

ASSUNTO:	Procedimento concursal. Reposicionamento remuneratório. Erro.	
Parecer n.º:	INF_DSAJAL_LIR_5698/2017	
Data:	30-06-2017	

Pelo Exº Senhor Vice-Presidente de Câmara Municipal foi solicitado parecer acerca da seguinte situação:

“Na sequência de procedimento concursal para ocupação de posto de trabalho por tempo indeterminado, em 19/07/2013 foi celebrado por esta Câmara Municipal contrato de trabalho em funções públicas com um trabalhador detentor de prévia relação jurídica por tempo indeterminado (noutro organismo da administração local), tendo sido colocado na primeira posição remuneratória da correspondente categoria (assistente técnico).

Contudo, o trabalhador era já titular dessa categoria e auferia remuneração superior (cf. documentação entregue pelo mesmo à data).

Tal erro dos serviços que implica o incumprimento do disposto no nº 3 do art.º 38º da Lei nº 66-B/2012, de 31/12 (e portanto, o pagamento de remuneração inferior à devida) só agora foi constatado.

Face ao exposto, pergunta-se: deve agora proceder-se à recolocação na posição remuneratória devida? Tal reposicionamento deve retroagir à data da celebração do contrato?”

Cumpre, pois, informar.

O art.º 38º da Lei nº 66-B/2012, de 31 de dezembro (LOE 2013) determinava o seguinte:

Artigo 38.º

Determinação do posicionamento remuneratório

I - Nos procedimentos concursais em que a determinação do posicionamento remuneratório se efetue por negociação, nos termos do disposto no artigo 55.º da Lei n.º 12 -A/2008, de 27 de fevereiro, alterada pelas Leis n.os 64 -A/2008, de 31 de dezembro, 3 -B/2010, de 28 de abril, 34/2010, de 2 de setembro, 55 -A/2010, de 31 de dezembro, e 64 -B/2011, de 30 de dezembro, e pela presente lei, sem prejuízo do disposto no n.º 6 do mesmo artigo, a entidade empregadora pública não pode propor:

- a) Uma posição remuneratória superior à auferida relativamente aos trabalhadores detentores de uma prévia relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado;*
- b) Uma posição remuneratória superior à segunda, no recrutamento de trabalhadores titulares de licenciatura ou de grau académico superior para a carreira geral de técnico superior que:*

- i) Não se encontrem abrangidos pela alínea anterior; ou
- ii) Se encontrem abrangidos pela alínea anterior auferindo de acordo com posição remuneratória inferior à segunda da referida carreira;
- c) Uma posição remuneratória superior à terceira, no recrutamento de trabalhadores titulares de licenciatura ou de grau académico superior para a carreira especial de inspeção que não se encontrem abrangidos pela alínea a);
- d) Uma posição remuneratória superior à primeira, nos restantes casos.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, os candidatos que se encontrem nas condições nele referidas informam prévia e obrigatoriamente a entidade empregadora pública do posto de trabalho que ocupam e da posição remuneratória correspondente à remuneração que auferem.

3 - **Nos procedimentos concursais em que a determinação do posicionamento remuneratório não se efetue por negociação**, os candidatos são posicionados na primeira posição remuneratória da categoria ou, **tratando-se de trabalhadores detentores de uma prévia relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado, na posição remuneratória correspondente à remuneração atualmente auferida, caso esta seja superior àquela**, suspendendo-se, durante o período referido no n.º 1, o disposto no n.º 9 do artigo 55.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, alterada pelas Leis n.os 64-A/2008, de 31 de dezembro, 3 -B/2010, de 28 de abril, 34/2010, de 2 de setembro, 55-A/2010, de 31 de dezembro, e 64 -B/2011, de 30 de dezembro, e pela presente lei, bem como todas as normas que disponham em sentido diferente.

