Sobre a (proibição de) conversão do contrato de trabalho a termo em funções públicas em contrato de duração indeterminada: algumas observações sobre a controvérsia jurisprudencial recente

Autor(es): Vicente, Joana Nunes

Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/39879>

DOI: DOI:https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-3_29

Accessed : 26-Apr-2023 15:53:58

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

VOLUME LVII Tomo III

2 0 1 4

Organizadores:

LUÍS PEDRO CUNHA
JOSÉ MANUEL QUELHAS
TERESA ALMEIDA

COIMBRA

SOBRE A (PROIBIÇÃO DE) CONVERSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO A TERMO EM FUNÇÕES PÚBLICAS EM CONTRATO DE DURAÇÃO INDETERMINADA

ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE
A CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL RECENTE

Introdução

O artigo 63.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas — aprovada recentemente pela Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho — consagra uma proibição da conversão do contrato a termo em funções públicas em contrato de duração indeterminada. Estatui o dispositivo que a celebração ou renovação de contratos a termo resolutivo com violação das disposições imperativas que regulam a contratação a termo implica a sua nulidade e gera responsabilidade civil, disciplinar e financeira dos dirigentes máximos dos órgãos ou serviços que tenham celebrado ou renovado os contratos (n.º 1) e que o contrato a termo resolutivo não se converte, em caso algum, em contrato por tempo indeterminado (n.º 2). Trata-se de uma solução introduzida originariamente ainda durante o período de vigência do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro — *rectius*, uma das modificações levadas a cabo pelo Decreto-Lei n.º 218/98,

de 17 de Junho ¹ — e que, a partir de então, se tem mantido sem alterações de monta, primeiramente, no Regime Privado do Trabalho na Administração Pública, resultante da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho ², depois, no Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro ³, e mais recentemente, na novíssima Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas. Diverge, pois, do regime jurídico de conversão desde há muito aplicável aos contratos de trabalho a termo celebrados no sector privado ⁴.

Não obstante a existência do mencionado preceito no direito positivo, o jurista que seja, actualmente, questionado sobre a consequência a aplicar em caso de recurso abusivo à contratação a termo no sector público, designadamente quando exista uma espiral de contratos a termo sucessivos com o mesmo trabalhador — seja na modalidade de uma unidade contratual constituída por várias renovações, seja no caso de pluralidade de vínculos laborais com determinada ligação entre eles — ver-se-á em dificuldades para dar uma resposta clara e inequívoca. A comprovar esta afirmação encontram-se os posicionamentos muito diversificados dos tribunais nacionais a respeito do regime aplicável a essa hipótese. Com efeito, a par de decisões mobilizadoras da norma que proíbe a conversão dos contratos a termo em funções públicas em contratos sem termo, avultam outras que optam por uma solução de requalificação do contrato a termo em contrato de duração indeterminada, *maxime*, mobilizam a(s) norma(s) que, na legislação aplicável aos contratos a termo no

¹ Cf. artigo 18.º, n.º 4 do Decreto Lei n.º 427/89, na versão introduzida pelo Decreto-Lei n.º 218/98, de 17 de Junho.

² Cf. artigo 10.º, n.ºs 2 e 3.

³ Cf. artigo 92.º, n.ºs 2 e 3.

⁴ Cf., actualmente, o artigo 147.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro.

sector privado, determina(m) a conversão do contrato a termo em contrato de duração indeterminada.

Ambos os grupos de decisões, não obstante os resultados opostos a que conduzem, alicerçam os respectivos percursos argumentativos sobre dois núcleos de questões comuns. Por um lado, torna-se patente a questão de saber em que medida uma solução de proibição de conversão do contrato a termo no sector público se revela compatível com o direito comunitário, *maxime* com a Directiva 1999/70/CE, de 28 de Junho de 1999, a qual instituiu como um dos seus grandes objectivos a construção de um quadro de prevenção de abusos decorrentes da utilização de sucessivos contratos a termo. Por outro, e em caso de resposta negativa à primeira interrogação, a segunda questão nuclear prende-se com a problemática (clássica em si, mas enriquecida pelos enfoques jurisprudenciais) do efeito directo das disposições das directivas, da interpretação conforme ao direito da União e da desaplicação de normas internas contrastantes com a normatividade comunitária bem como, ainda, com a eventual relevância dos limites da ordem constitucional.

Começemos, pois, por retratar, nas suas linhas essenciais, as decisões jurisprudenciais ⁵ que ilustram esta controvérsia, procurando realçar os tópicos argumentativos marcantes, para depois, num segundo momento, procedermos a uma reapreciação crítica dos mesmos.

Descrição sumária da jurisprudência controvertida

De uma parte, encontramos pronúncias como a decisão do Tribunal da Relação do Porto de 16 de Março de 2009 ⁶,

⁵ Todas elas disponíveis em <www.dgsi.pt>.

⁶ Proc. 0847551, Relator: Desembargador Paula Alexandra Pinheiro Gaspar Leal Sotto Mayor de Carvalho.

a decisão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20 de Janeiro de 2011 ⁷, ou a decisão do Tribunal Central Administrativo Norte de 2 de Março de 2012 ⁸, orientadas no sentido de não aplicar uma solução de conversão do contrato a termo em contrato por tempo indeterminado. Num outro quadrante, uma outra jurisprudência dos nossos tribunais — as decisões da Relação do Porto de 3 de Dezembro de 2007 ⁹, de 11 de Setembro de 2009 ¹⁰, de 22 de Fevereiro de 2010 ¹¹, e de 24 de Setembro de 2012 ¹² — pronunciou-se pela não aplicação da norma que proíbe a conversão do contrato a termo em funções públicas em contrato de trabalho sem termo, mobilizando outrossim a regra que estabelece a conversão do contrato a termo em contrato sem termo que vigora no sector privado.

No que se refere ao primeiro dos pontos acima mencionados — o da conformidade de uma solução de proibição de conversão com o direito da União — entenderam os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 16 de Março de 2009, do Tribunal da Relação de Coimbra de 20 de Janeiro de 2011

⁷ Proc. 207/09.5TTCVL.C1, Relator: Desembargador José Eusébio Almeida.

⁸ Proc. 02637/09.3BEPRT, Relator: Desembargador Maria do Céu Dias Rosa das Neves.

⁹ Proc. 0712929, Relator: Desembargador Maria Fernanda Pereira Soares.

¹⁰ Proc. 734/08.1TTVNG.P1, Relator: Desembargador Maria Fernanda Pereira Soares, com voto de vencido do Desembargador José Carlos Dinis Machado da Silva.

¹¹ Proc. 375/08.3TTGDM.P, Relator: Desembargador Manuel Joaquim Ferreira da Costa, com voto de vencido do Desembargador Paula Alexandra Pinheiro Gaspar Leal Sotto Mayor de Carvalho.

¹² Proc. 2006/09.5TTPNE.P1, Relator: Desembargador Maria Fernanda Pereira Soares, com voto de vencido do Desembargador Paula Alexandra Pinheiro Gaspar Leal Sotto Mayor de Carvalho.

e do Tribunal Central Administrativo Norte de 3 de Fevereiro de 2012 não se verificar qualquer dissonância entre o ordenamento jurídico português e o direito da União. Nesse sentido, e muito embora realçando o facto de a transposição da directiva não ter sido feita de modo expresse no que respeita à contratação a termo por pessoa colectiva pública, conclui-se nas mencionadas decisões que o fim pretendido pela Directiva foi alcançado também na legislação do sector público ao prever-se a responsabilidade civil e disciplinar dos órgãos que celebram contratos a termo inválidos.

