



ASSUNTO:	Fornecimento de refeições escolares. Atribuição. Competência. Prerrogativa de interesse público.	
Parecer n.º:	INF_DSAJAL_LIR_7845/2020	
Data:	15.09.2020	

Pelo Senhor Presidente da Câmara Municipal representado pela sua Interlocutora junto desta Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional, foi solicitado parecer acerca da seguinte situação:

“1. Na sequência da cessação dos contratos de concessão referentes à exploração de dois refeitórios escolares, o Município (...) iniciará, a 01/09/2020, a sua exploração direta;

2. Em consequência da reversão, a Concessionária notificou o Município de que, nos termos do n.º 2 do artigo 285.º do Código do Trabalho, na aceção da Diretiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de março de 2001, bem como do artigo 51.º do Contrato Coletivo de Trabalho aplicável ao setor, seria transmitida a posição jurídica de empregador, nos contratos dos funcionários ao serviço dos refeitórios, devidamente identificados (documentos que se anexam);

(...)

5. Assim, de acordo com o n.º 3 do artigo 285.º do Código do Trabalho, os trabalhadores transmitidos ao Município deverão manter todos os direitos contratuais e adquiridos, “nomeadamente retribuição, antiguidade, categoria profissional e conteúdo funcional e benefícios sociais adquiridos.”

6. Sucede que, analisada a listagem dos trabalhadores cujo vínculo se transmite para o Município, se verifica que os mesmos:

- a) Ocupam categorias profissionais não correspondentes à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas;*
- b) Auferem remunerações não correspondentes aos níveis constantes da Tabela Remuneratória Única e, num dos casos, mesmo inferiores à base remuneratória atualmente em vigor na Administração Pública;*
- c) Não recebem subsídio de alimentação (ao contrário da generalidade dos trabalhadores deste Município), uma vez que, de acordo com o disposto na cláusula 45.ª do CCT, a alimentação lhes é fornecida em espécie;*

d) Praticam horário de trabalho de 40 horas semanais, ao contrário dos trabalhadores do Município, onde se pratica um horário de 35 horas;

e) Beneficiam de subsídios não previstos na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (designadamente, subsídio de transporte).

Solicita-se, assim, o Vosso parecer, sobre se:

I. A transmissão da posição de empregador, nos termos do n.º 1 do artigo 285.º do Código do Trabalho, carece de redução a escrito e, nesse caso, sob que forma;

II. As condições atuais dos vínculos de trabalho dos funcionários transmitidos, melhor identificadas no ponto 6, deverão manter-se, ou, pelo contrário, ser adaptadas ao regime previsto na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas;

III. Os respetivos postos de trabalho deverão ser incluídos no mapa de pessoal da Câmara Municipal;

IV. Poderá ser facultada aos trabalhadores a adesão ao Instituto de Proteção e Assistência na Doença, I.P. (ADSE, I.P.).”

Cumpre, pois, informar:

I – Nos termos do disposto no n.º 1 do art.º 23º do anexo I à Lei nº 75/2013, de 12 de setembro¹, os Municípios dispõem de atribuições, designadamente, nos domínios da educação, ensino e formação profissional e da ação social.

No entanto, para levarem a cabo estas atribuições, são conferidos aos órgãos do município - assembleia e câmara - um conjunto de poderes funcionais, sendo-lhes vedada a prática de atos que não se enquadrem nas competências previstas expressamente nas normas constantes desta Lei (ou de legislação avulsa).

Tal como entendeu esta Direção de Serviços na INF_DSAJAL_CG_1840/2020, de 14 de fevereiro:

*“Consagra a Lei de Bases do Sistema Educativo² que os serviços de ação social escolar traduzem-se num “conjunto diversificado de ações, em que avultam a **comparticipação em refeições, serviços de cantina,***

¹ Alterada pela Lei nº 25/2015, de 30 de março, pela Lei nº 69/2015, de 16 de julho, pela Lei nº 7-A/2016, de 30 de março, pela Lei nº 42/2016, de 28 de dezembro e pela Lei nº 50/2018, de 16 de agosto.

transportes, alojamento, manuais e material escolar, e pela concessão de bolsas de estudo.” (cf. n.º 2 do artigo 30.º).

Um dos apoios a prestar em matéria de alimentação no âmbito da ação social escolar é “o **“fornecimento de refeições gratuitas ou a preços comparticipados”** – de acordo com as disposições conjugadas do n.º 1 do artigo 12.º e a alínea b) do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 55/2009, de 2 de março^{3,4}

Para tal, prevê o Decreto-Lei n.º 55/2009 que “Nos estabelecimentos de educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário são fornecidas refeições escolares.” (cf. n.º 1 do artigo 18.º), mais precisamente o almoço como regra geral (cf. n.º 2 do mesmo artigo). Pelo que, e para assegurarem este serviço de refeições, os estabelecimentos de ensino devem dispor de refeitórios escolares (cf. artigo 19.º).

