

O Papel e a importância da negociação coletiva na Administração Pública: consequências constitucionais e legais do seu incumprimento

1. Agradeço muito que, a propósito da celebração dos quarenta anos do SINTAP, me tenham convidado para estar aqui hoje, na belíssima ilha Açoriana da Terceira, e na sua belíssima capital, para participar de um seminário subordinado ao tema «a negociação coletiva na Administração Pública e o Estatuto Jurídico dos Trabalhadores em Funções Públicas».

Dentro deste grande tema, pedem-me que me refira, em especial, ao «papel e importância da negociação coletiva na Administração Pública» e às «consequências constitucionais e legais do seu incumprimento».

Mas permitam-me que, antes de entrar na abordagem do específico tema que gentilmente me foi distribuído, volte ainda ao tema anterior: a gratidão que sinto pelo convite que o SINTAP me fez.

2. Como se sabe, o Provedor de Justiça é a instituição mais antiga da Terceira República. Instituído logo em 1975, em resultado de um consenso alargado então existente (e já formado na comunidade jurídica durante a fase final do Estado Novo) quanto à necessidade de se criar em Portugal uma instituição similar à do conhecido *Ombudsman* nórdico, transitou depois para a Constituição de 1976, constando como um dos princípios fundamentais da sua Parte I. É, pois, a instituição do Provedor de Justiça a mais antiga das instituições da Terceira República porque é, como se vê por esta história, uma instituição pré-constitucional, recebida pela Lei Fundamental mas não criada, *ex novo*, por ela.

Os elementos estruturais que caracterizam esta instituição têm-se mantido inalterados desde a sua criação. E são cinco. Em primeiro lugar, a independência. O Provedor, que é eleito por maioria de dois terços dos



deputados à Assembleia da República – maioria bem exigente, porque muito próxima da requerida para a aprovação de revisões à Constituição – é o titular singular de um órgão do Estado que exerce as suas funções com total independência face aos demais poderes. É independente do Poder legislativo que o elege e perante o qual presta contas, anualmente, de toda a sua atividade. É independente do poder executivo, sobre o qual incide – como se verá já de seguida – o núcleo essencial da sua ação fiscalizadora. E é finalmente *agnóstico* (permitam-me que use a palavra) em relação ao poder judicial, uma vez que a sua função para sempre à porta dos Tribunais. Voltarei também em breve a este último ponto.

O segundo elemento estruturante da instituição do Provedor de Justiça é a sua informalidade. Ao Provedor têm acesso todos os cidadãos, de forma universal, informal e gratuita.

Este acesso faz-se – e este é o terceiro elemento estruturante da instituição – para receber queixas relativas a conflitos existentes entre privados e poderes públicos. Quer isto dizer que o Provedor não é nunca competente para dirimir, ainda que de modo informal, conflitos entre privados; e que, entre os poderes públicos, o seu «alvo» preferencial é o poder executivo. Não de uma forma adversarial, note-se: o titular de um órgão constitucional que tem assento por inerência no Conselho de Estado não pode ser visto como um sistemático adversário de qualquer um dos poderes estaduais. Assim, do que se trata é de exercer uma função de fiscalização e controlo do poder executivo (sobretudo), para que melhor se possa cumprir, na comunidade política como um todo, o *princípio da boa administração*. A ação de «vigilância» que o Provedor exerce sobre o poder executivo do Estado não é pois nunca uma ação adversarial; é apenas a ação própria de um órgão do Estado que existe para ser órgão auxiliar do princípio da boa administração. Esta função de «mediador» entre os cidadãos e a administração pública, que forma o núcleo essencial das competências que são cometidas ao Provedor



de Justiça e que visa o alcance do princípio da boa administração, explica que fora de todas essas competências esteja sempre o poder judicial. Qualquer questão que lhe seja colocada e que seja já parte de processo pendente em um qualquer tribunal não pode ser por ele conhecida.

Todavia, e ao contrário dos tribunais, que só estão sujeitos à lei, o Provedor pode propor a composição de conflitos não com base no direito positivo, mas com base em equidade. Este é o quarto elemento estruturante da sua atuação. A sua “independência” face às soluções já acolhidas em leis vigentes, e a sua capacidade para manter mesmo em relação a essas soluções uma vigilância crítica, explica a sua faculdade para endereçar aos órgãos competentes recomendações de alterações legislativas e, até certo ponto, explica também a sua competência para iniciar no Tribunal Constitucional processos de fiscalização abstrata da constitucionalidade de normas.