Bem distintas são as conclusões a que chega o segundo grupo de decisões. Constitui orientação firme desta última jurisprudência o reconhecimento de que no domínio do contrato de trabalho celebrado com pessoas colectivas públicas a transposição da Directiva 1999/70/CE não foi efectuada. Considera-se que o legislador nacional não foi capaz de travar o abuso na contratação a termo, adoptando medidas concretas de protecção para esses trabalhadores, no caso de violação das regras que determinam a contratação a termo, não constituindo a mera previsão da responsabilidade civil, disciplinar e financeira dos dirigentes máximos dos órgãos ou serviços que tenham celebrado ou renovado os contratos uma medida suficiente para prevenir os abusos que a Directiva pretende evitar, por não ter uma efeito verdadeiramente dissuasor¹³.

¹³ Nesse contexto, são sintomáticas as declarações do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 2 de Fevereiro de 2010:

“Na verdade, como é conhecido, nomeadamente, na nossa prática judiciária, os contratos de trabalho a termo sucessivos na Administração Pública proliferam, sem que se consiga perceber a razão pela qual, tendo eles carácter excepcional, face ao declarado na lei, nos surjam com tanta frequência. Tal será, eventualmente, explicável porque a legal responsabilidade civil, disciplinar e financeira surge apenas a jusante, nada prevenindo em cada caso concreto”.

Paralelamente a esta primeira controvérsia, detectam-se divergências a outro nível. Admitindo que a conclusão é no sentido da desconformidade da solução do direito interno com o direito da União — questão que por si só, como vimos, não tem conhecido uma apreciação uniforme — são distintas as implicações que a partir daí se retiram.

De acordo com o segundo grupo de decisões que temos vindo a referir, deve haver lugar, nesse caso, à aplicação da norma prevista na legislação do sector privado, mais concretamente, da norma que estabelece a conversão dos contratos a termo em contratos por tempo indeterminado. Trata-se, no entender dos referidos acórdãos, de uma solução interpretativa do direito interno em conformidade com o direito da União e que, por outra banda, não colhe objecções do ponto de vista da sua conformidade com a ordem constitucional. Julga antes esta jurisprudência ser desconforme com a Constituição (CRP) — *rectius* com o direito à segurança no emprego — uma solução que proíba a conversão do contrato a termo em contrato sem termo e que se limite a criar e a atribuir uma compensação pecuniária ao trabalhador. Algumas decisões chegam mesmo a afirmar que a garantia da segurança no emprego, ínsita no artigo 53.º da CRP, por exigir a possibilidade de reintegração, imporá também, *in casu*, a solução de conversão de contrato a termo em contrato de trabalho de duração indeterminado. Sublinha-se, depois, a ausência de fundamentos materiais para uma restrição à solução de conversão no domínio da contratação a termo com pessoas colectivas públicas. Por vezes, a questão esgota-se, tendo por base o argumento segundo o qual o 47.º, n.º 2 da CRP apenas teria em vista as relações de serviço constituídas através de nomeação ou de contrato administrativo de provimento. Noutros casos, porém, mesmo admitindo que o conceito de função pública é afinal, mais amplo, respondem os tribunais que o ingresso através de

concurso não é absoluto pois, sendo a regra, sempre comportará excepções.

Observe-se que, no entendimento sufragado por alguns destes acórdãos, a solução de harmonização do direito nacional com o direito da União — leia-se, de aplicação no domínio da contratação a termo no sector público da norma que, na legislação do sector privado, determina a conversão dos contratos a termo em contratos de duração indeterminado — deveria prevalecer, ainda que se entendesse — o que não sucederia de acordo com esta segunda abordagem jurisprudencial, como se viu — que tal solução se mostrasse em dissonância com a Constituição.

Diversamente, de acordo com o primeiro grupo de decisões, mesmo que fosse de concluir pela deficiente e incorrecta transposição da Directiva, tal não permitiria, sem mais, a aplicação da norma que, no sector privado, prevê a solução de conversão. No acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20 de Janeiro de 2011 sustenta-se que a Directiva 1999/70/CE não permite a invocação do seu efeito directo nem impõe ao juiz nacional uma interpretação do direito interno à luz do resultado pretendido pela Directiva. Já o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16 de Março de 2009 parece admitir que o facto de o acordo-quadro não ser incondicional e suficientemente preciso não obsta a esse esforço de harmonização; contudo, entende que uma solução de conversão dos contratos a termo em contratos sem termo violaria a ordem jurídico-constitucional. Na base desta argumentação, está a ideia de que uma solução de proibição de conversão do contrato a termo em contrato de duração indeterminada não só não ofende a Constituição — concretamente o princípio da segurança no emprego — mas seria outrossim inconstitucional uma eventual solução de conversão, por violação do artigo 47.º, n.º 2 da CRP, enquanto manifestação do princípio de igualdade de acesso à função pública, em confor-

midade com a doutrina do Tribunal Constitucional. E, na sequência desse juízo, sustenta-se a impossibilidade de dar primazia à Directiva por se considerar que dessa forma se estaria a sobrepor a aplicação do direito da União a princípios fundamentais do Estado de direito democrático em violação do disposto no artigo 8.º, n.º 4 da Constituição, o qual, como é sabido, estatui que

“As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”.

Neste ponto, a construção do tribunal desenvolve-se, se assim podemos dizer, em duas frentes: ora sustentando que o direito consagrado no artigo 47.º, n.º 2 da CRP integra aquela categoria de princípios estruturantes, constituindo, portanto, uma reserva à primazia do direito da União, ora fazendo apelo ao carácter intangível do artigo 277.º, n.º 1 da CRP nos termos do qual “São inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na constituição ou os princípios nela consignados”, conjugado com o artigo 204.º também da Constituição que proíbe aos tribunais que apliquem qualquer norma contrária à Constituição, qualificando-os como princípios intangíveis.

Apreciação crítica

Feita esta breve descrição dos contornos mais vinculados das duas orientações jurisprudenciais, é tempo de salientar alguns aspectos em relação aos quais se podem levantar dúvidas pertinentes.

a) Começando pelo primeiro ponto, de acordo com o primeiro grupo de decisões, a compatibilidade do direito

português com o direito da União ¹⁴ encontra-se assegurada por se considerar que a conversão em contrato por tempo indeterminado não é imposta pela Directiva. Já as pronúncias do segundo grupo encaram essa apreciação de um modo mais exigente e concluem pela insuficiência da transposição da Directiva na legislação do sector público.

Por diversas vezes, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no exercício da sua competência interpretativa no âmbito dos processos de reenvio prejudicial, foi chamado a pronunciar-se no sentido de saber se a Directiva 1999/70/CE deve ser interpretada como que se opondo a uma regulamentação interna que diferencie os contratos de trabalho celebrados com a administração pública dos contratos com entidades patronais privadas, designadamente, excluindo os primeiros de uma solução de conversão em relação de trabalho por tempo indeterminado em caso de violação das regras imperativas sobre sucessão de contratos de trabalho a termo ¹⁵.