Pelo Decreto-Lei n.º 21/2019, de 30 de janeiro⁵, **foi transferida para as câmaras municipais a competência da gestão do fornecimento de refeições em refeitórios escolares** dos estabelecimentos de educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário (cf. artigo 35.º e artigo 3.º/1).⁶

O que significa que o fornecimento de refeições escolares é uma competência do órgão executivo dos municípios, no âmbito da atribuição que os mesmos possuem no domínio da educação.^{7/8}

² Lei de Bases do Sistema Educativo, aprovada pela Lei n.º 46/86, de 14 de outubro, alterada pela Lei n.º 115/97, de 19 de setembro, pela Lei n.º 49/2005, de 30 de agosto, pela Lei n.º 85/2009, de 27 de agosto.

³ Decreto-Lei n.º 55/2009, de 2 de março, que estabelece o regime jurídico aplicável à atribuição e ao funcionamento dos apoios no âmbito da ação social escolar, alterado pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março, pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 21/2019, de 30 de janeiro.

⁴ Conforme consagrado no artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 55/2009, os apoios alimentares têm como objetivos “a promoção do sucesso escolar e educativo, o desenvolvimento equilibrado e a promoção da saúde das crianças e jovens que frequentam a educação pré-escolar e os ensinos básico e secundário”, sendo que “o fornecimento de refeições em refeitórios escolares visa assegurar uma alimentação equilibrada e adequada às necessidades da população escolar, considerados os hábitos alimentares das regiões”.

⁵ Decreto-Lei n.º 21/2019, de 30 de janeiro, que concretiza o quadro de transferência de competências para os órgãos municipais e para as entidades intermunicipais no domínio da educação, na redação conferida pela Declaração de Retificação n.º 10/2019, de 25 de março, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2019, de 28 de junho.

⁶ Esta matéria, relativamente à pré-escolar e ao 1.º ciclo do ensino básico, já se encontrava na esfera da administração local por força do Decreto-Lei n.º 144/2008, de 28 de julho, que desenvolvia o quadro de transferência de competências para os municípios em matéria de educação, e foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 21/2019. O fornecimento de refeições a crianças e jovens que frequentem o ensino básico (2.º e/ou 3.º ciclos) e o ensino secundário era competência do Ministério da Educação.

⁷ “Claro que é preciso fazer a salvaguarda que a concretização desta transferência está a ser feita de forma gradual para alguns municípios, sendo certo que a partir de 1 de janeiro de 2021 todos os municípios passarão a ter de assumir esta competência”.

⁸ Negritos nossos.

Ora, os números 3 e 4 do art.º 19 do DL nº 55/2009, de 2 de março – que temos de ler com as adaptações e atualizações derivadas do exposto no parecer acabado de citar - determinam que o **“fornecimento de refeições em refeitórios escolares pode ser assegurado directamente pelos agrupamentos de escolas e escolas não agrupadas ou adjudicado por contrato de concessão a empresa de restauração colectiva”** e que a “concessão do fornecimento de refeições escolares assegura a observância das orientações e normas sobre a qualidade e variedade a que se refere o n.º 2 do artigo 15.º, bem como as regras sobre preços definidas no artigo seguinte.”

II - Partindo do pressuposto de que, no caso presente, estamos perante um verdadeiro contrato de concessão, importa referir que o Código dos Contratos Públicos (CCP) consagra os seus artigos. 407º a 430º às concessões de obras públicas e de serviços públicos, sendo este regime aplicável, subsidiariamente, ao contrato de concessão de exploração de bens do domínio público.

Por seu turno, os artigos 422º a 425º do CCP regulam, respetivamente sobre o resgate, a resolução pelo concedente, a responsabilidade perante terceiros e os efeitos da extinção do contrato no termo previsto, sem que se ocupem da matéria respeitante à transmissão para o empregador público da posição do empregador privado nos contratos celebrados com os trabalhadores, ou melhor, da possibilidade de, aquando da reversão da concessão, se transmitir a “posição que o concessionário tinha nos contratos individuais de trabalho dos trabalhadores que exerciam funções” nos refeitórios, à luz do consignado no art.º 285º do Código do Trabalho (CT)º.