Finalmente, quinto e último elemento estruturante da instituição. O Provedor de Justiça existe para fazer isto tudo, mas não detém poder nenhum. Os seus atos não têm nenhum dos efeitos vinculativos que estão associados aos atos dos demais poderes do Estado.

3. Uma instituição assim caracterizada nestes cinco elementos essenciais tem que ser, como agora se diz, uma *instituição de proximidade*. A informalidade do acesso dos cidadãos (de todos eles) à instituição, bem como a informalidade dos seus procedimentos internos – que são autónomos face às regras dos processos judiciais – assim o dita: a atuação quotidiana da instituição pressupõe o contacto próximo com todos: tanto com quem se queixa quanto com as autoridades que são alvo da queixa. É com base nesse contacto próximo que, na esmagadora maioria dos casos, se conseguem resolver as questões que nos são colocadas.

Como a Constituição prevê a existência de um único Provedor de Justiça para todo o território nacional, foi preocupação central de alguns dos meus antecessores garantir a presença permanente de um seu representante nas



regiões autónomas. Pretendia-se, com esta preocupação, adaptar a organização da instituição, que deve ser única em todo o espaço territorial português, às exigências decorrentes da autonomia político-administrativa dos arquipélagos atlânticos, constitucionalmente consagrada.

Não foi possível, depois de 2012 e por razões orçamentais, manter esta representação permanente do Provedor na Região Autónoma dos Açores (como não foi possível mantê-la na Madeira). Por isso, e porque sinto particularmente a falta que tal faz, tão grata estou ao SINTAP por me ter dado com este convite um pretexto para estar aqui hoje, convosco: que esta seja para mim uma oportunidade para, tanto quanto possível, suprir a distância territorial que infelizmente nos separa.

4. Como se diz no Relatório apresentado à Assembleia da República na Primavera passada, durante o ano de 2018 o número de queixas recebidas pela Provedoria de Justiça atingiu um patamar máximo, nunca antes experimentado ao longo da história da instituição.: 10.000 novas queixas foram recebidas e instruídas. Ora, uma fatia assinalável deste número global de queixas disse respeito a problemas relativos *às relações de emprego público*.

Os conflitos entre os trabalhadores ao serviço de empregadores públicos e estes mesmos empregadores – sejam eles a administração direta do Estado, sejam eles a administração indireta, ou autónoma – formaram o segundo grande tema de queixas, só excedido por aquelas relativas à segurança social. E é bem natural que assim seja. Se há domínio em que faça sentido a ação da instituição como auxiliar do princípio da boa administração, esse é justamente o caso das relações de trabalho na Administração Pública. Contribuir para que se componham, através de uma intervenção célere e próxima tanto do queixoso quanto da entidade visada, os litígios existentes entre duas componentes essenciais da administração do Estado («trabalhadores» e «empregadores») é essencial para o Provedor, tanto por



razões subjetivas – atinentes à proteção dos direitos das pessoas – quanto por razões objetivas. Sem uma administração pública pacificada não pode o Estado prestar serviços de qualidade aos cidadãos.

Todavia, neste tão elevado número de queixas, atinentes a matérias diversas de emprego público, as relativas especificamente ao tema que hoje nos ocupa foram sempre diminutas, e, hoje, são praticamente inexistentes. Os problemas da negociação coletiva na Administração Pública não estiveram presentes nas preocupações centrais dos trabalhadores ao serviço de empregadores públicos que, ultimamente, apresentaram queixa junto dos nossos serviços. Creio que há uma razão clara que explica por que tal sucede. Como essa razão se prende com o que penso ser o âmago da questão específica que me colocaram, passarei agora a abordá-la.

5. Em tese, o termo *negociação coletiva* – sendo ou não aplicada às relações de trabalho na Administração pública – pode ter um significado lato e um significado estrito. Em termos muito latos, pode dizer-se que toda a negociação coletiva é uma forma de concertação social. Significa isto que há matérias sociais que podem ser concertadas; e que tal sucede sempre que aos parceiros de uma certa relação social for reconhecida juridicamente a faculdade de, por via do negócio, ou por via da transação e da transigência mútua, chegar livremente a acordos sobre matérias de interesse comum. Quando aplicado especificamente às relações de trabalho, a *negociação coletiva* significa, neste entendimento lato, a faculdade que é social e juridicamente reconhecida quer a representantes dos trabalhadores quer a representantes das entidades empregadoras de chegarem a acordo sobre aspetos essenciais da relação que os une.