¹⁴ De notar, claro, que a questão que nos ocupa é apenas uma das muitas questões que se podem suscitar a propósito da compatibilidade do ordenamento jurídico português com a Directiva 1999/70. Para desenvolvimentos sobre outros possíveis aspectos de desencontro, vejam-se, por exemplo, Jorge LEITE, “Contrato de trabalho a prazo: direito português e direito comunitário”, *Questões Laborais*, ano XIII, n.º 27, 2006, págs. 1 e ss.; Susana Sousa MACHADO, *Contrato de trabalho a termo — a transposição da Directiva 1999/70/CE para o Ordenamento Jurídico Português: (in)compatibilidades*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, em especial págs. 289 e ss.; e, mais recentemente, Francisco Liberal FERNANDES, “Relações de tensão entre o ordenamento português e comunitário na disciplina do contrato de trabalho a termo”, *Revista electrónica de direito*, Junho de 2013, n.º 1, págs. 4 e ss.

¹⁵ Destacam-se os Acórdãos *Adeneler*, *Marrosu e Sardino* e *Angelidaki* — todos disponíveis em <www.curia.europa.eu>, fonte donde promanam as subsequentes citações de jurisprudência do TJUE. O Acórdão *Adeneler* (acórdão do TJUE de 6 de Julho de 2006, Proc. C-212/04) teve origem num litígio que opunha um conjunto de trabalhadores sucessivamente

Como é sabido, o artigo 5.^a do acordo-quadro proíbe o abuso decorrente da conclusão sucessiva de contratos a termo entre o mesmo trabalhador e empregador, impondo aos Estados-Membros a obrigação de introduzirem na respectiva ordem jurídica uma ou mais das medidas enumeradas no acordo — a saber, estabelecer que a renovação do contrato fica sujeita à verificação de razões objectivas; prever a duração

contratados a termo (secretários, técnicos e veterinários) e o Instituto Helénico do Leite (*Ellinikos Organismos Galaktos*). Os primeiros sustentavam a requalificação das relações contratuais como contratos por tempo indeterminado, atenta a natureza permanente das necessidades a satisfazer; o segundo socorria-se da proibição de converter contratos de trabalho a termo sucessivos em contratos sem termo, prevista no artigo 21.º da Lei grega n.º 2190/1994. O Acórdão *Marrosu e Sardino*, (acórdão do TJUE de 7 de Setembro de 2006, Proc. C-53/04), por sua vez, envolveu um conjunto de trabalhadores (técnicos de cozinha) contratados por um estabelecimento hospitalar ao abrigo de uma série de contratos a termo. O litígio surgiu porquanto os trabalhadores em causa consideravam aplicável ao caso uma disposição nacional segundo a qual um trabalhador que após um determinado contrato a termo fosse recontratado pela mesma entidade patronal num prazo de dez dias passaria a ser titular de uma relação de trabalho por tempo indeterminado; já o hospital alegava que a referida norma era inaplicável por força de uma disposição (o artigo 36.º do Decreto Legislativo 165, de 30 de Março de 2001) que proibia, em caso de violação de normas imperativas respeitantes à contratação a termo na Administração Pública a transformação das relações em relações por tempo indeterminado, determinando apenas uma sanção indemnizatória. Por fim, no Acórdão *Angelidaki* (acórdão do TJUE de 23 de Abril de 2009, Proc. C-378/07 e C-380/07), tratou-se, uma vez mais, de um caso que opunha dois organismos públicos gregos (*Nomarchiakís Autodioikísís Rethymnis* e *Topikís Autodioikísís Rethymnis*) a catorze assalariados. Estes últimos invocavam o artigo 8.º, n.º 3, da Lei n.º 2112/1920, o qual, interpretado de modo conforme com a Directiva 1999/70, reclamaria uma solução de conversão. Contra esta última solução as entidades públicas em questão argumentavam que, nos termos do artigo 103.º, n.º 8 da Constituição da República Helénica, ninguém podia ser nomeado funcionário para um lugar do quadro que não estivesse previsto na lei.

máxima total dos sucessivos contratos de trabalho; fixar o número máximo de renovações dos contratos a termo —, caso não possuam já disposições legais preventivas equivalentes que permitam atingir o mesmo objectivo (n.º 1). Por outro lado, o acordo determina que compete aos Estados-membros definirem, sempre que seja necessário, as condições em que os contratos a termo deverão ser considerados contratos sucessivos e considerados como contratos sem termo (n.º 2).

Nesse contexto, depois de tornar claro o aspecto preliminar da inclusão dos contratos a termo com entidades do sector público no âmbito de aplicação do acordo-quadro/directiva ¹⁶, o Tribunal considerou que o art. 5.º, n.º 2 do acordo-quadro não impõe uma obrigação geral de os Estados membros preverem a conversão dos contratos a termo em contratos sem termo nem regula as condições em que se pode fazer uso da solução de conversão, deixando uma margem de apreciação na matéria. Donde resulta, no entender do Tribunal, que o artigo 5.º do acordo-quadro não se opõe em si mesmo a que um Estado-Membro preveja consequências diferentes para o abuso decorrente da utilização de contratos a termo sucessivos, consoante tenham sido celebrados com uma entidade patronal privada ou pública ¹⁷.

Todavia, a leitura interpretativa do Tribunal de Justiça não se fica por este primeiro ponto, e àquela consideração o Tribunal junta um outro nível de análise. Mesmo admitindo que

¹⁶ Neste sentido, podem consultar-se os Acórdãos Adeneler e Marrosu e Sardino.

¹⁷ Acompanha esta leitura Maria João MACHADO, “A contratação a termo na Administração Pública”, *XI-XII Congresso Nacional de Direito do Trabalho — Memórias*, coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 224.

não existe imposição de uma uniformidade reguladora, sublinha-se que as medidas estabelecidas pelos Estados-membros para a contratação a termo no sector público devem observar determinadas exigências. Por um lado, não devem ser menos favoráveis do que as que regulam situações semelhantes no sector privado (*princípio da equivalência*); por outro, devem consubstanciar medidas que apresentem garantias efectivas de protecção dos trabalhadores — para punir devidamente o abuso e eliminar as consequências da violação do direito comunitário — de modo a não tornar impossível ou excessivamente difícil, na prática, o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (*princípio da efectividade*)¹⁸. Acresce que, quanto à tarefa de apreciar até que ponto as disposições da legislação nacional de um Estado-membro satisfazem as exigências mencionadas, o Tribunal tem vindo a declarar que, podendo fornecer esclarecimentos que permitam orientar os órgãos jurisdicionais nacionais na sua apreciação, é a estes últimos que compete, em rectas contas, avaliar em que medida é que as condições de aplicação e de execução da medida em questão fazem dela uma medida adequada. Se o referido órgão jurisdicional concluir em sentido negativo, deverá também concluir-se que o acordo-quadro se opõe à aplicação dessa legislação nacional. Nestes termos, por exemplo, o Tribunal já admitiu, à primeira vista, como adequada uma medida como aquela que atribui o direito à reparação do prejuízo sofrido pelo trabalhador resultante do recurso abusivo¹⁹, muito embora tenha remetido para os órgãos jurisdicionais nacionais a tarefa de averiguar em que medida a sanção específica cumpre o objectivo da Directiva.

¹⁸ Nestes termos, veja-se o Acórdão *Adeneler*.