Sucede que este normativo, na redação que lhe foi conferida pela Lei nº 14/2018, de 19 de março, estabelece o seguinte:

“Artigo 285º

Efeitos de transmissão de empresa ou estabelecimento

⁹ Aprovado pela Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro e alterado pela Lei nº 105/2009, de 14 de setembro, Lei nº 53/2011, de 14 de outubro, Lei nº 23/2012, de 25 de junho, Lei nº 47/2012, de 29 de agosto, pela Lei nº 69/2013, de 30 de agosto, Lei nº 27/2014, de 08 de maio, Lei nº 55/2014, de 25 de agosto, Lei nº 28/2015, de 14 de abril, Lei nº 120/2015, de 01 de setembro, Lei nº 8/2016, de 01 de abril, Lei nº 8/2016, de 01 de abril, Lei nº 28/2016, de 23 de agosto, Lei nº 73/2017, de 16 de agosto, Lei nº 14/2018, de 19 de março, Lei nº 90/2019, de 4 de setembro e Lei nº 93/2019, de 4 de setembro.

1 - Em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade de empresa, ou estabelecimento ou ainda de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, transmitem-se para o adquirente a posição do empregador nos contratos de trabalho dos respectivos trabalhadores, bem como a responsabilidade pelo pagamento de coima aplicada pela prática de contra-ordenação laboral.

2 - O disposto no número anterior é igualmente aplicável à transmissão, cessão ou reversão da exploração de empresa, estabelecimento ou unidade económica, sendo solidariamente responsável, em caso de cessão ou reversão, quem imediatamente antes tenha exercido a exploração.

3 - Com a transmissão constante dos n.os 1 ou 2, os trabalhadores transmitidos ao adquirente mantêm todos os direitos contratuais e adquiridos, nomeadamente retribuição, antiguidade, categoria profissional e conteúdo funcional e benefícios sociais adquiridos.

4 - (...)

5 - Considera-se unidade económica o conjunto de meios organizados que constitua uma unidade produtiva dotada de autonomia técnico-organizativa e que mantenha identidade própria, com o objetivo de exercer uma atividade económica, principal ou acessória.

6 - O transmitente responde solidariamente pelos créditos do trabalhador emergentes do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação, bem como pelos encargos sociais correspondentes, vencidos até à data da transmissão, cessão ou reversão, durante os dois anos subsequentes a esta.

7 - (...)

8 - (...)

9 - (...)

10 - Constitui contraordenação muito grave:

a) A conduta do empregador com base em alegada transmissão da sua posição nos contratos de trabalho com fundamento em transmissão da titularidade de empresa, ou estabelecimento ou de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, ou em transmissão, cessão ou reversão da sua exploração, quando a mesma não tenha ocorrido;

b) A conduta do transmitente ou do adquirente que não reconheça ter havido transmissão da posição daquele nos contratos de trabalho dos respetivos trabalhadores quando se verifique a transmissão da titularidade de empresa, ou estabelecimento ou de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, ou a transmissão, cessão ou reversão da sua exploração.

11 - A decisão condenatória pela prática de contraordenação referida na alínea a) ou na alínea b) do número anterior deve declarar, respetivamente, que a posição do empregador nos contratos de trabalho dos trabalhadores não se transmitiu, ou que a mesma se transmitiu.

12- Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos n.os 7, 8 ou 9.”¹⁰

No caso presente, “a Concessionária notificou o Município de que, nos termos do n.º 2 do artigo 285.º do Código do Trabalho, na aceção da Diretiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de março de 2001, bem como do artigo 51.º do Contrato Coletivo de Trabalho aplicável ao setor, seria transmitida a posição jurídica de empregador, nos contratos dos funcionários ao serviço dos refeitórios, devidamente identificados (...)”

Ora, a propósito do disposto no art.º 285º do CT, na sua redação originária – e num caso em que se discutia a transmissão para uma pessoa coletiva pública da posição que um concessionário detinha relativamente aos contratos individuais de trabalho de quem desempenhava funções na cantina de uma Universidade - pode ler-se o seguinte no Sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 11/09/2019, referente ao processo nº2743/15.5T8LSB.LI.SI¹¹, citado no douto parecer anexo à presente solicitação:

“I) A reversão da concessão de exploração de uma cantina universitária enquadra-se no conceito amplo de transmissão de empresa ou estabelecimento, conforme estipulado no artigo 285º, do CT/2009 e no artigo 1º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 2001/23/CE, do Conselho de 12 de março de 2001.