Neste sentido amplo, sempre houve, durante a IIIª República – sempre foi praticada e reconhecida, social e juridicamente -, negociação *coletiva* no âmbito das relações de trabalho na Administração Pública. A Constituição



consagra, como direito, liberdade e garantia dos trabalhadores – isto é, como direito fundamental diretamente aplicável, de exercício coletivo – o direito das comissões de trabalhadores e das associações sindicais a participarem, para defesa de interesses próprios, na elaboração da legislação de trabalho. E como sempre se entendeu que o conceito constitucional de «legislação do trabalho» não podia excluir aquela legislação que dissesse respeito ao trabalho em funções públicas, nunca se negou aos entes representativos dos trabalhadores em funções públicas a faculdade de, por este modo, terem acesso a formas de negociação coletiva, na aceção ampla a que acima fiz referência. A última expressão do reconhecimento desta faculdade encontrou-se inscrita na Lei n.º 23/98, de 26 de maio, que *estabelecia o regime de negociação coletiva e de participação de trabalhadores da Administração Pública em regime de direito público na fixação ou alteração do respetivo estatuto, e no acompanhamento da sua execução*. Aliás, as poucas queixas que no passado foram recebidas na Provedoria de Justiça em matéria da negociação coletiva na Administração Pública diziam respeito ao modo de aplicação dos procedimentos de participação que se previam nesta lei. Em causa estavam, nestas queixas, sobretudo situações de sindicatos que entendiam ter sido lesados no seu direito a serem ouvidos, quer na elaboração da legislação de trabalho, quer na preparação anual dos orçamentos de Estado. A ausência de regras claras sobre a questão de saber quem teria legitimidade para, por parte dos trabalhadores, se sentar à mesa das negociações, ausência essa que, de acordo com os sindicatos queixosos, decorreria do quadro⁹ legal que então vigorava, provocava este descontentamento cujos ecos chegavam ao Provedor de Justiça.

6. Todavia, a partir de certa altura estas queixas cessaram, totalmente. A justificar este facto está a reforma profunda que em 2008 se leva a cabo no quadro jurídico a que fica sujeito o trabalho na Administração Pública.



Como se sabe, até 2008, quem trabalhava na Administração Pública portuguesa era por regra funcionário público. O vínculo que unia funcionário e administração constituía-se através do ato administrativo de nomeação, e as regras que regiam o modo de desenvolvimento desse vínculo eram as regras próprias de um estatuto: o estatuto do funcionário público, ou como antigamente se dizia, o estatuto do «servidor do Estado».

Em princípio, quem detém, no quadro do Estado, uma posição desta natureza, estatutária, recebe-a já definida. Dizendo por outras palavras: quem detém um certo estatuto não detém, em princípio a faculdade de ser parte na regulação dos seus termos. Na verdade, as condições estatutárias - que, na linguagem própria do antigo direito público, eram tidas como fonte das chamadas «relações especiais de poder» - são na sua essência antitéticas das relações contratuais: enquanto estas últimas nascem da autonomia da partes, e, portanto, da sua capacidade para auto-regularem os termos do vínculo jurídico que as unirá no futuro, as relações estatutárias nascem da hétéro-regulação, porque os termos em que se desenvolvem não estão, à partida, à disposição da vontade das partes. Por isso mesmo, até 2008, a condição do funcionário público, de natureza estatutária, só permitia que existisse, no mundo do trabalho em funções públicas, aquele tipo de negociação coletiva que, por último, a lei de 98 previa e regulava. As entidades representativas dos trabalhadores sentavam-se à mesa das negociações para, nos termos da lei, serem ouvidas no decurso dos procedimentos conducentes à tomada das decisões que tivessem repercussões essenciais na modelação da prestação de trabalho.

Mas a partir de 2008 toda esta matriz mudou. Com a chamada «Lei dos Vínculos» (a Lei n.º n. 12-A/2008) ao «estatuto» sucedeu o «contrato». Como se sabe, a partir de então o regime-regra para a constituição do vínculo de emprego público passou a ser *o contrato de trabalho em funções públicas*. A relação laboral na administração pública deixou de ser em regra regulada



por um estatuto; o momento constitutivo do vínculo deixou de ser em regra o da nomeação; e o prestador do trabalho deixou de ser em regra um «funcionário», ou um «servidor público», para passar a ser, no pleno sentido da palavra, um «trabalhador». É este pois o atual modelo do nosso direito positivo, hoje plenamente regulado pela *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, de 2014, que, se revogou a lei de 2008, não deixou no entanto de aprofundar a nova matriz – de natureza contratual – que agora rege as relações jus laborais entabuladas entre trabalhadores e empregadores públicos.