¹⁹ Assim, por exemplo, declarou o Tribunal de Justiça no Acórdão *Marrosu e Sardino*.

Assim sendo, deste ponto de vista, quer-nos parecer que o segundo grupo de decisões — quando analisa a questão da adequação do direito nacional à Directiva — procede a uma avaliação mais atenta às exigências mencionadas pelo Tribunal de Justiça do que aquela do primeiro grupo de decisões, marcadamente superficial. De todo o modo, cumpre deixar uma nota de apreensão pelo escasso recurso ao reenvio prejudicial pelos nossos tribunais numa matéria como aquela em questão. Julga-se que a atitude mais adequada dos nossos tribunais, tendo dúvidas ou reservas em relação à efectividade da sanção reparatória no sector público, seja a do recurso ao mecanismo do reenvio prejudicial, para que o Tribunal de Justiça se pronuncie sobre a adequação da sanção reparatória tendo em conta as condições de que depende a sua aplicação/nos termos em que ela é configurada entre nós. Dir-se-á que desse modo se estará a potenciar um ciclo vicioso porque o Tribunal de Justiça remete para os órgãos jurisdicionais nacionais e os órgãos nacionais remetem por sua vez para o Tribunal de Justiça. Mas a verdade é que o desenvolvimento do direito da União tem este particular *modus operandi*. É quando confrontado com questões concretas que o Tribunal de Justiça fornece aos órgãos nacionais elementos para a correcta interpretação/aplicação do direito da União.

b) Passemos ao segundo estrato de análise. Na hipótese de se concluir pela existência de uma desconformidade entre o ordenamento jurídico português e o direito da União — pelo facto de o Estado português, embora tomando medidas de implementação da directiva, não ter atingido os resultados que aquela visava — transita-se para o problema das consequências a retirar da mencionada incompatibilidade.

b.1) A esse respeito, de forma mais ou menos explícita, todas as pronúncias — quer as do primeiro quer as do segundo

grupo de decisões — partem do entendimento segundo o qual as disposições pertinentes da Directiva em questão não gozam do chamado efeito directo. Trata-se de uma análise que se apresenta em conformidade com a doutrina que vem sendo expandida pelo Tribunal de Justiça.

Na verdade, em termos gerais, resulta de jurisprudência assente deste tribunal que sempre que as disposições de uma directiva, atento o seu conteúdo, imponham ao Estado-membro uma obrigação incondicional e suficientemente precisa em benefício dos particulares, gozam do chamado *efeito directo vertical*²⁰, isto é, os particulares têm o direito de as invocar contra o Estado, designadamente, na sua qualidade de empregador²¹, devendo o juiz nacional, em caso de desconformidade do direito

²⁰ Distinguímos aqui o conceito de *efeito directo*, enquanto característica da norma comunitária susceptível de invocação pelo particular junto dos tribunais, daquele outro de *aplicabilidade directa*, correspondente à integração directa de uma disposição comunitária na ordem jurídica nacional sem necessidade de qualquer acto interno de recepção ou intermediação (atributo exclusivo dos regulamentos), na esteira do ensinamento doutrinário de autores como Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 397 e ss.; Fausto de QUADROS, *Direito da União Europeia*, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 423. Já outros autores parecem fazer uma utilização dos dois termos como sinónimos, caso de João Mota de CAMPOS/João Luiz Mota de CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, 6.ª edição, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 381 e ss. Sobre o ponto, com particular desenvolvimento, José Luís da Cruz VILAÇA, “A propósito dos efeitos das directivas na ordem jurídica dos Estados-membros”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 30, 2001, págs. 3 e ss.

²¹ Importa recordar que, quando os sujeitos de direito estão em condições de invocar uma directiva não contra um particular, mas contra o Estado, podem fazê-lo qualquer que seja a qualidade em que este último age, como empregador ou como autoridade pública. Num e noutro caso deve evitar-se que o Estado possa tirar proveito da sua inobservância do direito da União — sobre o ponto ver, designadamente, o acórdão *Marshall* (acórdão do TJUE de 26 de Fevereiro de 1986, Processo C-152/84).

interno com o direito da União, fazer aplicação imediata e directa da disposição da directiva.

Especificamente no que concerne as disposições da Directiva 1999/70/CE, o Tribunal de Justiça teve a oportunidade de analisar a questão, a primeira vez através do Acórdão *Impact*, de 15 de Abril de 2008²². Tendo em conta que os pedidos no processo principal se baseavam nos artigos 4.º, n.º 1 e 5.º, n.º 1 do acordo-quadro, o Tribunal de Justiça foi interpelado no sentido de saber se as referidas disposições podiam ser directamente invocadas pelos particulares perante os órgãos jurisdicionais nacionais. Se a respeito do artigo 4.º, n.º 1 do acordo-quadro, o qual prevê uma proibição de tratamento dos trabalhadores contratados a termo, no que diz respeito às condições de emprego, de forma menos favorável do que os trabalhadores permanentes em situação comparável, o Tribunal concluiu pela existência desse efeito directo, diversamente, no que concerne o artigo 5.º, entendeu que o mesmo não comportava nenhuma obrigação incondicional e suficientemente precisa que, na falta de medidas de transposição adoptadas dentro dos prazos, pudesse ser invocada por um particular perante o juiz nacional²³.

²² Processo C-268/06. Em causa estava um litígio que opunha o sindicato irlandês *Impact* — em representação de um conjunto de trabalhadores — e vários ministérios que empregavam esses trabalhadores a respeito, por um lado, das condições de remunerações e de pensões aplicadas a estes últimos em virtude do seu estatuto de trabalhadores contratados a termo e, por outro, das condições de renovação de determinados contratos a termo, por um desses ministérios.

²³ A referida orientação a respeito do artigo 5.º da Directiva 1999/70/CE vem sendo confirmada noutras pronúncias do Tribunal de Justiça, como é caso do Acórdão *Lufthansa* (acórdão do TJUE de 10 de Março de 2010, Processo C-109/09) e do Acórdão *Angelidaki*, acórdão mencionado *supra* de 23 de Abril de 2009. No caso deste último acórdão e de uma outra decisão, o Acórdão *Sorge* (acórdão do TJUE de 24 de Junho

Ora, dir-se-á que as decisões aqui comentadas interpretaram extensivamente as indicações resultantes do acórdão *Impact* a respeito do artigo 5.º, n.º 1 do acordo-quadro, e observam que a mesma orientação se aplica em relação ao n.º 2 do preceito em causa.

Concluindo pela não verificação *in casu* das condições para accionar o efeito directo das disposições da Directiva, as decisões dos tribunais nacionais equacionaram, numa etapa subsequente, e como meio de paliar a inexistência de efeito directo, a possibilidade de uma interpretação conforme do direito interno com a Directiva.

Trata-se, também neste ponto, de uma orientação que não merece reparos²⁴. De facto, a deficiente atenção dos Estados-membros às suas obrigações de transposição correcta e completa, por um lado, e a não verificação, em muitos casos, das condições para cacionar o efeito directo das disposições das directivas, por outro, levaram o Tribunal de Justiça a impor, sempre que possível, às autoridades e, em particular, aos órgãos jurisdicionais nacionais uma obrigação, de interpretação conforme do direito interno com o direito da União. Os tribunais nacionais são obrigados, ao aplicar o direito interno, a interpretá-lo, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da directiva, para atingir o resultado por ela pretendido

de 2010, Processo C-98/09), estava ainda em questão saber se o artigo 8.º, n.º 3 do acordo-quadro — o qual determina que da aplicação do acordo não pode resultar um motivo válido para diminuir o nível geral de protecção dos trabalhadores — preenchia as condições impostas para o efeito directo, o que mereceu uma resposta negativa do Tribunal.

