH [1 v]
- Referir que o interesse público não constitui um fundamento autónomo para a restrição do exercício da liberdade de expressão no artigo 10.º, n.º 2, da CEDH [0,5 v]
- c) Quando está em causa a expressão de opiniões, ideias ou pensamentos sobre uma dada realidade, não é exigível uma base factual ou crença de uma base factual quanto aos aspetos sobre que versa (por isso, a referência “não tendo qualquer fundo de verdade” não é relevante)². Inclui a possibilidade de crítica desagradável, incómoda, perturbadora, crua e agressivas. [1,5 v.]
- d) Se estiver em causa denúncia sobre a ilegalidade ou ilicitude da atuação (no caso) do empregador (Administração Regional de Saúde do Alentejo, I.P., de que o centro de saúde é um serviço) [abrangida pela “liberdade de transmitir informações” – “[a]s pessoas que comunicam informações sobre ameaças ou situações lesivas do interesse público, obtidas no âmbito das suas atividades profissionais, exercem o seu direito à liberdade de expressão” – Diretiva (UE) 2019/937, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União, considerando 31 do preâmbulo], a ponderação do carácter proporcional da restrição (traduzida numa medida desfavorável ou negativa para o trabalhador (ver, por exemplo, artigo 19.º) tem de ser aferida à luz dos cinco critérios fixados no Acórdão Guja contra Moldávia, de 2008; e acolhidos naquela diretiva [2,5 v]
- e) Na resposta, deve ser expressa uma posição quanto à qual das dimensões que se considera estar em causa. [0.5 v.]
- f) Cabe ao empregador demonstrar, perante um quando indiciário de represália, que a medida desfavorável (no caso a não renovação do contrato) tem um fundamento alheio à expressão de tais opiniões, ideias ou pensamentos ou à denúncia/queixa (a título de exemplo, artigo 21.º, n.º 5, da Diretiva 2019/1937).

O argumento da caducidade do contrato à luz do disposto nos artigos 60.º e 61.º da LTFP anexa à Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, não é suficiente para fazer essa demonstração. O empregador tem de afastar qualquer conexão entre a queixa em relação às condições de trabalho e a comunicação de cessação do contrato. No caso, tal implica, designadamente, demonstrar que, embora legalmente um contrato a termo resolutivo possa ter uma duração até três anos e ser renovado duas vezes, tal não era possível à luz do concreto contrato celebrado (pressupostos e teor); e demonstrar, bem assim, que as novas contratações não se destinavam ao exercício

² “...as opiniões ou juízos de valor, pela sua própria natureza, não se prestam a uma demonstração de exatidão, e isto significa que a pessoa que exerce a liberdade de expressão não é obrigada a provar a verdade ou diligência na sua verificação” (Sentencia do TC espanhol 146/2019 - slide 28 da apresentação PowerPoint n.º 1).

das mesmas funções no mesmo contexto laboral. O facto de não conseguir fazer essa demonstração não significa necessariamente a imposição da renovação do contrato. Significa, no entanto, que terá atuado ilicitamente, o que deve ter consequências para o empregador (*v.g.*, a título de responsabilidade civil; artigo 23.º da Diretiva (UE) 2019/1937, se estiver em causa denúncia nos termos desta) [1.5 v.]

- g) O caso é inspirado *mutatis mutandis* no caso do Acórdão do TC espanhol 146/2019 (slide 28 da Apresentação PowerPoint n.º 1).