II) Sendo a concedente uma pessoa coletiva de direito público, dotada de personalidade jurídica e de autonomia financeira e administrativa, tal circunstância, segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, não permite excluir a existência de uma transferência abrangida pela referida Diretiva, pelo que é aplicável o disposto no seu artigo 1º, n.º 1, alínea c), por a atividade por ela exercida ser uma atividade económica que não se enquadra no exercício das prerrogativas do poder público.

¹⁰ Negritos nossos.

¹¹

Acessível

em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b1d91cafb49223280258473003ac413?OpenDocument> –

III) Transmite-se, assim, para a concedente, apesar de ser uma pessoa coletiva de direito público, a posição que o concessionário tinha nos contratos individuais de trabalho, dos trabalhadores que exerciam a sua atividade nessa Cantina.”¹²

¹² Também no Acórdão de 28.09.2017, relativo ao Processo 1335/13.8TTTCBR.CI.SI - disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/67450E70E67BE568802581AA0030E924> . e em linha com a jurisprudência comunitária, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu o seguinte:

“1. A sucessão na concessão de exploração de refeitório em Centro Educativo enquadra-se no conceito amplo de transmissão de empresa ou estabelecimento, conforme estipulado na cláusula 127.ª do Contrato Coletivo de Trabalho aplicável.

2. Os contratos de trabalho que se transmitem para o adquirente da empresa ou estabelecimento são unicamente os existentes à data da transmissão.”

Neste Aresto citam-se vários Autores que se dedicaram a esta matéria, a saber:

“ **Maria do Rosário Palma Ramalho** [“Tratado de Direito do Trabalho, Parte II –Situações Laborais Individuais, 6.ª Edição- Revista e atualizada ao Código do Trabalho de 2009, com as alterações introduzidas até setembro de 2016, Almedina, pág. 644 e 645”], quanto ao âmbito do fenómeno transmissivo, refere o seguinte:

“... é qualificada como transmissão para efeitos da sujeição a este regime legal, não apenas a mudança da titularidade da empresa ou do estabelecimento, por qualquer título (i.e., uma transmissão definitiva, por efeito de trespasse, fusão, cisão ou venda judicial), mas também a transmissão, a cessão ou a reversão da exploração da empresa ou do estabelecimento sem alteração da respetiva titularidade (i.e., uma transmissão das responsabilidades de gestão a título temporário, embora estável) - art.º 285.º n.ºs 1 e 3.

Deste modo, o conceito de transmissão para este efeito é especialmente amplo, abrangendo todas as alterações estáveis (mas não necessariamente definitivas) na gestão do estabelecimento ou da empresa. Por outro lado, os termos amplos do art.º 285.º viabilizam a aplicação deste regime não apenas a transmissões da titularidade ou da exploração de unidades negociais no âmbito do setor privado, mas também a transmissões que envolvam os setores público e privado – assim, caem sob a alçada da norma as concessões de serviços públicos a entes privados ou outras formas de cedência da exploração de atividades públicas a entes privados, bem como a respetiva reversão.

Com a adoção deste conceito de amplo de negócio transmissivo, o Código não só se coloca em linha com o conceito correspondente na Dir. n.º 2001/23 (art.º 1.º) – que resulta, aliás, da interpretação da jurisprudência comunitária – como dissipa as dúvidas anteriormente suscitadas na nossa jurisprudência sobre a sujeição a este regime de algumas situações, com destaque para a reversão da exploração para a cedente e para as concessões da exploração a sucessivos cessionários, pelo facto de não envolverem um negócio translativo da propriedade sobre a empresa ou o estabelecimento.”

Também **Júlio Manuel Vieira Gomes** [“O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão do estabelecimento no direito do trabalho; o art.º 37.º da LCT e a Diretiva 77/187, RDES, 1996,77-19”] dá conta da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no que diz respeito ao caso de sucessão de vários concessionários sem que entre eles medie qualquer contrato, e em que o referido Tribunal considera poder existir uma transmissão em duas fases.

João Leal Amado [“Contrato de Trabalho, Noções Básicas, 2016, Almedina, pág. 165”] sublinha a amplitude de aplicação do regime previsto no art.º 285.º do Código do Trabalho, concretizando que “A previsão legal abrange, portanto, a transmissão, total ou parcial, de empresa ou estabelecimento. E abrange a transmissão da titularidade ou da exploração da unidade económica (trespasse, fusão, cisão, venda judicial, doação, concessão de exploração, etc.)”.

Acréscita o referido autor que “como se intui, no tocante ao objeto do negócio transmissivo o âmbito de aplicação deste regime é muito vasto, sendo também o conceito de transmissão definido em moldes muito amplos”.