²⁴ De afastar parece-nos, no entanto, a afirmação do Tribunal da Relação de Coimbra de 20 de Janeiro de 2011 de que a Directiva 1999/70/CE, mais concretamente, o artigo 5.º, não só não permite a invocação do seu efeito directo como não impõe ao juiz nacional um esforço de harmonização do direito nacional, vale por dizer, uma interpretação do direito interno à luz do resultado pretendido pela directiva.

e cumprir, assim, o disposto no artigo 288.º, terceiro parágrafo do TFUE ²⁵. Daí resulta que também a propósito das disposições da Directiva 1999/70/CE desprovidas de efeito directo, fará sentido, indagar da possibilidade de uma interpretação conforme do direito interno.

É sobretudo a partir desta etapa que os enfoques jurisprudenciais das decisões em apreço nos fazem revisitar, ainda que de forma necessariamente breve, o delicado tema do efeito directo, da interpretação conforme e da desaplicação das normas internas desconformes com o direito da União. Enquanto as decisões do primeiro grupo concluem pela impossibilidade de realização de uma interpretação conforme, o segundo acervo não só conclui pela viabilidade dessa interpretação como entende, sem hesitações nem explicações de ordem metodológica, que, estando o órgão jurisdicional nacional vinculado a uma obrigação de interpretação conforme com o Direito da União, tal implicará desaplicar a norma de direito interno contrária ao Direito da União e aplicar à contratação abusiva a termo no sector público da regra que vigora no sector privado e que prevê conversão dos contratos em contratos sem termo.

Ora, é opção tomada por este segundo grupo de decisões que carece de aclaração. Com efeito, muito embora as decisões indiquem como fundamento para a conclusão sentenciada o princípio da interpretação conforme, a verdade é que não é minimamente identificado o *iter* metodológico que conduz aquela solução. O que legitimamente nos leva a perguntar o seguinte: estaremos perante uma modalidade de interpretação conforme? Como é que o resultado de não aplicação da referida norma interna pode ou é ainda produto de uma

²⁵ Cf. acórdãos *Angelidaki*, *Impact* e *Lufthansa*.

actividade interpretativa²⁶? A questão assume relevância, note-se, porquanto em caso de resposta negativa, isto é, concluindo-se pela impossibilidade de uma interpretação conforme, apenas teria sido viável equacionar uma protecção dos particulares, através da obrigação que recai sobre os Estados-membros de reparar os danos causados em consequência da insuficiente transposição de uma directiva²⁷.

²⁶ Alguns autores alertam para o facto de serem obscuras as modalidades de uma interpretação conforme quando esteja em causa uma norma manifestamente incompatível com a regulação comunitária. Assim, designadamente, Angelina-Maria PERRINO, “Ancora sul contratto a termine: un passo avanti e due indietro”, *Il Foro Italiano*, IV, 2010, pág. 554. Já outros sublinham a escassez de desenvolvimento teórico do tema da interpretação conforme no seio da jurisprudência comunitária — é o caso de Ricardo DIAMANTI, “Reiterazione di contratti a termine in ragione dell’età e diritto comunitario. Interpretazione conforme e disapplicazione”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, anno XXXI, 2012, n.º 2, pág. 549. Entre nós, Catarina CARVALHO, “A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho”, *Direito do Trabalho+Crise=Crise do Direito do Trabalho?*, coord. Catarina de Oliveira Carvalho e Júlio Vieira Gomes, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 367, considera que o TJUE tem alargado de forma considerável o campo de actuação do princípio da interpretação conforme, forçando os limites interpretativos das disposições legais internas.

²⁷ Efectivamente, se atentarmos naquela que vem sendo a resposta “clássica” do Tribunal de Justiça ter-se-á de notar que o Tribunal apenas reconhece como meios de paliar a inexistência do efeito directo a obrigação de interpretação conforme e, subsidiariamente, a possibilidade de protecção dos particulares, através obrigação que recai sobre os Estados-membros de reparar os danos causados em consequência da falta de transposição de uma directiva. Foi esta a linha de orientação, aliás, seguida pelo Tribunal de Justiça a propósito de uma disposição da Directiva 1999/70/CE, no acórdão *Sorge* (*vide* referência da nota 23). Entendeu-se que, estando em causa uma disposição desprovida de efeito directo, não caberia ao órgão jurisdicional nacional, caso viesse a concluir pela incompatibilidade da legislação nacional com o Direito da União, deixar de aplicar a referida legislação nacional, mas apenas dar-lhe, na medida do possível, uma interpretação conforme.

Primeiramente, cumpre dizer que o Tribunal de Justiça veio já, por diversas vezes, cimentar a sua posição segundo a qual o princípio da interpretação conforme exige que os tribunais nacionais façam tudo o que for da sua competência, *tomando em consideração todo o direito interno e mediante a aplicação dos métodos de interpretação por este reconhecidos*, para garantir a plena eficácia das directivas e alcançar soluções conformes ao objectivos por elas prosseguidos. Tal expediente é apenas limitado pelos princípios gerais do direito, designadamente os da segurança jurídica e da não retroactividade, e não poderá servir de fundamento a uma interpretação *contra legem* do direito nacional²⁸.

Em segundo lugar, importa recordar que a não aplicação de uma norma de direito interno como resultado de uma actividade interpretativa conforme com o direito da União já foi sustentada pelo próprio Tribunal de Justiça. Escudando-se no referido princípio, sustentou o Tribunal, no célebre Acórdão *Marleasing*²⁹, através de uma interpretação restritiva do âmbito de aplicação de uma determinada norma de direito interno, a não aplicação dessa norma a um dado problema jurídico, para então ser mobilizada outra norma de direito interno relevante, essa sim, em conformidade com o quadro normativo da União.

²⁸ Nestes termos, vejam-se os Acórdãos *Adeneler* e *Angelidaki*, acima citados.

²⁹ Acórdão do TJUE de 13 de Novembro de 1990, Processo C-106/89. Ou então o que sucedeu no Acórdão *Angelidaki*, hipótese em que o TJUE convidou o órgão jurisdicional de reenvio a dar às disposições relevantes de direito interno, em toda a medida do possível, uma interpretação e uma aplicação capazes de eliminar as consequências da violação do direito comunitário, o que poderia passar pelo afastamento da norma do direito interno mais recente e específica e pela aplicação de um diploma anterior de carácter mais geral.