4 - **O regime fixado no presente artigo tem natureza imperativa, prevalecendo sobre quaisquer outras normas legais ou convencionais, especiais ou excecionais, em contrário, não podendo ser afastado ou modificado pelas mesmas.**

Nesta conformidade, na situação “sub judice” - tratando-se de procedimento concursal em que o posicionamento remuneratório não se efetuava por negociação (tal como nos parece decorrer da exposição apresentada no presente pedido de parecer) - atento o disposto no n.º 3 deste normativo, o trabalhador que já detinha a categoria de assistente técnico e que se candidatou a procedimento concursal para constituição de relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado com vista ao preenchimento de um posto de trabalho de assistente técnico deveria, de facto, ter sido posicionado numa posição remuneratória correspondente à remuneração que à data auferia, por se tratar de trabalhador detentor de uma prévia relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado.

Ora, conforme prescreve o n.º 4 da disposição legal citada, o regime nela fixado tinha “*natureza imperativa, prevalecendo sobre quaisquer outras normas legais ou convencionais, especiais ou excecionais, em contrário, não podendo ser afastado ou modificado pelas mesmas.*”

A propósito da distinção entre normas injuntivas e normas dispositivas, nos Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República PPA25062015001900 e P000192015, ambos de 25-06-2015 pode ler-se o seguinte:

“ (...)As primeiras são comandos positivos ou comandos negativos (proibições) que visam interesses gerais ou interesses individuais muito fortes, e por isso querem ser acatadas a todo o custo, implicando uma necessidade inderrogável. A elas se contrapõem as meramente dispositivas, que não constroem o querer dos indivíduos, antes deixam a estes margem para se movimentarem mais ou menos livremente» É corrente a designação de normas imperativas para as normas injuntivas, sendo esta, aliás, a posição do Código Civil, expressa no artigo 294º, nos termos do qual «Os negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei.» Se se celebrar um negócio jurídico que atinja disposição legal de carácter injuntivo, verifica-se a “sanção” própria do ato ilícito, ou seja, a invalidade e, dentro desta, a sanção qualificada da nulidade e não da mera anulabilidade, e só assim não acontecerá quando a lei consagrar outra solução (...). “

No caso presente, afigura-se-nos que o ato administrativo que não aplicou ao caso presente o consignado no nº 3 do art.º 38º da LOE 2013 enferma do vício de violação de lei, atualmente sancionado com a anulabilidade, tendo em conta que o normativo citado não determina a nulidade pela sua não aplicação e que no “CPA atualmente em vigor, optou-se pela taxatividade legal da nulidade do ato administrativo (n.º 1 do artigo 161.º) indicando-se simultaneamente, um elenco exemplificativo (n.º 2 da mesma disposição). Verifica-se assim, que “desapareceu a figura da nulidade «por natureza» que o anterior código admitia sob a modalidade do ato a que faltava qualquer dos elementos essenciais...”¹

Assim, da análise da situação exposta parece-nos decorrer que, de facto, não foi dado cumprimento ao consignado no nº 3 do art.º 38º da LOE 2013, normativo que aliás se manteve quase “*ipsis verbis*” reproduzido nas Leis do Orçamento de Estado que se lhe seguiriam (vd. artº 42º nº 3 da Lei nº 83-C/2013, de 31 de dezembro-LOE 2014 e da Lei nº 82-B/2014, de 31 de dezembro-LOE 2015, mantido em vigor pelos artºs 18º e 19º das Leis nºs 7-A/2016, de 30 de março e 42/2016, de 28 de dezembro, que aprovaram, respetivamente, o Orçamento de Estado para 2016 e 2017).

Acresce referir que não nos parece aceitável que o trabalhador seja prejudicado pelo que a própria autarquia consulente classifica de “erro dos serviços.”

Assim, poderá ser ponderada a aplicação ao caso presente (com as devidas adaptações) da tese defendida pelo Professor Licínio Lopes Martins, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Jurisconsulto, no parecer elaborado em 7 de janeiro de 2017 (que pugnou pelo “dever – oficioso - de correcção de ilegalidades administrativas” por parte da Administração e que se encontra disponível em <https://ascr.pt/system/jobs/documents/000/000/004/original/PARECER.PROF.LICINIO.pdf?1484236197>). De facto, este Autor, no caso então em análise concluiu que “(...) **em homenagem ao princípio geral do aproveitamento dos actos administrativos**, os Despachos proferidos pelo Presidente do INRN, IP, a 1 de Junho e

¹ Neste sentido, vd. Cabral da Moncada, Código do Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora.