De facto, neste Acórdão citam-se diversos casos em que o Tribunal Europeu de Justiça, na sequência da cessação de contrato de concessão, pugnou pela aplicabilidade do regime de transmissão para o concedente (mesmo que se trate de uma pessoa coletiva pública) da posição que o concessionário detinha nos contratos individuais de trabalho celebrados, dando especial ênfase ao princípio da primazia do Direito da União Europeia sobre o direito interno dos Estados membros.

Daí que no mesmo Acórdão se sustente que “[q]uer os fundamentos quer a decisão do Tribunal de Justiça nos processos “C-416716 – Piscarreta” e “C.317718 - Cátia Correia Moreira”, **são perfeitamente transponíveis para o caso em apreço.**

Como decidiu o TJUE, no caso “Piscarreta”, **a circunstância de o cessionário ser uma pessoa coletiva de direito público, nomeadamente uma empresa pública que tem a seu cargo um serviço público, não permite excluir a existência de uma transferência abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2001/23,**

É o caso desta atividade da Recorrente “BB”, que consistindo na promoção do acesso dos estudantes da Universidade de ... à alimentação em cantinas e bares (fornecimento de refeições confeccionadas e prestação de serviços associados, através da exploração de refeitórios, restaurantes, bares e cafés), nomeadamente na cantina “... – ...”, onde o Recorrido prestava a sua atividade, não se enquadra no exercício das prerrogativas do poder público.

Essa atividade, de exploração de cantinas e bares universitários, é uma atividade económica que não se enquadra no exercício de prerrogativas do poder público, até porque na sua generalidade, é efetuada por empresas privadas, mediante a celebração de contratos de concessão, como era no caso dos autos, antes de se verificar a reversão – n.ºs 6 a 9 e 50 dos factos provados.

Com efeito, esta dá-se, no caso concreto, por o contrato de concessão celebrado com a Ré “CC” ter cessado e por, consequentemente, a Ré “BB” ter reaberto a Cantina e passar a ser ela a confeccionar e a fornecer diretamente as refeições aos estudantes – factos n.ºs 10 a 15 e 48 a 50.

De qualquer modo, como realça o Tribunal de Justiça, **os Estados-Membros, incluindo Portugal,**

transferiram para a União, as suas competências em matéria de manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas.

Ora, o artigo 4º, n.º 2, da TUE, refere que a União respeita, nomeadamente, a identidade nacional refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais dos Estados-Membros. Contudo, diz o TJUE que este preceito, **”não pode ser interpretado no sentido de que, no domínio em que os Estados Membros transferiram as suas competências para a União, como em matéria de manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas, permite privar um trabalhador da proteção que lhe confere o direito da União em vigor nesse domínio”.**

Tendo em consideração o exposto, neste Acórdão do STJ **“conclui-se que, sendo aplicável ao caso o artigo 1º, n.º 1, da Diretiva 2001/23/CE, do Conselho, de 12 de março de 2001, bem como o disposto no artigo 285º, do CT de 2009, que a transpõe, transmitiu-se para a Ré “BB” a posição que a Ré “CC” ocupava no contrato de trabalho com o Autor/Recorrido AA.”**

III - No entanto, a transmissão para o concedente da posição que o concessionário detinha nos contratos de trabalho - defendida pela jurisprudência nacional e europeia acabada de citar – suscita um conjunto de questões, tais como a de saber da sua compatibilidade com o princípio constitucional (constante do n.º 2 do art.º 47º da Constituição da República Portuguesa), segundo o qual o “[t]odos têm direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso.”

De facto, tal como refere Miguel Lucas Pires¹³, a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem vindo a impor “a abertura de concurso mesmo para relações de direito privado, conforme se alcança, por exemplo, do Acórdão n.º 406/2003 no qual se declarou a inconstitucionalidade de uma norma dos estatutos do Instituto Nacional de Aviação Civil que conferia ao respetivo Conselho de Administração competência para “Decidir sobre a admissão e afectação dos trabalhadores do INAC e praticar os demais actos relativos à gestão do pessoal e ao desenvolvimento da sua carreira”.

Com efeito, continua o Aresto citado, tal norma permitiria a constituição de vínculos por parte de uma entidade empregadora pública, embora sujeitos ao regime laboral privado, “sem que se preveja qualquer procedimento de recrutamento e selecção dos candidatos à contratação que garanta o acesso em condições de liberdade e igualdade”, em violação do artigo 47.º da Constituição.”