No caso das decisões nacionais em análise, a questão afigura-se, porém, mais complexa. Dir-se-á que também aqui os tribunais terão procurado proceder a uma redução do âmbito de aplicação das normas internas que proíbem a conversão dos contratos a termo em contratos por tempo indeterminado e simultaneamente prevêm a responsabilidade civil e disciplinar dos órgãos máximos, tornando-as inaplicáveis aos litígios em causa, para, por essa via, suscitar a aplicação da norma da legislação do sector privado. Assumindo, por instantes, ter sido essa a trajectória (ainda que imperfeitamente expressa), subsistem, no entanto, aspectos menos líquidos. Trata-se de saber em que medida o sentido literal das normas em questão fornece (ou não) margem ao intérprete para que se possa sustentar uma leitura reduzida do âmbito de operatividade das mesmas, leia-se, para que se possa defender, com o mínimo de correspondência na letra da lei ³⁰, que as mencionadas normas não são os comandos pertinentes, por exemplo, em caso de espiral abusiva de sucessivos contratos a termo. Julga-se que, a locução “O contrato a termo resolutivo não se converte, *em caso algum*,...” dificulta significativamente uma solução deste tipo.

b.2) Aproximemo-nos, por fim, da delicada questão da existência de eventuais limites (substanciais), muito concretamente, o de uma solução de conversão ofender parâmetros constitucionais.

As pronúncias do primeiro grupo orientam-se no sentido da existência de limites substanciais-constitucionais a uma solução de conversão automática — acompanhando o entendimento consistentemente sufragado pela jurisprudên-

³⁰ Cf. artigo 9.º, n.º 2 do Código Civil.

cia do Tribunal Constitucional num conjunto de pronúncias³¹ (uma delas com força obrigatória geral) que vieram a lume ainda durante a vigência dos Decretos-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e n.º 427/89, de 7 de Dezembro³², segundo o qual um regime de conversão automática dos contratos a termo em contratos sem termo no sector público, não sendo constitucionalmente imposto pelo princípio da segurança no emprego (artigo 53.º da Constituição), ofenderia o princípio da igualdade de acesso à função pública e a regra do concurso (artigo 47.º, n.º 2 da Constituição) — enquanto as segundas não reconhecem qualquer obstáculo a uma solução de conversão, pelo contrário, consideram outrossim que a conversão é mesmo a solução imposta pelo princípio da segurança no emprego. Vejamos³³.

³¹ Cf. Acórdãos do TC n.º 683/99, de 21 de dezembro de 1999, n.º 73/00, de 9 de fevereiro de 2000, n.º 82/00, de 10 de fevereiro de 2000, n.º 84/00, de 10 de fevereiro de 2000, n.º 190/00, de 28 de março de 2000, n.º 191/00, de 28 de março de 2000, n.º 368/00, de 11 de julho de 2000, este último com força obrigatória geral (todos disponíveis em <www.tribunalconstitucional.pt>).

³² Na época, um dos conteúdos que o regime do emprego público não regulava especificamente tinha a ver com o regime a aplicar quando os contratos a termo ultrapassassem o limite máximo de duração total fixado, ou quando não constasse no seu texto a respectiva fundamentação, ou tivessem sido celebrados fora das situações previstas na lei. Colocava-se a questão de saber se valeria neste caso o regime aplicável no sector privado de transformação da relação como relação por tempo indeterminado. O Tribunal Constitucional pronunciou-se diversas vezes no sentido da inconstitucionalidade daquelas normas dos Decretos-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e n.º 427/89, de 7 de Dezembro, por violação do artigo 47.º, n.º 2, da Constituição, quando interpretadas no sentido de que, verificado o circunstancialismo anteriormente descrito, os contratos de trabalho a termo celebrados pelo Estado se convertiam em contratos de trabalho sem termo.

³³ Abstraímos-nos nesta análise de uma outra questão de índole mais geral que se pode suscitar e que diz respeito aos efeitos emergentes da força obrigatória geral de uma declaração de inconstitucionalidade. De facto, o

Estatui o 47.º, n.º 2 da CRP que “Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso”. Tal como vem sendo assinalado pelo Tribunal Constitucional e pela doutrina ³⁴, o direito em questão comporta uma dimensão subjectiva e uma dimensão objectiva. Na síntese de Liberal Fernandes ³⁵, do ponto de vista subjectivo, e estritamente ligado à liberdade de trabalho e escolha de profissão, estamos perante um direito que confere a todas as pessoas, desde que preencham os requisitos exigidos, a faculdade de aceder aos lugares ou postos de trabalho do sector público colocados a concurso, bem como a garantia de serem tratadas nesse acesso

efeito caso julgado material, que constitui um dos atributos operativos dessa força obrigatória, implica uma eficácia vinculativa “erga omnes”, donde resulta que todos os poderes públicos, sem excepção, se encontram sujeitos à potência obrigatória da declaração. Pode então perguntar-se qual a intensidade que o referido efeito exerce sobre o poder jurisdicional, vale dizer, até que ponto ele estaria em condições de impedir por exemplo leituras como aquelas que têm sido feitas pelo segundo grupo de decisões. A verdade é que a questão não tem suscitado particular interesse junto da doutrina nacional. O problema que tem merecido alguma atenção tem sido outrossim o do efeito vinculativo em relação ao legislador (no sentido de saber se, uma vez declarada inconstitucional uma norma com força obrigatória geral, aquele fica impedido de a reproduzir ou emitir outra de sentido idêntico). A questão que extravasa claramente o contexto que nos ocupa não é de resposta unânime, dando azo a diferentes sensibilidades doutrinárias. Em todo o caso, não deixa de ser significativo o facto de vários autores referirem o carácter relativo que esse efeito não pode deixar de ter. As circunstâncias que motivaram uma decisão de inconstitucionalidade podem sofrer alterações (subjectivas, objectivas ou estruturais) susceptíveis de justificar essa inversão. Sobre o ponto, *vide* Carlos Blanco de MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 201 e ss.

³⁴ Cf., por exemplo, os acórdãos do TC n.º 61/2004, de 27 de Janeiro de 2004, e n.º 406/2003, de 17 de Setembro de 2003, igualmente disponíveis em <www.tribunalconstitucional.pt>.

³⁵ “Sobre a proibição da conversão...”, *cit.*, págs. 78 e 79, nota 5.

em termos de não poderem ser preteridas por outrem com condições inferiores e de não serem objecto de escolhas discricionárias por parte da Administração. Na sua vertente objectiva, é um princípio dirigido à realização de interesses institucionais da Administração. Por um lado, promove a eficácia dos organismos públicos, na medida em que visa assegurar que o recrutamento dos seus agentes assente no mérito e na capacidade de cada um; por outro lado, ao preservar a independência e isenção dos trabalhadores nomeados ou contratados, a referida igualdade constitui um instrumento de garantia de imparcialidade da Administração, na medida em que obsta a que aqueles subordinem o exercício da respectiva actividade profissional a exigências ou critérios de natureza pessoal, política ou ideológica. Assume assim particular relevo a natureza dos interesses ou fins prosseguidos pela entidade empregadora.