7. Ao substituir o estatuto de funcionário público, antes vigente, pelo atual regime de matriz contratual, o legislador português expandiu inevitavelmente o âmbito possível da *negociação coletiva na Administração Pública*. À negociação em sentido lato, que anteriormente definimos e que sempre existiu, acresce agora uma forma de negociação que produz resultados bem mais intensos, e que é aquela que está prevista no artigo 13.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas: a que conduz à definição dos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, enquanto fontes específicas do contrato de trabalho em funções públicas.

Assim, hoje, a expressão «negociação coletiva na Administração Pública» tem, face à lei, um significado muito preciso. É usada para identificar o conteúdo de um *direito* que agora é indiscutivelmente conferido pela lei aos representante dos titulares da relação de emprego público, direito esse que tem uma natureza dupla: por um lado, é o *direito à negociação coletiva* em sentido estrito, cujo exercício é regulado pelos artigos 347.º a 354.º da *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*; por outro, implica o *direito de contratação coletiva*, ou o *direito a celebrar instrumentos de regulamentação coletiva*, como fontes específicas do contrato de trabalho em funções públicas, direito esse que é logo reconhecido no artigo 13.º da *Lei Geral* e cujo modo de exercício é regulado nos termos dos artigos 355.º



a 386.º da mesma lei. Enquanto o *direito de negociação coletiva stricto sensu*, por abranger todos os trabalhadores com vínculo de emprego público (qualquer que seja a fonte desse vínculo: seja ela ou não contratual) se aproxima bastante da «faculdade» já existente e praticada entre nós antes da mudança paradigmática ocorrida em 2008 – mas sendo o seu modo de exercício agora regulado com muito mais cuidado e precisão do que sucedia com a lei de 98, particularmente no que diz respeito à definição dos critérios de identificação das entidades representativas dos trabalhadores com legitimidade para se sentarem à mesma das negociações – o *direito de contratação coletiva*, por abranger apenas os trabalhadores com vínculo *contratual*, é a realidade completamente nova com a qual hoje nos confrontamos. Porém e não obstante esta novidade, a sua aplicação prática tem sido expressiva: de acordo com os dados que dispomos, entre 2009 e 2015 terão sido publicados 534 Instrumentos de Regulamentação Coletiva convencionais, sendo que, destes, 521 – mais de 97% - terão sido acordos de empregador público publicados nos anos de 2014 e 2015.

8. Apenas duas notas finais, para concluir.

Em primeiro lugar, é preciso salientar que tanto o *direito de negociação coletiva “stricto sensu”* quanto o *direito de contratação coletiva* são limitados quanto ao âmbito das matérias sobre as quais podem incidir. Quer isto dizer, essencialmente o seguinte: embora a profunda reforma que se operou a partir de 2008 tenha aproximado o quadro jurídico do exercício do trabalho em funções públicas da matriz do contrato – que é, como se sabe, uma matriz de direito privado – a componente *pública* do regime não desapareceu nem pôde desaparecer. Afinal, as relações de trabalho em funções públicas; o seu modo de exercício; a definição das carreiras e das remunerações – tudo isto – tem repercussões estaduais fundamentais, nomeadamente na despesa do Estado. Por isso, e por a componente pública

do regime que as rege não ser, por natureza, eliminável, é que *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas* identifica, quer as matérias que podem ser objeto de negociação coletiva (artigo 350.º), quer as matérias que podem ser objeto de contratação (artigo 14.º).

Segunda nota: precisamente por causa deste ineliminável componente pública do seu regime, a *Lei Geral* também prevê procedimentos muito precisos, de conciliação, mediação e arbitragem, para resolver conflitos que resultem da celebração ou revisão de um acordo coletivo de trabalho (artigos 381.º a 303.º) .

Por isso mesmo – e por, no que à negociação coletiva diz respeito, ser agora o seu procedimento muito mais minuciosamente regulado pela lei – por tudo isto, dizia eu, as queixas recebidas na Provedoria sobre estas matérias praticamente cessaram, a partir do momento em que começou a ser plenamente aplicado o novo regime legal.

Mas é evidente que tal não significa que sejam inexistentes os problemas que, neste domínio, a vida traz, e muito menos que o Provedor os ignore ou desconheça. Ficarei assim especialmente atenta a tudo quanto possa aprender no decurso deste seminário.

Obrigada,

Maria Lúcia Amaral
Angra do Heroísmo, 18 de outubro de 2019