Também Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar¹⁴, a propósito do preenchimento dos postos de trabalho na administração pública, defendem, em sintonia com outros Autores, que “[p]or imperativos constitucionais, o preenchimento de tais postos de trabalho será feito através da realização de concurso público, uma vez que do n.º 2 do art. 47.º da Constituição resulta serem princípios estruturantes do emprego público os princípios do mérito e da igualdade (...), dos quais decorre o direito a um procedimento justo de recrutamento (...), onde as “regras do jogo” estejam previamente definidas (...) e que assegure uma efetiva igualdade de oportunidades no acesso a empregos públicos, o que pressupõe que o concurso seja a regra normal de preenchimento dos postos de trabalho públicos, devendo haver uma justificação razoável para o provimento dos lugares sem concurso (v., entre outros, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 53/88, in Diário da República, I Série, de 28/03/88).”

No caso presente, embora se pudesse, em tese, defender que a aplicação do consignado no art.º 285º do CT, da jurisprudência do STJ e do Tribunal de Justiça Europeu e o princípio da primazia do direito comunitário sobre o direito interno dos Estados membros poderiam constituir uma “justificação razoável” para a transmissão da posição que o cessionário detinha nos contratos individuais de trabalho dos trabalhadores dos refeitórios escolares, a verdade é que essa transmissão levanta questões práticas que não se encontram resolvidas pela jurisprudência citada e que se prendem com o facto de na Administração Pública vigorarem regras estritas designadamente sobre a constituição dos vínculos de emprego público, o tipo de carreiras, as remunerações e a proteção social dos seus trabalhadores¹⁵.

Por outro lado, tal como se conclui no parecer desta Direção de Serviços citado, o **“fornecimento de refeições escolares** (gratuitas ou a preços comparticipados), previsto no Decreto-Lei n.º 55/2009, de 2 de

¹³ No seu artigo sobre a “Portaria n.º 125-A/2019, de 30 de abril: o âmbito de aplicação, as modalidades do procedimento concursal, os métodos de seleção e negociação de posições remuneratórias”, no e-card sobre «Direito do Trabalho em Funções Públicas», editado pelo Centro de Estudos Judiciários, em julho de 2020.

¹⁴ In “Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas”, 1.º Volume, Artigos 1.º a 240.º, Coimbra Editora, anotação ao art 30.º, pág. 174.

¹⁵ Margarida Inês Vilaça, in *A contratualização em sede de emprego público versus autonomia contratual do Estado* – publicado em “DIREITO DAS RELAÇÕES LABORAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA”, CEJ. 2018 e acessível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_DRLAP_2018.pdf - refere que “...o contrato de trabalho privado e o contrato de trabalho em funções públicas não deixam de estar eminentemente marcados por idiossincrasias distintas, na medida em que brotam de diferentes ramos do Direito: o primeiro do Direito privado e o segundo do Direito público. Nos dois casos, o objecto do vínculo envolve a prestação de um trabalho; o trabalhador encontra-se numa posição de subordinação perante o empregador; é o empregador que, em cada momento, determina o conteúdo da prestação e vai direccionando a actividade do trabalhador à satisfação das suas necessidades.

Na relação jurídica laboral privada sobressaem interesses particulares, ao passo que subjacente ao vínculo de emprego público e norteador do seu regime está a ideia de interesse público. Os especiais interesses que subjazem à relação jurídica de emprego público não podem deixar de ter reflexos no grau de autonomia do empregador público. Como se verá, não obstante este caminho de “privatização da relação jurídica de emprego público” – com o acentuar da disponibilidade das partes -, o empregador privado tem uma autonomia contratual menos limitada do que o empregador público.”

março, é uma competência do órgão executivo dos municípios, no âmbito da atribuição que os mesmos possuem no domínio da educação, de acordo com o estabelecido no Decreto-Lei n.º 21/2019, de 30 de janeiro.”

E este facto é decisivo para enveredarmos pela tese da não aplicabilidade ao caso em análise da referida Diretiva e, concomitantemente, do art.º 285º do CT.

Senão vejamos:

*Na já citada conclusão II do Acórdão que acompanhamos de perto, refere-se que “[s]endo a concedente uma pessoa coletiva de direito público, dotada de personalidade jurídica e de autonomia financeira e administrativa, tal circunstância, segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, não permite excluir a existência de uma transferência abrangida pela referida Diretiva, pelo que é aplicável o disposto no seu artigo 1º, n.º I, alínea c), **por a atividade por ela exercida ser uma atividade económica que não se enquadra no exercício das prerrogativas do poder público.**”*

Isto significa que, caso a atividade se enquadre no exercício das prerrogativas do poder público, já não é aplicável a Diretiva 2001/23/CE, do Conselho de 12 de março de 2001, tendo em atenção o disposto no seu artigo 1º, nº I, alínea c)¹⁶.

Nesse caso, portanto, não existe a necessária “preservação da identidade económica” na exploração nem uma “unidade económica suscetível de transferência”^{17/18}.

¹⁶ Que determina que a “presente directiva é aplicável a todas as empresas, públicas ou privadas, **que exercem uma atividade económica**, com ou sem fins lucrativas.”

¹⁷ Conforme resulta do Acórdão do STJ, de 1/09/2019 “[p]ara João Reis^[10] “[n]a linha do Ac. Suzen, o art.º I.º, al. b), das diretivas de 1998 e 2001 vieram consagrar que **há transmissão de empresa ou de estabelecimento (ou das suas partes) caso se verifique “a transferência de uma entidade económica que mantém a sua identidade, entendida como um conjunto de meios organizados, com o objetivo de prosseguir uma atividade económica, seja ela essencial ou acessória”**.”

O critério decisivo é, pois, o da preservação da identidade económica transmitida. De acordo com a noção acolhida, para verificar se há transmissão, o primeiro passo é indagar se o objeto transmitido constitui uma unidade económica estável, autónoma e adequadamente estruturada, e o segundo é aferir se tal unidade económica mantém a sua identidade própria, o que deve ser visível no exercício da atividade prosseguida ou retomada.”

¹⁸ Salientamos, ainda, que do nº 1 do art.º 285º do CT ressalta que se transmite para o adquirente a posição do empregador nos contratos de trabalho, em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade de empresa, ou estabelecimento (ou ainda de parte de empresa ou estabelecimento) **“que constitua uma unidade económica”**, o que, nos termos do nº 2 do mesmo normativo, é igualmente aplicável à “transmissão, cessão ou reversão da exploração de empresa, estabelecimento ou unidade económica, sendo solidariamente responsável, em caso de cessão ou reversão, quem imediatamente antes tenha exercido a exploração”.

Nesta conformidade, ao contrário do que sucede no caso apreciado no Acórdão do STJ citado – em que as cantinas das Universidades funcionam numa lógica de mercado, correspondendo ao exercício de uma atividade económica submetida às regras do direito privado – nos Municípios o fornecimento de refeições escolares decorre de uma imposição legal, pelo que constitui uma prerrogativa de interesse público que os Municípios têm de assegurar.

Por isso, não nos parece que a cessação do presente contrato de concessão determine a aplicação da Diretiva 2001/23/CE, do Conselho de 12 de março de 2001 e, concomitantemente, do art.º 285º do CT.

Aliás, mesmo no âmbito da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto - em que a lei expressamente prevê no art.º 65º que a atividade das empresas locais possa ser objeto de internalização nos serviços municipais – no parecer da CCDRC n.º DAJ 298/18, de 26.11.2018¹⁹ sustenta-se que não é possível internalizar a atividade de empresa local para os serviços da autarquia, por transmissão de estabelecimento, nos termos do art.º 285º do CT, sem formalização de acordos de cedência de interesse público. Na verdade, pode aí ler-se o seguinte:

“(...) no que respeita aos trabalhadores da empresa local contratados ao abrigo do regime do Código de Trabalho, a lei, com vista a mitigar os efeitos da dissolução das empresas, prevê a possibilidade de internalizar a atividade destas através do acordo de cedência de interesse público celebrado entre a empresa local em liquidação, a entidade pública participante e o trabalhador.

É, com efeito, o que decorre do n.º 6 do art. 62º da citada Lei, quando prescreve que “ As empresas locais em processo de liquidação podem ceder às entidades públicas participantes os seus trabalhadores contratados ao abrigo do regime do contrato de trabalho, nos termos do disposto no artigo 58.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro (atual art. 242º da LTFP), na exata medida em que estes se encontrem afetos e sejam necessários ao cumprimento das atividades objeto de integração ou internalização.”. (intercalado nosso)

*É, pois, inequívoco, que a lei, ao abrigo desta norma, permite a cedência de trabalhadores contratados ao abrigo do regime de contrato de trabalho, mas também o é que **a mesma apenas o admite através da celebração do acordo de cedência por interesse público, previsto nos arts. 242º e seguintes da LTFP.***

¹⁹Disponível

em

[http://www.ccdrc.pt/index.php?option=com_docman&view=download&alias=4683-2018-11-26-
parecer-daj-298-18&Itemid=848](http://www.ccdrc.pt/index.php?option=com_docman&view=download&alias=4683-2018-11-26-parecer-daj-298-18&Itemid=848)