Ora, como é bom de ver, a colocar-se algum problema de compatibilidade constitucional, esse não se prende tanto com a eventual lesão da dimensão/vertente subjectiva do princípio em causa³⁶, mas da sua vertente objectiva. Encon-

³⁶ Ainda assim, o Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 368/00 deu relevância a uma eventual lesão da vertente subjectiva. É que, no entender do tribunal, a circunstância de poderem existir candidatos a um posto de trabalho sem termo que não beneficiaram da forma de acesso à função pública em causa, por conversão de um contrato de trabalho a termo (eventualmente mesmo indivíduos que pura e simplesmente desistiram de tentar ser seleccionados para um contrato de trabalho *a termo*, justamente pela razão de que não estavam interessados num contrato temporalmente limitado, mas apenas na obtenção de um posto de trabalho *sem termo*, e que agora não têm possibilidade de aceder a esse posto) configuraria também uma lesão do direito de acesso à função pública em condições de igualdade. Com o devido respeito, julga-se que será excessivo raciocinar nestes termos. A questão apresentada, a merecer relevância jurídica, contenderia não com o direito de igualdade propriamente dito, mas com uma eventual lesão da confiança dos potenciais candidatos.

trando-se a prescrição constitucional da regra do concurso como regime regra de acesso à função pública funcionalmente ligada também à realização do interesse público na transparência e competência, na composição do corpo de trabalhadores do Estado, trata-se, pois, de saber se a salvaguarda dos interesses deste último tipo se pode considerar devidamente assegurada através de um regime de conversão dos contratos a termo em contratos de duração indeterminada.

Têm sido de diferentes índoles os argumentos avançados no sentido da não oposição do mencionado preceito constitucional a uma solução de conversão.

Num primeiro plano, invoca-se o âmbito de aplicação da norma constitucional, entenda-se, o tipo de relações de emprego público em que se impõe o respeito pelo direito de igualdade previsto no artigo 47.º, n.º 2. Segundo um determinado entendimento que foi sustentado durante o período de vigência do Decreto-Lei n.º 427/89 — e que ainda hoje é acolhido em algumas das decisões em análise ³⁷ — as exigências que decorrem do artigo 47.º, n.º 2 (designadamente a do concurso) impor-se-iam apenas no acesso a um universo limitado do emprego público, abrangendo apenas as relações de emprego sujeitas a um regime de direito público — constituídas através de nomeação e contrato administrativo de provimento —, e já não seriam aplicáveis aos contratos a termo celebrados pela Administração ³⁸.

³⁷ Nestes termos, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24 de Setembro de 2012.

³⁸ Assim, FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, “Sobre a proibição da conversão dos contratos de trabalho a termo certo no emprego público: comentário à jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *Questões Laborais*, ano IX, n.º 19, 2002, pág. 78 e ss. Secundam este entendimento, se bem interpretamos, MARIA JOÃO MACHADO, “A contratação a termo ...”, *cit.*, pág. 215, e SUSANA SOUSA MACHADO, *Contrato de trabalho a termo...*, *cit.*, pág. 318.

Estamos perante uma linha de argumentação que corre o risco, tendo em conta as profundas transformações desde então ocorridas no sector do emprego público, de se revelar algo formalista e que não pode, por isso, ser acolhida integralmente. Na verdade, sobretudo a partir da entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, uma vasta área da tradicional “função pública” — a dos trabalhadores que exercem “funções públicas” não enquadráveis nas chamadas “funções de soberania” — passou a estar coberta pelo regime de “contrato de trabalho em funções públicas”, que se tornou, é sabido, com a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, a forma regra de constituição das relações de emprego público³⁹. Ora, quer-nos parecer que pelo menos esse quadro de funções a exercer através de contrato de trabalho em funções públicas⁴⁰ deve integrar, actualmente, a par das relações de serviço constituídas através de nomeação (modalidade tradicional de vinculação dos funcionários públicos)⁴¹, o conceito de função pública para efeitos do artigo 47.º, n.º 2 da CRP⁴².

³⁹ O artigo 7.º da actual Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas determina que o vínculo de emprego público se constitui, em regra, por contrato de trabalho em funções públicas.

⁴⁰ Admite-se que o trabalho ao serviço de entidades públicas pode não ter todo o mesmo enquadramento jurídico: jardineiros, motoristas, cozinheiros, etc., garantem prestações que, em princípio, são qualitativamente independentes da natureza da entidade servida.

⁴¹ A par das relações de emprego público constituídas através de comissão de serviço.

⁴² Recorde-se que, de acordo com a autorizada doutrina constitucional (Gomes CANOTILHO /Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 659 e 660), o conceito de função pública explicitado na norma corresponde

“ao sentido amplo da expressão em direito administrativo, designando qualquer actividade exercida ao serviço de uma pessoa

Num outro plano, mesmo admitindo que o conceito de função pública para efeitos do preceito constitucional é amplo, compreendendo ou podendo compreender o exercício de actividade através de contrato de trabalho em funções públicas, avança-se com um outro tópico. Sustenta-se que a partir do momento em que a contratação a termo é precedida de um procedimento concursal ⁴³, as mencionadas exigências encontram-se preenchidas indirectamente através desse procedimento. Este é, sem dúvida, um argumento com algum peso ⁴⁴, mas, a nosso ver, também não decisivo. O preenchimento de um posto de trabalho através da constituição de um vínculo duradouro supõe da parte da Administração, atendendo ao interesse público em jogo, uma ponderação qualificada relativamente à selecção dos candidatos que o preenchimento de um posto através da constituição de vínculos de emprego público a termo não contempla. Aliás, só assim se explica que não seja o mesmo o rigor concursal que a lei ordinária estabelece no caso de procedimento para a constituição de contratos a termo e contratos de duração indeterminada (recorde-se, desde logo, que a própria lei estabelece diferenças quanto aos métodos de selecção a utilizar quando

colectiva pública (Estado, região autónoma, autarquia local, instituto público, associação pública, etc.), qualquer que seja o regime jurídico da relação de emprego (desde que distinto do regime comum do contrato individual de trabalho) e independentemente do seu carácter provisório ou definitivo, permanente ou transitório”.

⁴³ Art. 39.º, n.º 2 da Lei 12-A/2008, de 27 de Fevereiro. Às nomeações transitórias e aos contratos a termo resolutivo, certo ou incerto, são aplicáveis, com as necessárias adaptações, os artigos 50.º e 51.º, os n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 53.º, os artigos 54.º e 55.º e o n.º 1 do artigo 57.º

⁴⁴ É este o argumento invocado por Miguel Lucas PIRES, *Os regimes de vinculação e a extinção das relações dos trabalhadores da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 102 e 103.

estão em causa procedimentos concursais para a constituição de vínculos de emprego público a termo e sem termo ⁴⁵). O primeiro procedimento não supre a necessidade de um outro dirigido à constituição de um vínculo duradouro, exigência que é posta em causa através de um regime de conversão dos contratos a termo ⁴⁶.

A questão, sob o prisma constitucional, ficará incompleta se apenas se evidenciar a falta de conformidade de um regime de conversão com o princípio da igualdade de acesso à função pública. Isto porque uma solução contrária — de proibição de conversão — porá em causa a outra garantia envolvida, a da estabilidade no emprego. Decerto, é sabido que a pronúncia do Tribunal Constitucional foi no sentido de que a conservação do vínculo como vínculo laboral sem termo não configurava um elemento necessário à garantia da segurança no emprego — e isto quer a questão se colocasse tanto no sector privado como no sector público. Se bem percebemos, subjaz a esta asserção o entendimento segundo o qual a solução conversão não faz parte do âmbito de protecção da norma constitucional em apreço. Quando muito, daquele princípio

⁴⁵ Estabelece o artigo 36.º, n.º 1 da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas que são métodos de seleção obrigatórios os seguintes: *a)* Provas de conhecimentos, destinadas a avaliar as competências técnicas necessárias ao exercício da função; *b)* Avaliação psicológica, destinada a avaliar as restantes competências exigíveis ao exercício da função, podendo, no entanto, nos termos do n.º 6 do mesmo preceito, o empregador público limitar-se a utilizar o método de seleção avaliação curricular nos procedimentos concursais para constituição de vínculos de emprego público a termo. Assim também, ao abrigo da hoje revogada Lei 12-A/2008, de 27 de Fevereiro (artigo 39.º, n.º 2).