a 13 de Julho de 2010, **devem ser oficiosamente objecto de «modificação» lato sensu, ou de uma espécie de «reforma», quiçá «atípica»,** - em face do disposto no n.º 1 do artigo 137.º do «velho» Código do Procedimento Administrativo (tempus regit actum) ou nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 164.º do «novo» Código do Procedimento Administrativo -, **se bem que justificada pelo rigor dos princípios e da legitimidade da acção administrativa, por via do qual não sejam desperdiçados os procedimentos e formalismos já cumpridos,** para determinar aquela «transição» de regime contratual, **mas pela qual se opere a expurgação e substituição do seu conteúdo ilegítimo,** o mesmo será dizer estatuinto que todos os «Adjuntos de Conservadores» transitem para uma «modalidade» de contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado².

Na verdade, segundo Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, a reforma é «um acto de sanção de um acto anterior administrativo inválido, mas ou diz respeito a uma ilegalidade do seu conteúdo ou reflecte-se neste. Traduz-se ela em manter, desse acto, a parte que não estava afectada de ilegalidade, alterando-se ou suprimindo-se a parte ilegal»

Ora, em nosso entender, é precisamente esta via que a Administração deve seguir, impondo-se que o Presidente do Instituto dos Registos e Notariado, IP, «modifique» ou «reforme» os actos administrativos praticados em 2010, relativamente aos destinatários que não os impugnaram jurisdicionalmente, atendendo que os mesmos já foram objecto de anulação pelos Tribunais. Mas o **dever – oficioso - de correcção de ilegalidades administrativas** existe e subsiste independentemente e para além de decisões jurisdicionais.” (sublinhados nossos)

Resta-nos acrescentar que o n.º 5 do art.º 164º do CPA atualmente em vigor rege sobre a “Ratificação, Reforma e conversão”, nos seguintes termos:

“1 - São **aplicáveis** à ratificação, reforma e conversão dos atos administrativos **as normas que regulam a competência para a anulação administrativa dos atos inválidos e a sua tempestividade.**

2 - Os atos nulos só podem ser objeto de reforma ou conversão.

3 - Em caso de incompetência, o poder de ratificar o ato cabe ao órgão competente para a sua prática.

4 - A reforma e a conversão obedecem às normas procedimentais aplicáveis ao novo ato.

5 - **Desde que não tenha havido alteração ao regime legal, a ratificação, a reforma e a conversão retroagem os seus efeitos à data dos atos a que respeitam,** mas não prejudicam a possibilidade de anulação dos efeitos lesivos produzidos durante o período de tempo que as tiver precedido, quando ocorram na pendência de processo impugnatório e respeitem a atos que envolvam a imposição de deveres, encargos, ónus.”

Ora, no caso em análise, tendo em conta o disposto nos n.ºs 1 e 5 deste normativo e o facto de a autarquia consulente reconhecer que “Tal erro dos serviços que implica o incumprimento do disposto no n.º 3 do art.º 38º da Lei n.º 66-B/2012, de 31/12 (e portanto, o pagamento de remuneração inferior à devida) só agora foi constatado” afigura-se-nos que poderá ser ponderado o recurso à figura da reforma do ato administrativo (que não aplicou ao caso presente o consignado no n.º 3 do art.º 38º da LOE 2013), consagrada no art.º 164º do CPA. Com efeito,

- quanto à tempestividade e considerando que a autarquia consulente “só agora” constatou o erro em que incorreu, será admissível proceder à reforma no prazo de seis meses a contar do conhecimento da causa de invalidade ou tratando-se de ato constitutivo de direitos, no prazo de um ano (vd. n.ºs 1 e 2 do art.º 168º do CPA);

- quanto à possibilidade de a reforma deste ato retroagir os efeitos à data em que foi proferido o ato e consequentemente celebrado o contrato, afigura-se-nos que será possível tendo em conta que, conforme já referimos supra, o quadro legal em vigor em 2013 - quanto ao posicionamento remuneratório de quem já era titular de uma relação jurídica por tempo indeterminado - se manteve nas Leis do Orçamento de Estado que lhe sucederam até à atualidade.

Na sequência da reforma do referido ato administrativo, poderá proceder-se à alteração do respetivo contrato e à retificação do posicionamento remuneratório deste trabalhador.