Donde resulta que o Município para internalizar as atividades da empresa local para os seus serviços municipais e, dessa forma, os trabalhadores, com contrato de trabalho ao abrigo do Código de Trabalho, que se encontram afetos e são necessários ao cumprimento dessas atividades **tem obrigatoriamente, nos termos referidos, de celebrar com a empresa local e os respetivos trabalhadores acordos de cedência por interesse público.**^{20/21}

E no mesmo parecer se conclui que “sendo apenas aplicável o regime previsto da LTFP, **a cedência dos trabalhadores afetos à atividade internalizada não pode ser realizada, como pretende o Município, através do art. 285º do Código de Trabalho.**”

Assim, embora a posição do STJ se alicerce em jurisprudência comunitária e de esta matéria se revestir de grande complexidade, admitindo-se interpretações diferentes sobre o assunto que nos merecem todo o respeito, afigura-se-nos que as vicissitudes decorrentes da cessação do contrato de concessão em causa não se encontram abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2001/23/CE, pelo que não deve ser assegurada a transmissibilidade dos contratos celebrados com os trabalhadores dos refeitórios escolares, à luz do art.º 285º do CT.

Tendo em consideração o exposto, torna-se despicienda a apreciação das restantes questões suscitadas.

²⁰ Negritos nossos.

²¹ A este propósito realçamos que na INF_DSAJAL_TL_6966/2020, de 18 de agosto desta Direção de Serviços se refere que “a cedência de interesse público é uma vicissitude modificativa do vínculo de emprego público que se pode consubstanciar na disponibilização de trabalhador(es) com vínculo a empregador fora do âmbito de aplicação da LTFP – em regime laboral comum – para prestar(em) a sua atividade subordinada num órgão ou serviço de empregador público (n.º 1 do artigo 241.º e do n.º 1 do artigo 243.º da LTFP), ficando esse(s) trabalhador(es) cedido(s) sujeito(s) ao regime jurídico e às ordens e instruções do empregador público e sendo, salvo acordo em contrário, por este remunerado(s)”²¹ (n.ºs 1 e 2 do artigo 242.º da LTFP²¹).

Ora, o exercício de funções ao abrigo de acordo de cedência de interesse público no âmbito de empregador público (no caso, no Município) pressupõe a constituição de um vínculo de emprego público com a duração máxima de um ano (n.ºs 1 e 2 do artigo 243.º da LTFP), ou seja, reveste a modalidade de contrato de trabalho em funções públicas por tempo determinado, que caduca com a extinção do acordo de cedência (n.º 3 do mesmo artigo).

Nada obsta, salvo melhor opinião, a que, previstos que estejam os respetivos postos no mapa de pessoal da consulente e preenchidos que sejam os demais requisitos para o efeito legalmente requeridos²¹ (vg. a concordância escrita do presidente da câmara municipal, da entidade e do trabalhador²¹), a consulente celebre com os trabalhadores em referência acordos de cedência de interesse público, que terão a duração máxima de um ano.”

Porém, nesta Informação acrescenta-se em nota de rodapé que “[p]or se não tratar de trabalhadores detentores de vínculo de emprego público por tempo indeterminado previamente estabelecido, **não podem as situações de cedência de interesse público ser consolidadas** (cfr. n.º 1 do artigo 243.º da LTFP).

O acordo de cedência de interesse público pode ser feito cessar, a todo o tempo, por iniciativa de qualquer das partes, incluindo o trabalhador, com aviso prévio de 30 dias (n.º 5 do artigo 241.º da LTFP).”

Em conclusão

1. Tal como tem entendido esta Direção de Serviços, o *“fornecimento de refeições escolares (gratuitas ou a preços comparticipados), previsto no Decreto-Lei n.º 55/2009, de 2 de março, é uma competência do órgão executivo dos municípios, no âmbito da atribuição que os mesmos possuem no domínio da educação, de acordo com o estabelecido no Decreto-Lei n.º 21/2019, de 30 de janeiro.”*
2. Assim, ao contrário do que sucede no caso apreciado no Acórdão do STJ, de 11/09/2019 – em que as cantinas das Universidades funcionam numa lógica de mercado, correspondendo ao exercício de uma atividade económica submetida às regras do direito privado – nos Municípios o fornecimento de refeições escolares decorre de uma imposição legal, pelo que constitui uma prerrogativa de interesse público que os Municípios têm de assegurar.
3. Nesta conformidade, no caso presente, não nos parece que seja aplicável a Diretiva 2001/23/CE, do Conselho de 12 de março de 2001 e, concomitantemente, o art.º 285º do CT, pelo que não ocorre a consequente transmissão para o concedente da posição jurídica que o concessionário detinha nos contratos individuais de trabalho celebrados com os trabalhadores dos refeitórios escolares.