⁴⁶ Neste sentido, também Maria do Rosário Palma RAMALHO/Pedro Madeira de BRITO, *Contrato de Trabalho na Administração Pública*, anotação à Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 53.

decorreria a necessidade de existência de uma sanção (até como manifestação de um direito a uma tutela jurisdicional efectiva), mas havendo, digamos assim, uma ampla margem de conformidade do legislador ordinário que poderia, por exemplo, limitar-se a prever um regime indemnizatório.

Temos sérias reservas em acompanhar esta posição do Tribunal, pelo menos pela visão altamente redutora⁴⁷ do âmbito de protecção de uma norma fundamental como a da segurança no emprego. Corresponde a uma análise marcadamente formal dizer-se que cabe no âmbito de protecção da norma em questão limitar, através de condições substanciais e formais, o acesso à contratação a termo, mas já não o aparelho sancionatório, como se este último aspecto não fosse um ponto de vista relevante na efectividade da garantia. Propendemos, pois, a considerar que se trata de uma garantia implícita no artigo 53.º da CRP, pelo que uma solução de proibição de conversão corresponderá a uma afectação daquele direito.

Vistas as coisas a esta luz, encontramos-nos, pois, perante uma confrontação entre princípios ou direitos constitucionais, entre o desiderato constitucional de vinculação da Administração em prejuízo da discricionariedade quanto ao recrutamento e selecção do pessoal (como forma de assegurar neste e nesta igualdade e transparência) e a garantia implicada pelo artigo 53.º Tal exige (concluindo-se pela real impossibilidade de afirmação simultânea e plena dos dois direitos) um esforço de concordância prática cujo exercício, na medida em que se salde na restrição de um dos direitos, terá de obedecer aos ditames do princípio da proporcionalidade⁴⁸. Chamado a

⁴⁷ Assim, Francisco Liberal FERNANDES, “Relações de tensão entre...”, *cit.*, pág. 19.

⁴⁸ Cf. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 266 e ss.

realizar esse juízo de perequação do relevo dos bens jurídicos protegidos pelos direitos em causa, o legislador português seleccionou limitar o direito à segurança no emprego, vedando o regime da conversão dos contratos a termo no sector público e estabelecendo como solução alternativa a responsabilidade civil e disciplinar e financeira dos dirigentes máximos dos órgãos ou serviços que tenham celebrado ou renovado os contratos. É neste ponto, parece-nos, que se podem levantar dúvidas quanto à proporcionalidade da restrição em causa. A circunstância de o regime de conversão ser substituído, em termos absolutos, por uma solução de responsabilidade civil e disciplinar torna legítimo que se possam gerar suspeitas sobre a constitucionalidade do regime em apreço ⁴⁹.

De todo o modo, quando alguns dos nossos tribunais, numa “interpretação conforme com a Directiva”, optam por aplicar um regime de conversão dos contratos a termo em contratos sem termo no sector público, mobilizando a norma

⁴⁹ Por exemplo na vizinha Espanha, os dados são ligeiramente diferentes. A questão da determinação das consequências jurídicas em caso de recurso abusivo da contratação a termo no sector do emprego publico tem ocupado sobretudo a atenção da jurisprudência. Para o efeito, construiu-se uma solução *sui generis*: considera-se o contrato como contrato por tempo indeterminado, *indefinido*, mas o trabalhador não pode ser considerado *fijo de plantilla*, ou seja, o contrato passa a ser um contrato sem termo, mas tal não significa que o trabalhador consolide termos definitivos o seu vínculo. Isto porque das duas uma: ou a Administração é obrigada a promover um processo de recrutamento para aquele posto e o preenchimento do posto por outro sujeito seleccionado constitui uma causa de extinção do contrato de trabalho; ou a Administração decide amortizar/extinguir o posto de trabalho e também nesse caso tal facto constitui uma causa de extinção do contrato de trabalho. Para uma aproximação a este quadro jurídico, ANA ROMERO BURILLO, “Los efectos de la contratación temporal irregular en las administraciones públicas: el trabajador indefinido no fijo de plantilla y su regimen extintivo”, *Jornades Catalanes de Dret Social* (2014), disponível em <www.iuslabor.org>.

que estabelece a conversão no sector privado, a verdade é que, em rectas contas, ter-se-á de concluir que essa criação tem como resultado a preterição de valores e princípios fundamentais da ordem constitucional, no caso, o princípio do concurso. E, nestas condições, não se pode ignorar que o actual texto constitucional não comporta a aceitação da primazia absoluta do Direito da União, reconhecendo na parte final do artigo 8.º, n.º 4 da CRP uma reserva a esse primado, assente nos “princípios fundamentais do Estado de Direito democrático”. Decerto, a explicitação do conteúdo destes “princípios fundamentais” constitui uma elaboração complexa da doutrina jus-publicista de que aqui não nos ocuparemos⁵⁰, muito embora pareça reunir algum consenso a ideia de dever ser de contemplar o catálogo dos direitos, liberdades e garantias e, nessa medida, o princípio da igualdade de acesso à função pública.

Nota conclusiva

Antes de iniciarmos a elaboração deste texto julgávamos que seria possível no seu termo abraçar uma ou outra das correntes jurisprudenciais que vêm avivando o problema. Finda esta análise, vários são os pontos em razão dos quais nos parece que uma resposta desse tipo não pôde ser alcançada. Se a respeito do juízo de compatibilidade do direito interno com o direito da União a resposta do segundo grupo de decisões nos pareceu mais acertada, a verdade é que,

⁵⁰ Para uma síntese deste problema, consultar, designadamente, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, cit., pág. 635 e ss.; MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais — no espaço da inter-normatividade* —, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2006, págs. 277 e ss.; ou ainda, João Mota de CAMPOS/ João Luiz Mota de CAMPOS, *Manual de Direito...*, cit., págs. 404 e ss.

noutros aspectos, nomeadamente em torno do expediente da interpretação conforme e veis. Resta-nos, ainda assim, ter contribuído para equacionar os termos do problema.

Resumo: O artigo 63 da Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho estabelece uma proibição absoluta de conversão do contrato a termo em funções públicas em contrato de duração indeterminada. Neste artigo, a Autora procede a uma análise crítica das correntes jurisprudenciais acerca da referida proibição e da compatibilidade das mesmas com o Direito da União Europeia e com os princípios constitucionais.

Palavras-chave: contrato a termo; sector público; interpretação conforme com o Direito da União.

*On (the prohibition of) converting fixed-term contracts
into contracts of indefinite duration in the public sector.
A few remarks on recent jurisprudential controversy*

Abstract: Article 63 of Law No 35/2014 of 20 June absolutely prohibits fixed-term employment contracts to be converted into contracts of indefinite duration in the public sector. In this paper the Author provides a critical analysis of the jurisprudential positions about this prohibition and their compatibility with European Union rules and constitutional principles.

Keywords: fixed-term contract; public sector; interpretation in conformity with Community law.

Joana Nunes Vicente

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra