

**O REGIME DO CONTRATO INDIVIDUAL
DE TRABALHO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
E A CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA**

Jorge Bacelar Gouveia

O REGIME DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA¹

Jorge Bacelar Gouveia*

SUMÁRIO

I – INTRODUÇÃO 1. O pedido presidencial de fiscalização preventiva da constitucionalidade. 2. O Acórdão n.º 155/2004 do Tribunal Constitucional. 3. O expurgo parlamentar e a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho 4. As questões sob análise no presente parecer.

II – A CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DA NULIDADE DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO 5. A diversidade argumentativa do princípio do Estado de Direito e o regime da nulidade do contrato individual de trabalho. 6. A nulidade do contrato de trabalho e a segurança no emprego. 7. A nulidade do contrato de trabalho e os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança. 8. A nulidade do contrato de trabalho e o princípio da proporcionalidade

III – A CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DA CEDÊNCIA OCASIONAL DE TRABALHADORES. 9. A dignidade da pessoa humana, e as condições de trabalho e o regime da cedência ocasional de trabalhadores. 10. A preservação do estatuto constitucional de pessoa no trabalhador ocasionalmente cedido. 11. A ausência da característica da intransmissibilidade da posição contratual do empregador e o lugar paralelo do Direito do Trabalho. 12. A defesa dos direitos constitucionais dos trabalhadores na cedência ocasional sem vontade expressa. 13. A cedência ocasional dos trabalhadores sem vontade destes como solução excepcional no tempo, nas circunstâncias e nas finalidades.

IV – CONCLUSÕES 14. Enunciado das conclusões

¹ Parecer de Direito de 23 de Abril de 2004, elaborado a pedido da Presidência do Conselho de Ministros, e posteriormente modificado para dar notícia do Acórdão n.º 155/2004 do Tribunal Constitucional, em resultado do pedido de fiscalização preventiva requerido pelo Presidente da República.

* Universidade Nova de Lisboa e da Universidade Lusíada de Lisboa

I

INTRODUÇÃO

1. O pedido presidencial de fiscalização preventiva da constitucionalidade

I. Ao abrigo do art. 278º, nºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa (CRP), bem como dos arts. 51º, nº 1, e 57º, nº 1, da Lei sobre Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, o Presidente da República pediu a intervenção do Tribunal Constitucional na apreciação preventiva da constitucionalidade de cinco preceitos do Decreto da Assembleia da República nº 157/IX – que aprovou o regime jurídico do contrato individual de trabalho da Administração Pública – e que incidiu sobre estas disposições:

- a norma constante do artigo 7º, nº 4;
- a norma constante do artigo 7º, nº 5;
- a norma constante do artigo 8º, nº 3;
- a norma constante do artigo 10º, nº 3; e
- a norma constante do artigo 14º, nº 2.

II. Mas fê-lo com fundamentos diversos, sendo aconselhável agrupar tais normas em dois grandes conjuntos de questões de constitucionalidade:

- *as questões associadas à nulidade do contrato individual de trabalho, quando celebrado contrariando normas aplicáveis imperativas, em ligação ao princípio constitucional do Estado de Direito, nalgumas das suas vertentes; e*
- *as questões associadas à ausência da expressão de vontade por parte dos trabalhadores nos casos em que a respectiva cedência ocasional é decidida, sendo esta admissível, em ligação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como aos direitos constitucionais atinentes à organização e às condições de trabalho.*

2. O Acórdão nº 155/2004 do Tribunal Constitucional

I. O Tribunal Constitucional, em 16 de Março de 2004, decidiu dar acolhimento às dúvidas presidenciais apenas em parte, nos seguintes termos, tendo por referência o articulado que, na sua essência, viria a ser a Lei nº 23/2004, de 22 de Junho²:

- a) Não se pronunciar pela inconstitucionalidade da norma constante do nº 4 do artigo 7º, na parte em que determina a nulidade dos contratos de trabalho celebrados com violação do nº 1 do mesmo artigo 7º;

² Cfr. o *Diário da República*, I Série-A, nº 95, de 22 de Abril de 2004, p. 2461.

- b) Pronunciar-se pela inconstitucionalidade, por violação do princípio da proporcionalidade, da norma do nº 5 do artigo 7º, na parte em que determina a nulidade do contrato de trabalho para a falta de autorização do Ministro das Finanças quando o contrato envolva encargos com remunerações globais superiores aos que resultam da aplicação dos regulamentos internos ou dos instrumentos de regulamentação colectiva, mas apenas na medida em que comina a nulidade total do contrato;
- c) Pronunciar-se pela inconstitucionalidade, por violação do princípio da proporcionalidade, da norma do nº 3 do artigo 8º do mesmo decreto, na parte em que determina a nulidade do contrato celebrado com falta da referência prevista na alínea g) do nº 2 do referido artigo 8º;
- d) Não se pronunciar pela inconstitucionalidade da mesma norma, na parte restante;
- e) Não se pronunciar pela inconstitucionalidade da norma constante do nº 3 do artigo 10º do mesmo decreto;
- f) Não se pronunciar pela inconstitucionalidade da norma constante do nº 2 do artigo 14º do mesmo decreto.

II. O entendimento do Tribunal Constitucional não foi unânime, sendo possível equacionar três principais ordens de razões que concorreram para o resultado da decisão, para além das várias declarações de voto que propugnaram outras situações de inconstitucionalidade:

- “Afigura-se que com estas especialidades do regime da nulidade do contrato de trabalho, associadas à específica consagração da responsabilidade civil dos titulares dos órgãos que na norma expressamente se estabelece, a que acresce, por força do artigo 22º da Constituição e do regime de responsabilidade dos actos do Estado e demais pessoas colectivas públicas por acto de gestão, se cumprem as exigências do princípio da proporcionalidade, designadamente com o asseguramento de uma indemnização não irrisória no trabalhador”³;
- “...embora não possa negar-se-lhe adequação para compelir o trabalhador a uma específica tensão de vontade no sentido do respeito pela legalidade, a medida é excessiva, violando claramente os (sub)princípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Posto em equação, mediante um juízo de ponderação, os meios (a invalidade total do contrato) e o fim (garantir a observância das regras legais relativas ao regime retributivo e a boa gestão dos dinheiros públicos), é manifesto que o sacrifício imposto ao trabalhador se apresenta como restringindo desnecessariamente a garantia de segurança no emprego.”⁴;

³ Cfr. o Acórdão n.º 155/2004 do Tribunal Constitucional, de 16 de Março de 2004, in *Diário da República*, cit., p. 2458.

⁴ Cfr Acórdão n.º 155/2004 do Tribunal Constitucional, in *Diário da República*, cit., p. 2459.

- “Ora, não estabelecendo o preceito quaisquer distinções, também com esse fundamento a nulidade do contrato de trabalho, designadamente do contrato sem termo, pode ser invocada a todo o tempo. Esta consequência do regime da nulidade não pode deixar de ser considerada, quando ponderado o interesse que serve e o modo de o realizar com os seus efeitos no plano da garantia constitucional da segurança no emprego, violadora do princípio da proporcionalidade, nas vertentes do princípio da necessidade e da justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito.”⁵

3. O expurgo parlamentar e a Lei nº 23/2004, de 22 de Junho

I. Cumprindo as exigências constitucionais aplicáveis depois de uma pronúncia do Tribunal Constitucional no sentido da inconstitucionalidade em sede de fiscalização preventiva, a Assembleia da República reapreciou o diploma e expurgou as normas consideradas inconstitucionais.

Deu-se assim cumprimento à orientação estabelecida pelo Tribunal Constitucional, possibilitando-se a promulgação presidencial e, sobretudo, não fazendo naufragar de novo o diploma em sede de eventual fiscalização sucessiva da constitucionalidade.

II. Quanto ao resto, o diploma manteve-se inalterado e o Chefe de Estado entendeu por bem promulgá-lo, diploma que foi publicado no *Diário da República* de 22 de Junho de 2004.

A sua aprovação representa a adopção da contratação em regime de contrato individual de trabalho na Administração Pública, modernizando os esquemas de contratação, que passam a ser encarados com normalidade.

A Lei nº 23/2004 ficaria com o seguinte articulado:

- Artigo 1º – *Objecto e âmbito*
- Artigo 2º – *Regime jurídico*
- Artigo 3º – *Empregadores públicos*
- Artigo 4º – *Deveres especiais dos trabalhadores*
- Artigo 5º – *Processo de selecção*
- Artigo 6º – *Pessoal de direcção e chefia em regime de contrato de trabalho*
- Artigo 7º – *Limites à contratação*
- Artigo 8º – *Forma*
- Artigo 9º – *Termo resolutivo*
- Artigo 10º – *Regras especiais aplicáveis ao contrato de trabalho a termo resolutivo*
- Artigo 11º – *Regulamentos internos*
- Artigo 12º – *Tempo de trabalho nas pessoas colectivas públicas*
- Artigo 13º – *Níveis retributivos*

⁵ Cfr. Acórdão n.º 155/2004 do Tribunal Constitucional, in *Diário da República*, cit., p. 2460.

- Artigo 14º - *Cedência ocasional de trabalhadores*
- Artigo 15º - *Redução do período normal de trabalho ou suspensão dos contratos de trabalho*
- Artigo 16º - *Sucessão nas atribuições*
- Artigo 17º - *Extinção da pessoa colectiva pública*
- Artigo 18º - *Despedimento por redução de actividade*
- Artigo 19º - *Convenções colectivas de trabalho*
- Artigo 20º - *Articulação entre convenções colectivas*
- Artigos 21º - *Processo de negociação*
- Artigo 22º - *Aplicação das convenções colectivas*
- Artigo 23º - *Cedência especial de funcionários e agentes*
- Artigo 24º - *Extensão do âmbito da cedência especial de funcionários e agentes*
- Artigo 25º - *Contrato de trabalho na administração directa*
- Artigo 26º - *Disposições finais e transitórias*
- Artigo 27º - *Norma de prevalência*
- Artigo 28º - *Alterações ao Decreto-Lei nº 184/89, de 2 de Junho*
- Artigo 29º - *Alterações ao Decreto-Lei nº 427/89, de 7 de Dezembro*
- Artigo 30º - *Revogações*
- Artigo 31º - *Entrada em vigor*

4. As questões sob análise no presente parecer

I. A economia do diploma que foi aprovado pela Assembleia da República naturalmente que está longe de se resumir às dúvidas de inconstitucionalidade que foram elencadas, podendo dizer-se que estas são normas laterais e que não tocam no núcleo daquele novo regime já aprovado.

O que é essencial é a introdução, no regime laboral da Administração Pública, do contrato individual de trabalho como esquema geral.

Nem sequer se pode dizer que o pedido de fiscalização da constitucionalidade tivesse atingido outros aspectos substantivos desse mesmo regime, como parece óbvio se nos lembrarmos de dois que são matriciais:

- o da selecção dos trabalhadores; ou
- o do circunstancialismo que permite o recurso aos contratos individuais de trabalho.

II. Claro que isto não quer dizer que tal pedido de fiscalização não possa ter reflexos negativos no percurso do diploma legislativo em causa, que assim naquele momento se submeteu a um exame jurisdicional de constitucionalidade.

É nossa missão demonstrar, de acordo com a CRP que nos rege, que tais disposições não são inconstitucionais, não apenas considerando improcedentes os argumentos apresentados, como também aduzindo outras razões que, identicamente, confirmam que esta avaliação de constitucionalidade pode ser transposta com total sucesso, apesar da decisão do Tribunal Constitucional.

Nessa tarefa, é nítido que a doutrina portuguesa, constitucional e laboral, será decisiva, o mesmo se dizendo, até com maior veemência, da própria jurisprudência do Tribunal Constitucional, domínio em que é abundante e, sobretudo, de grande qualidade, não obstante alguns pontos de discordância que se possa esporadicamente ter.

Certamente que discordamos de algumas das votações a que o Tribunal Constitucional chegou no acórdão que proferiu no âmbito do pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade do diploma aprovado na Assembleia da República.

II

A CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DA NULIDADE DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

5. A diversidade argumentativa do princípio do Estado de Direito e o regime da nulidade do contrato individual de trabalho

I. O primeiro grupo de questões de constitucionalidade que se levantou no Tribunal Constitucional respeita a saber se a consequência da nulidade, para um contrato de trabalho mal celebrado e contrário a norma imperativa, se mostra conforme ao texto constitucional.

As normas em causa, que são quatro, dispõem o seguinte:

- “A celebração de contratos de trabalho em violação do disposto no nº 1 implica a sua nulidade e gera responsabilidade civil, disciplinar e financeira dos titulares dos órgãos que celebraram os contratos de trabalho”⁶;
- “A celebração de contratos de trabalho que envolvam encargos com remunerações globais superiores aos que resultam da aplicação de regulamentos internos ou dos instrumentos de regulamentação colectiva fica sujeita à autorização do Ministro das Finanças, sob pena de nulidade do contrato”⁷;
- “A não redução a escrito ou a falta das referências das alíneas a), b), c) e g) determinam a nulidade do contrato”⁸;
- “A celebração de contratos de trabalho a termo resolutivo com violação do disposto na presente lei implica a sua nulidade e gera responsabilidade civil, disciplinar e financeira dos titulares dos órgãos que celebraram os contratos de trabalho”⁹.

II. A argumentação que é expendida no pedido de fiscalização da constitucionalidade, no tocante ao primeiro tema, apoia-se em vários princípios de Direito Constitucional, o primeiro especificamente aplicável aos direitos laborais e os outros filiados no amplo princípio do Estado de Direito, a saber:

- o princípio da segurança jurídica no trabalho;
- os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança; e
- o princípio da proporcionalidade.

⁶ Art. 7.º, n.º 4, do Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho da Administração Pública (RJCITAP).

⁷ Art. 7.º, n.º 5, do RJCITAP.

⁸ Art. 8.º, n.º 3, do RJCITAP.

⁹ Art. 10.º, n.º 3, do RJCITAP.

III. A suposta violação do primeiro destes princípios reside, relativamente à nulidade dos contratos de trabalho que violem normas imperativas, na "...determinação da consequência da nulidade dos contratos de trabalho sem a simultânea previsão de quaisquer garantias para os trabalhadores envolvidos ou, no mínimo, sem a previsão de quaisquer compensações..." e, por isso, "...constitui, do ponto de vista dos direitos e expectativas desses trabalhadores, uma consequência claramente excessiva ou mesmo inaceitável"¹⁰.

Daí que o Presidente da República entenda que, com a possibilidade de o contrato de trabalho, que celebraram em inteira boa-fé, "...a qualquer momento vir a ser considerado nulo", se provoca o efeito de afectar, "...irremediavelmente, uma vez que não se prevêem quaisquer mecanismos de protecção ou salvaguarda dos direitos laborais dos trabalhadores afectados, as garantias do seu emprego"¹¹.

IV. Mas a argumentação presidencial também vai no sentido de ter havido a violação da CRP no plano dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da tutela da confiança, identicamente reflectidos no princípio constitucional da segurança no emprego, na medida em que a admissibilidade deste regime de nulidade traria o nefasto efeito da precarização do trabalho, com o resultado:

- tanto da violação dos sub-princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança ínsitos no Estado de Direito, concretizados no princípio da segurança no emprego, porque "...uma relação laboral estabilizada e que só poderia cessar nos termos e condições legalmente previstos para a cessação do contrato de trabalho fica significativamente precarizada, já que a qualquer momento, verificada a falta de procedimento, forma ou menção exigidas naquelas disposições, se vê incondicional e drasticamente afectada pela consequência de nulidade em termos com que os trabalhadores (...) não podiam razoavelmente contar"¹²;
- como da violação da garantia de segurança no emprego porque esta não pode ser restringida com preterição do princípio da proporcionalidade "...na medida em que vem a ser objectivamente penalizado, e da forma mais drástica, ou seja, perdendo o emprego, por factos de que não é responsável, não controla nem podia conhecer..." , pelo que "...a sanção da nulidade dos contratos de trabalho, tal como está prevista para produzir efeitos do lado do trabalhador afectado, é, em quaisquer destas circunstâncias, uma sanção desrazoável, desproporcionada e não indispensável para garantir a prossecução do interesse público"¹³.

¹⁰ Cfr. a petição do Presidente da República, p. 2.

¹¹ Cfr. a petição do Presidente da República, p. 3.

¹² Cfr. a petição do Presidente da República, p. 3.

¹³ Cfr. a petição do Presidente da República, p. 5.

V. Discordamos da aptidão destes princípios constitucionais invocados para abalar a constitucionalidade das transcritas normas do Decreto nº 157/ /IX, o que justifica, porém, a análise separada de cada um dos seguintes tópicos:

- o regime da nulidade do contrato individual de trabalho e o princípio da segurança no emprego;
- o regime da nulidade do contrato individual de trabalho e os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança; e
- o regime da nulidade do contrato individual de trabalho e o princípio da proporcionalidade.

6. A nulidade do contrato de trabalho e a segurança no emprego

I. O primeiro dos princípios que foi invocado é o da segurança no emprego, o qual se afigura constitucionalmente essencial e que é, ao mesmo tempo, enformador da ideia de Constituição, naturalmente muito tributária das singularidades que importa reconhecer aos trabalhadores, através dos seus direitos¹⁴.

Um desses preceitos vem precisamente a ser o da segurança no emprego, de acordo com essa mesma epígrafe, no qual se afirma, solenemente, o seguinte: “É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos”¹⁵.

Tal como a doutrina e a jurisprudência têm referido, daí deriva um importante feixe de regras, que limitam a liberdade do legislador e também compriem a autonomia contratual, em defesa da posição, social e economicamente assimétrica, do trabalhador frente ao empregador¹⁶, com estes corolários:

- a proibição dos despedimentos sem justa causa;
- a proibição dos despedimentos por razões políticas ou ideológicas;

¹⁴ Quanto ao sentido da Constituição Portuguesa do Trabalho, v., de entre outros, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, pp. 111 e 112, e *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, pp. 107 e ss., e pp. 284 e ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra, 1991, pp. 137 e ss.; ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, I, 9ª ed., Coimbra, 1994, pp. 56 e ss.; MARCELO REBELO DE SOUSA e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Constituição da República Portuguesa comentada*, Lisboa, 2000, pp. 156 e ss.; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *A Constituição de 1976 e o Direito do Trabalho*, in AAVV, *Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976 – Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras*, Lisboa, 2001, pp. 151 e ss., e *Direito do Trabalho*, Coimbra, 2002, pp. 158 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Código do Trabalho e a Constituição Portuguesa*, Lisboa, 2003, pp. 27 e ss.

¹⁵ Art. 53.º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

¹⁶ Quanto à densificação constitucional deste princípio da segurança no emprego previsto na CRP, v. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e JORGE LEITE, *A inconstitucionalidade da lei dos despedimentos*, Coimbra, 1988, pp. 24 e ss.; JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Segurança no emprego e justa causa no despedimento*, in *Estudos de Direito do Trabalho*, Lisboa, 1992, pp. 102 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, pp. 285 e ss.; MARCELO REBELO DE SOUSA e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Constituição...*, pp. 156 e 157; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Código do Trabalho...*, pp. 63 e ss.

- a limitação das situações de trabalho precário, seja na duração do vínculo, seja na estabilidade do vínculo.

II. Percebe-se que o ponto de partida, para sustentar a inconstitucionalidade destas quatro normas, reside na conexão da nulidade com o princípio da segurança no emprego.

A lógica subjacente, numa aceção adjectiva, seria esta: o contrato de trabalho, por mais ilegal, ilícito ou antijurídico que fosse, nunca poderia ser nulo, por tal fazer perigar a segurança no emprego dos trabalhadores, pois que se traduziria no desaparecimento do vínculo laboral que o trabalhador teria obtido.

Com a devida vénia, eis um entendimento que não se nos afigura viável: a consequência da nulidade do contrato de trabalho é exactamente isso mesmo, ou seja, um resultado para a violação de um bloco de juridicidade que se entende dever subordinar o contrato de trabalho.

III. O aspecto que parece ser essencial focar é o de que o regime da nulidade do contrato individual de trabalho consiste numa sanção absolutamente apropriada por ter havido a violação de normas imperativas aplicáveis.

Não é esquisito nem esdrúxulo que o legislador, cioso da legalidade laboral, fulmine com a nulidade contratos que ponham em causa normas que repute fundamentais na organização e no funcionamento da Administração Pública do ponto de vista da sua política de contratações laborais.

De resto, essa é a própria regra do Direito Privado, em cujos termos vigora como vector o de que a violação de normas imperativas acarreta a nulidade dos contratos, como se pode ler no Código Civil (CC): “É nulo o negócio jurídico cujo objecto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável”¹⁷.

O mesmo se pode dizer do próprio Direito do Trabalho, que igualmente estabelece a invalidade do contrato ou das respectivas cláusulas quando ocorra a violação de normas imperativas¹⁸.

IV. Num caso como no outro, embora se esteja em face de um fenómeno contratual com a intervenção de pessoas colectivas de Direito Público, tem todo o sentido que se possa aplicar aquele regime do Direito do Trabalho, não estando as entidades públicas no âmbito de uma situação de autoridade, surgindo até um Direito Privado Administrativo laboral.

Tal quer significar que não parece que o regime da nulidade possa ser, em si mesmo, objecto de qualquer discussão, pois que vem a ser ele o paradigma adoptado – e aí é absolutamente absorvido – por esta nova legislação do contrato individual de trabalho.

¹⁷ Art. 280.º, n.º 1, do Código Civil (CC).

¹⁸ Cfr. os arts. 114.º e ss. do Código do Trabalho (CT).

Nem sequer se vislumbra alternativa à violação de normas aplicáveis a actos jurídicos violadores do Direito para além da modulação que é oferecida pela teoria dos desvalores dos actos antijurídicos, oscilando entre a inexistência jurídica – que é apenas para actos muito graves – e a invalidade, a qual pode desdobrar-se na nulidade e na anulabilidade.

V. Uma outra via argumentativa que se poderia preconizar colocaria em xeque a opção do legislador no tocante à necessidade de fazer depender a validade dos contratos individuais de trabalho do respeito por certas normas.

O problema já não seria apenas de cunho adjectivo, no tocante ao teor das consequências que fossem produzidas contra Direito imperativo, mas diria sobretudo respeito ao facto de o legislador ter supostamente exagerado nas exigências quanto ao conjunto de requisitos de validade dos contratos laborais por alusão a certas normas aplicáveis.

Contudo, da sua observação, não se retira qualquer incongruência ou excesso, sendo até muito positivo que a Administração Pública, nas suas contratações, enfrente regras claras, com sanções claras, no caso de as violar.

Todos os requisitos de validade dos contratos individuais de trabalho da Administração Pública não são caprichosos ou disparatados – antes correspondem a uma preocupação séria de rigor e de disciplina, definindo afinadamente a margem de actuação de cada uma das partes, numa evidente intenção de segurança quanto ao Direito aplicável e quanto às consequências da respectiva preterição.

Aliás, e justiça seja feita, é o próprio Presidente da República que indirectamente o reconhece no pedido de fiscalização preventiva que formula: “Percebe-se nestas disposições uma intenção de responsabilização dos titulares dos órgãos que procederam à celebração de contratos de trabalho com preterição dos requisitos legais...”¹⁹.

VI. Quer isto tudo dizer que a segurança no emprego não se destina a corrigir ou suavizar o regime dos desvalores dos actos laborais que sejam contrários às normas imperativas aplicáveis.

De resto, a consequência da nulidade, que é justamente temperada no Direito do Trabalho, afigura-se mesmo inevitável, a bem da protecção da juridicidade.

Nem se pode esquecer a importância da existência de normas de Direito Público, com porventura acrescidas exigências de conformidade jurídica, nomeadamente através da teoria das invalidades em Direito Constitucional.

A segurança no emprego, orientação constitucional firme e operativa, nada vale na preservação de algo que nunca alcançaria um patamar mínimo de juridicidade, pois que sofrendo de um mal realmente congénito.

¹⁹ Cfr. a petição do Presidente da República, p. 2.

Só se ao preceito constitucional se pudesse atribuir os poderes mágicos de transformar ou “ressuscitar” actos jurídicos inicialmente desvaliosos, em nome da defesa de valores de obscura pertinência.

Mas não consta que o texto constitucional tenha conferido esses poderes mágicos àquele específico inciso, sob pena da total subversão da Ordem Jurídica e do total descontrolo da definição do bloco da juridicidade que vincula a Administração Pública e os cidadãos.

Se assim fosse, uma porta para o abismo drasticamente se abriria: bastaria que a Administração Pública contratasse ilegalmente e, assim, viesse a garantir a prevalência de condutas objectivamente contrárias a Direito superior imperativo.

Seria a dissolução do Estado de Direito e da vinculação da Administração Pública ao Direito. Eis um resultado que certamente ninguém deseja.

7. A nulidade do contrato de trabalho e os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança

I. O segundo argumento, no tocante à putativa inconstitucionalidade do regime da nulidade do contrato individual de trabalho, traz à colação o princípio do Estado de Direito²⁰, nas suas vertentes da segurança jurídica e da tutela da confiança.

Deste modo, verifica-se que a argumentação que defende a inconstitucionalidade do regime da nulidade do contrato de trabalho – provavelmente agora numa feição mais substantiva – incide sobre o dramatismo desta consequência, considerando-a violadora dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da protecção da confiança.

Salvo o devido respeito, é entendimento que não resiste a uma apreciação crítica, na certeza de que são dimensões distintas do princípio do Estado de Direito e que, por isso mesmo, não devem ser confundidas.

II. Quanto ao princípio da segurança jurídica, que a doutrina e a jurisprudência têm densificado a partir do genérico princípio do Estado de Direito, assinala-se a necessidade de as pessoas se submeterem a fontes normativas que conheçam, podendo conformar as suas condutas segundo orientações previamente publicitadas.

²⁰ Sobre o princípio do Estado de Direito em geral, de entre muitos outros contributos, v. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, pp. 61 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O estado de excepção no Direito Constitucional*, Coimbra, 1998, vol. I, pp. 96 e ss., e vol. II, pp. 1463 e ss.; MARCELO REBELO DE SOUSA e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Constituição...*, pp. 72 e 73; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3ª ed., Coimbra, 2000, pp. 195 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., Coimbra, 2002, pp. 243 e ss.

Por outra parte, também este princípio costuma acolher a necessidade tanto do pré-efeito das leis como – e essencialmente – da proibição de retroactividades mais drásticas, que sejam intoleráveis.

Além disso, ainda se pode exigir a utilização, em certos ramos do Direito mais sensíveis para as pessoas, de mecanismos de Direito estrito – não de Direito flexível – que melhor possam domar o âmbito da intervenção do poder público.

III. A leitura do regime da nulidade do contrato de trabalho não permite encontrar situações que venham a colidir com estes princípios.

Uma das razões que é apresentada prende-se com o facto de o “bloco da legalidade” do contrato individual de trabalho não poder ser inteiramente conhecido por parte do trabalhador, uma vez que dele também fazem parte tanto normas regulamentares e colectivas como despachos administrativos.

Todavia, convém não esquecer que nenhum destes actos está propriamente isento de um dever geral de publicação no *Diário da República*, de acordo com as relevantes normas da Lei nº 74/98, de 11 de Novembro.

A sua análise permite, rigorosamente, perceber que estes actos, que integrarão o bloco da legalidade contratual, estão sempre sujeitos a um dever de publicação.

IV. É certo que podemos encontrar diferentes graus de dificuldade no acesso ao *Diário da República*, conforme haja instrumentos de comunicação electrónica ou não, conforme se tenha o hábito de o ler todos os dias ou não, conforme se seja alfabetizado para o ler ou haja a necessidade de pedir a alguém que o leia para a pessoa interessada.

Só que em nenhum destes casos a maior dificuldade de acesso às fontes publicadas no *Diário da República* legitima o seu desconhecimento²¹.

A este propósito, não deixa o CC de ser bem claro: “A ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta do seu cumprimento nem isenta as pessoas das sanções nela estabelecidas”²².

V. Poderia ainda julgar-se pertinente invocar a circunstância de a legalidade administrativa, quando atinente aos aspectos laborais, ser mais exigente no plano da intensidade da sua publicidade, até incluindo deveres especiais de informação aos trabalhadores que eventualmente se candidatassem no respectivo procedimento de selecção.

Mas não parece que se possa reclamar esse adicional esforço de publicação, que também não é exigido no plano do Direito do Trabalho, em cujos termos se estabelecem normas específicas.

²¹ A única excepção é aplicável em Direito Penal, em matéria de consciência da ilicitude, o que não tem, porém, qualquer interesse para o caso vertente.

²² Art. 6.º do CC.

Cumpra ainda não esquecer que é o próprio Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho da Administração Pública (RJCITAP) a estabelecer alguns deveres específicos de informação, que precisamente pretendem atalhar a este problema²³.

VI. O princípio da tutela da confiança implica que as relações entre os cidadãos e a Ordem Jurídica levem em consideração a criação de expectativas, que são desejos quanto à perdurabilidade de um conjunto de situações e comportamentos, acreditando-se na estabilidade das normas e criando-se um sentimento de previsibilidade das alterações futuras.

São depois várias as refracções específicas deste valor da tutela da confiança tanto nas relações contratuais interpessoais como nas relações institucionais entre os cidadãos e a Administração Pública.

Neste particular, numa disposição inovadora, o próprio Código do Procedimento Administrativo, na revisão de que foi alvo em 1996, veio até estabelecer um preceito realçando o princípio da boa fé, onde se integra esta dimensão da confiança, dizendo o seguinte: “No exercício da actividade administrativa e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa fé”, depois se especificando que “No cumprimento dos números anteriores, devem ponderar-se os valores fundamentais do Direito, relevantes em face das situações consideradas e, em especial: a confiança suscitada na contraparte pela actuação em causa...”²⁴.

VII. Simplesmente, a confiança que se estabelece entre a Administração Pública e o cidadão trabalhador que venha a ser contratado em nada fica beliscada pela consideração da nulidade do contrato de trabalho por violação de norma imperativa.

A actuação da Administração Pública, não obstante a sensação que possa ter gerado quanto à viabilidade da contratação, que depois se frustra, jamais pode ser imune ao desrespeito por normas que se impõem abstractamente ou que derivem de uma directa imposição legal, a que todas as partes envolvidas têm acesso e, mais importante do que isso, têm de cumprir.

O enfoque posto na tutela da confiança está deslocado: o problema não é o da quebra da confiança por aparecer um regime de nulidade, que se impõe por si próprio; o problema é, sim, o de a conduta da Administração Pública ter eventualmente induzido em erro o trabalhador, criando-lhe a ficção de que tudo estaria dentro da legalidade aplicável.

VIII. Assim sendo, a dificuldade também não está no regime da nulidade do contrato de trabalho, mas está na punição do comportamento da Administração Pública, que eventualmente pode ter sido dolosa ou negligente quanto a informações que devesse dar a respeito da legalidade contratual ou a expectativas entretanto criadas.

²³ Cfr. o art. 5.º, n.º 6, do RJCITAP.

²⁴ Art. 6.º-A do Código do Procedimento Administrativo.

Só que isso nos transporta para uma outra questão, vizinha desta, a qual, porém, já não está relacionada com o regime da nulidade do contrato de trabalho: a responsabilidade da Administração Pública que tenha criado a errónea convicção, junto do trabalhador, de que tudo estaria bem, nas suas diversas cambiantes.

Agora faz sentido reivindicar a protecção do trabalhador, exteriormente ao regime da nulidade, que deve funcionar nos termos vamos analisar.

IX. É que tal protecção está directamente referida no RJCITAP na hipótese em que se admita a provocação de danos na contratação *contra-legend* de trabalhadores por parte da Administração Pública, ainda que agindo ao abrigo do Direito Privado.

Olhando para a realidade das coisas, não custa perceber a possibilidade de danos que certos trabalhadores possam vir a sofrer com a celebração de um contrato de trabalho que venha a ser considerado nulo.

E até pode dar-se o caso de essa situação ter sido intencionalmente criada por parte da Administração Pública, enganando o trabalhador, embora seja mais provável que se fique a dever a simples negligência na condução da respectiva política de recursos humanos.

Por conseguinte, o próprio RJCITAP expressamente prevê mecanismos de responsabilidade dos titulares dos órgãos das pessoas colectivas que tenham promovido ou participado em contratações ilegais e que tenham o dramático desfecho da invalidade dos respectivos contratos de trabalho.

Do lado da Administração Pública, estamos em face da violação de um dever de boa administração, que neste caso assume um contorno mais específico, o qual consiste na violação do princípio da legalidade, em que naturalmente assenta a respectiva actividade.

X. Mas a preocupação maior, se a punição por instrumentos de responsabilização da Administração Pública se justifica, radica na compensação do trabalhador, que repentinamente vê extinto o seu vínculo laboral, sendo certo que alguns instrumentos de responsabilidade só podem ser vistos da óptica interna, como sucede com a responsabilidade disciplinar.

Contudo, a ausência, neste contexto normativo, de uma norma que explicitamente imponha um mecanismo de responsabilidade da Administração Pública a favor do trabalhador atingido em caso algum significa a ausência de tal mecanismo, que pode funcionar, verificando-se os respectivos pressupostos, a benefício do ex-trabalhador:

- por um lado, da fraseologia utilizada no Decreto nº 157/IX, chega-se sempre a um resultado que bem acomoda a responsabilidade civil da Administração Pública a favor do ex-trabalhador, assim como ela vai funcionar dentro da própria Administração, na relação entre o funcionário ou agente responsável e a pessoa colectiva em questão;
- por outro lado, numa actuação ao abrigo do Direito Privado, a responsabilidade civil, genericamente prevista no CC, é plenamente operativa,

para além de ainda contar com uma orientação constitucional específica, no art. 22º da CRP, em que directamente se impõe o princípio da responsabilidade civil do poder administrativo.

8. A nulidade do contrato de trabalho e o princípio da proporcionalidade

I. O último dos princípios constitucionais gerais invocados para defender a inconstitucionalidade do regime da nulidade do contrato individual de trabalho afere-se em função da preterição de uma medida de proporcionalidade, que aflora no princípio do Estado de Direito e em algumas outras normas constitucionais, sobretudo no regime da restrição dos direitos, liberdades e garantias²⁵.

O princípio da proporcionalidade²⁶, que recebe a sua função existencial na tensão entre o poder e a liberdade, traduz-se numa limitação interna das providências públicas ablativas das posições dos cidadãos, nos seguintes termos:

- aplicando as providências que sejam adequadas em relação ao fim que se pretende atingir, normativamente assinalado;
- seleccionando as providências, perante a um leque plural das mesmas, que produzam os efeitos menos gravosos nas pessoas destinatárias, sem obliterar a eficiência da medida por alusão à finalidade que se quer alcançar; e
- sopesando os custos e os benefícios de uma intervenção ablativa, de molde a não fazer soçobrar a intervenção pública numa solução que seria sempre excessiva e desrazoável.

II. Diferentemente do que se pretende fazer crer, a escolha do regime da nulidade do contrato individual de trabalho não se afigura violadora do princípio da proporcionalidade, dada a especial configuração que assume no Direito do Trabalho.

Daí que nos pareça que esta medida da nulidade do contrato individual de trabalho seja inteiramente conforme às exigências constitucionais que nesta matéria consideramos pertinentes, de acordo com os termos em que ela é dogmaticamente concebida no campo específico deste ramo especial do Direito Privado.

²⁵ Quanto ao regime da restrição dos direitos, liberdades e garantias em geral, v. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos...*, pp. 133 e ss., e *Constituição...*, pp. 144 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os direitos fundamentais atípicos*, Lisboa, 1995, pp. 455 e ss., e *Regulação e limites dos direitos fundamentais*, in *Novos Estudos de Direito Público*, II, Lisboa, 2002, pp. 101 e ss.; MARCELO REBELO DE SOUSA e JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Constituição...*, pp. 98 e 99; JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, pp. 328 e ss.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª ed., Coimbra, 2001, pp. 288 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, pp. 448 e ss.

²⁶ Sobre o sentido do princípio da proporcionalidade, v. as indicações bibliográficas de JORGE BACELAR GOUVEIA, *O estado de excepção...*, II, pp. 825 e ss.

III. No âmbito do Direito do Trabalho, a invalidade do contrato de trabalho assume uma singular configuração, precisamente em nome da necessidade de este sector jurídico – sendo esse um dos motivos para ter a sua autonomia dogmática bem definida – reflectir os especiais interesses que lhe estão subjacentes, a defesa do trabalhador contra a primazia fáctica da entidade patronal.

Com efeito, são facilmente detectáveis particularidades que aqui ocorrem e que devem levar em consideração o mundo específico do fenómeno do trabalho subordinado.

Estamos naturalmente a pensar nas consequências concretas que recaem sobre os trabalhadores que, abruptamente e sem que para tanto tenham contribuído, deparem com a nulidade do seu contrato individual de trabalho, situação tanto mais grave quanto maior tiver sido o período de trabalho prestado à entidade patronal.

Pergunta-se: justifica-se, neste caso, que a nulidade do contrato individual de trabalho, como é próprio da teoria das invalidades do Direito Civil, venha a apagar todo o passado, com a devolução das remunerações auferidas, sendo certo que não é mais possível devolver o trabalho materialmente realizado?

IV. Certamente que não. O Direito do Trabalho, na construção que tem elaborado, tem precisamente assinalado como aspecto essencial o desvio das suas invalidades em relação às invalidades concebidas no Direito Civil.

Neste caso, o princípio geral é o de que a invalidade determina que se extingam todos os efeitos produzidos pelo acto antijurídico, havendo o dever de tudo fazer para a reconstituição da situação que existiria se não tivesse havido o acto inválido.

Como se dispõe no CC, “Tanto a declaração de nulidade como a anulação do negócio têm efeito retroactivo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente”²⁷.

No Direito do Trabalho, ao invés, a invalidade só opera para o futuro²⁸, o que se percebe da leitura dos pertinentes preceitos do Código do Trabalho (CT), de que cumpre evidenciar o seguinte: “O contrato de trabalho declarado nulo ou anulado produz efeitos como se fosse válido em relação ao tempo durante o qual esteve em execução”²⁹.

Por aqui se verifica que estamos em face de um regime diverso de invalidade, o qual leva congenitamente em consideração a especial idiosincrasia do Direito do Trabalho.

²⁷ Art. 289.º, n.º 1, do CC.

²⁸ Quanto às particularidades que o Direito do Trabalho postula nesta matéria, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual...*, pp. 648 e ss.; BERNARDO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, Lisboa/São Paulo, 1992, pp. 420 e 421; PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, *Direito...*, pp. 419 e ss.

²⁹ Art. 115.º, n.º 1, do CT.

V. Ora, é essa a solução que também consta do Decreto nº 157/IX, embora não estejamos perante qualquer alusão específica na conformação dos efeitos da nulidade que nele se prevê.

Esta conclusão decorre da cláusula de aplicação subsidiária do CT, que aqui encontra um dos seus mais relevantes exemplos: o regime diverso dos efeitos da nulidade dos contratos de trabalho.

É exactamente isso o que dispõe o art. 2º, nº 1, do RJCITAP, em que se fixa tal orientação de subsidiariedade: "Aos contratos de trabalho celebrados por pessoas colectivas públicas é aplicável o regime do Código do Trabalho e respectiva legislação especial com as especificidades constantes da presente lei".

O que se observa, então, nos contratos individuais de trabalho, é que os efeitos da nulidade sempre preservarão as situações passadas, com a curiosa característica de apenas se projectarem para o futuro, numa situação bastante singular no contexto da teoria dos valores negativos do acto antijurídico.

III

A CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DA CEDÊNCIA OCASIONAL DE TRABALHADORES

9. A dignidade da pessoa humana, as condições de trabalho e o regime da cedência ocasional de trabalhadores

I. O outro grande tema do pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade apresentado pelo Presidente da República é o do regime da cedência ocasional de trabalhadores no âmbito da Administração Pública.

Neste sentido, a argumentação expendida concentra-se numa única norma que se julga ser inconstitucional, com base na desnecessidade da vontade expressa do trabalhador na consumação da cedência ocasional.

O preceito em causa estabelece o seguinte: “No quadro da colaboração entre pessoas colectivas públicas, a cedência não exige o acordo do trabalhador se for fundamentada em necessidades prementes das entidades envolvidas ou em razões de economia, eficácia e eficiência na prossecução das respectivas atribuições”³⁰.

II. No tocante a esta matéria da cedência ocasional de trabalhadores sem a vontade expressa destes, afirmam-se razões igualmente tributárias de um princípio constitucional central, desta feita o princípio da dignidade da pessoa humana³¹, que depois se plasma, mais especificamente, na garantia constitucional da organização do trabalho em condições socialmente dignificantes.

A ideia fundamental é a de que a desnecessidade da vontade do trabalhador na cedência ocasional implicaria a degradação do seu estatuto a uma “coisa”: “A mera possibilidade legal de um trabalhador poder, sem o seu acordo, ser *cedido*, como se de uma mercadoria se tratasse, a uma outra pessoa colectiva diferente daquela com que celebrou um contrato de trabalho, parece configurar um exemplo de escola desse tipo de violação”³².

³⁰ Art. 14.º, n.º 2, do RJCITAP.

³¹ Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, v., de entre muitos outros, MANUEL DUARTE GOMES DA SILVA, *Esboço de uma concepção personalista do Direito*, Lisboa, 1965, pp. 115 e ss.; A. CASTANHEIRA NEVES, *A revolução e o Direito*, Lisboa, 1976, pp. 52 e ss.; PETER HÄBERLE, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, Berlin, 1988; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O estado de excepção...*, II, pp. 1478 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, pp. 180 e ss.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, pp. 93 e ss.

³² Cfr. a petição do Presidente da República, p. 6.

Acrescenta-se também que esta violação da CRP se demonstra, por outro lado, na “...enumeração das condições, que em princípio deveriam ser excepcionais, para que a cedência possa ocorrer se fica por uma indeterminação tão acentuada (“razões de economia, eficácia e eficiência na prossecução das respectivas atribuições”), que pode permitir todos os abusos”³³.

Pelo que, de acordo com este entendimento, se estaria em face da violação do princípio da dignidade da pessoa, assentando-se no dogma da necessária expressão da vontade do trabalhador, porque “Independentemente de não haver diminuição ou agravamento das suas condições materiais de trabalho, a simples possibilidade de cedência sem acordo expresso é, em si mesma, chocante à luz daqueles princípios constitucionais”³⁴.

III. Mas estamos em crer que este é um resultado que não condiz com o que se infere da CRP, o que é susceptível de sustentação a vários níveis:

- na preservação do reduto básico do princípio da dignidade da pessoa humana, que não está minimamente em causa;
- na ausência da característica da intransmissibilidade da posição contratual do empregador, vendo até o lugar paralelo do regime da cedência de trabalhadores no CT;
- na preservação dos direitos fundamentais do trabalhador em qualquer situação de cedência, bem como a impertinência dos direitos organizatórios do trabalhador como sendo necessariamente violados na situação de cedência;
- na indexação temporal e circunstancial da operacionalização da cedência ocasional de trabalhadores, para além da prevalência de razões de interesse público, não obstante a aplicação de um regime de Direito Privado, de acordo com um mecanismo excepcional que não se revela desproporcionado, perante a ausência de alternativas menos gravosas.

10. A preservação do estatuto constitucional de pessoa no trabalhador ocasionalmente cedido

I. Obviamente que se deve repudiar o emprego de expressões, bem mais agressivas, que estejam longe de corresponder à realidade, em caso algum havendo dúvidas de que o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo o mais relevante dos princípios jurídico-constitucionais, poderia autorizar a degradação da pessoa a um objecto.

Por isso, essa é uma realidade que se encontra a anos-luz do regime constante do preceito que ora estamos analisando: não se trata, nem de perto nem de longe, de sujeitar a pessoa humana ao estatuto de coisa – *in casu*, o

³³ Cfr. a petição do Presidente da República, p. 6.

³⁴ Cfr. a petição do Presidente da República, p. 6.

trabalhador a uma coisa – porque se preserva tudo o que nele faz ser sujeito de direitos.

Apenas se trata de aceitar, em particulares circunstâncias, a possibilidade da transmissão da posição contratual do empregador, embora com a manutenção de todo um complexo conjunto de direitos. É apenas isso e nada mais do que isso.

II. Não se crê, sinceramente, que esteja em causa a degradação do trabalhador ocasionalmente cedido a qualquer situação jurídica de objecto: é uma pessoa humana que beneficia de direitos laborais, mantendo todo um feixe de direitos, remuneratórios e funcionais, que são, de resto, os mais relevantes.

A única coisa que muda é a entidade a quem é prestado o trabalho subordinado, dela recebendo ordens e instruções no âmbito do seu poder de direcção.

Se assim fosse, o problema não residiria só na vontade, mas globalmente na figura da cedência, que tem vindo progressivamente a alargar-se na legislação laboral dos países mais avançados do Mundo.

III. Nem se vê onde encontrar, nesse quadro, qualquer situação de escravatura, como é próprio de um regime de “coisificação” da pessoa humana, só por o trabalhador, durante um certo tempo, prestar o seu trabalho subordinado a outra entidade patronal.

A “coisificação” da pessoa humana tem os seus tristes episódios na História, infelizmente até há pouco tempo vivos, e reside na impossibilidade da titularidade de direitos vitais, a começar pelo direito à personalidade jurídica. Quando estes direitos não são respeitados e quando a pessoa é reconduzida à escravatura, aí sim, assistimos à “coisificação” da pessoa humana, que passa a mercadoria, em violação da sua dignidade intrínseca.

Nada disso sucede com a cedência ocasional dos trabalhadores só porque se prescinde, em casos excepcionais, da sua vontade, numa evidente aproximação a algo que também acontece no Direito Privado, que é a transmissão da posição contratual.

IV. Quer isto dizer que a argumentação que seja propiciada no âmbito do relevantíssimo princípio da dignidade da pessoa humana não pode ater-se ao raciocínio simplificado da redução do trabalhador, no regime de cedência ocasional sem vontade expressa, a uma situação de objecto de uma relação jurídica.

A discussão deve antes situar-se noutro plano, mais exactamente o de saber se a cedência ocasional, nos termos impugnados, ofende essa dignidade humana, de um modo que seja constitucionalmente intolerável, ou saber se pode esse regime contender com qualquer outro princípio ou norma constitucionalmente pertinente, a ponto de legitimar um resultado de inconstitucionalidade.

11. A ausência da característica da intransmissibilidade da posição contratual do empregador e o lugar paralelo do Direito do Trabalho

I. A cedência ocasional de trabalhadores³⁵ traduz, no plano específico do Direito do Trabalho, um fenómeno de transmissão da posição da entidade patronal, embora numa configuração necessariamente limitada e temporalmente balizada.

Dada a natureza *intuitu personae* da relação jurídica laboral³⁶, a orientação geral, que se pode colher do CT, é a de que se deve exigir a reunião de um complexo de pressupostos, de entre os quais se inscreve normalmente a vontade expressa do trabalhador para fazer operar a cedência ocasional.

Isso também justifica o sentido tendencialmente pessoal da relação jurídica laboral, a qual reflecte a directa prestação do trabalho humano, com toda a dignidade que lhe está inerente, e que assenta numa relação fiduciária entre empregador e empregado.

Como escreve PEDRO ROMANO MARTINEZ, aceitando esta característica como tendencial, "...o empregador só dentro de certos condicionalismos pode ceder o trabalhador a outro empregador"³⁷.

II. A verdade, porém, é que essa orientação não é aplicável em todos os casos porque há hipóteses em que se prescinde da vontade expressa do trabalhador para a consumação do efeito translativo da cedência ocasional: quando ela esteja prevista nos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho.

Como se dispõe no CT, "A cedência ocasional de trabalhadores só é admitida se regulada em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou nos termos dos artigos seguintes"³⁸.

Eis uma situação em que a autonomia laboral colectiva equivale à lei, podendo nesse caso, num contexto contratual de tipo normativo e geral, afastar-se a exigência da vontade expressa dos trabalhadores³⁹, que a lei geral prescreve.

Não obstante o carácter pessoal da relação jurídica do trabalho individual, dela não deriva a inevitabilidade da intransmissibilidade da posição contratual do empregador, não constituindo tal intransmissibilidade qualquer traço que sempre a acompanhe, mas estando apenas tendencialmente presente.

Numa palavra: não se pode invocar o conceito constitucional de trabalho subordinado para dele se extrair a impossibilidade da cedência ocasional dos trabalhadores.

³⁵ Sobre a cedência ocasional de trabalhadores em geral, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual...*, pp. 602 e ss.; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito...*, pp. 688 e ss.

³⁶ Quanto a esta característica do contrato de trabalho, v. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito...*, pp. 285 e 286.

³⁷ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito...*, p. 286.

³⁸ Art. 323.º do CT.

³⁹ Conforme se estabelece no art. 324.º, n.º 1, al. c), do CT.

III. No entanto, poder-se-á contra-argumentar com o facto de, na hipótese prevista no CT, a autonomia laboral poder substituir a função da lei laboral, ocupando o seu papel e sendo uma idêntica manifestação de vontade dos trabalhadores, ainda que mediatizada pelas pessoas laborais colectivas que são representativas dos trabalhadores e que participaram naquelas negociações.

Simplemente, essa não vem a ser a realidade das coisas porque da admissibilidade da cedência ocasional sem vontade do trabalhador constante nos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho não se pode jamais inferir a existência de uma qualquer vontade do trabalhador em causa, uma vez que aquela vontade não é individual, mas sim das entidades que negociaram os instrumentos colectivos, em certos casos até anteriormente à celebração dos contratos individuais de trabalho.

O aspecto que pode ser considerado de um modo mais favorável aos trabalhadores reside no facto de a autonomia laboral colectiva se desenvolver numa lógica sinalagmática, podendo retirar-se benefícios para o trabalhador da desnecessidade de consentimento na cedência ocasional. Só que isso já nada tem que ver com a expressão de uma qualquer vontade contratual e que seja concretamente relevante no âmbito de uma relação jurídica laboral.

IV. Como quer que seja, deixa sempre de haver a afirmação de uma orientação absoluta – pois que existem excepções – no sentido de a expressão da vontade do trabalhador ser algo de fundamental e que é a fronteira entre o estatuto de pessoa e o estatuto de coisa do trabalhador abrangido.

Se assim fosse, também esta norma do CT teria sido declarada inconstitucional por força da violação da dignidade da pessoa humana, pois que nesse caso o trabalhador poderia ser cedido sem a sua vontade.

Que se saiba, aquando da aprovação do CT, que igualmente se sujeitou a um pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade ao Tribunal Constitucional, esta não foi uma matéria objecto de apreciação.

12. A defesa dos direitos constitucionais dos trabalhadores na cedência ocasional sem vontade expressa

I. Igualmente não se pode ter a pretensão de ver na CRP aquilo que ela não tem ou não regula: o texto constitucional é, por natureza, fragmentário, apenas considerando o que entende ser merecedor de dignidade constitucional, mas nunca subvertendo a função dos outros patamares da Ordem Jurídica, a começar pela lei formal.

Quer isto dizer que o texto da CRP nada dispõe sobre a matéria da cedência ocasional dos trabalhadores, muito menos a questão da expressão da vontade dos trabalhadores envolvidos.

Nesta matéria, o texto constitucional cuida do que julga ser essencial, que é a preservação de um núcleo fundamental de direitos dos trabalhadores, um círculo concêntrico interno dos restantes direitos dos trabalhadores legal ou contratualmente concedidos.

De entre esses direitos, não está por certo a necessidade da expressão de uma vontade de aceitar a cedência ocasional: estão, sim, vários outros direitos, porventura mais relevantes, como os direitos relacionados com a remuneração, a mobilidade geográfica e funcional e o tempo de trabalho.

II. Ora, estes são direitos directamente respeitados pelo Decreto nº 157/ /IX, uma vez que o legislador tem o cuidado de dizer o seguinte: “A cedência prevista no número anterior não pode fazer diminuir os direitos do trabalhador e deve respeitar as regras do Código do Trabalho quanto à mobilidade funcional e geográfica e tempo de trabalho”⁴⁰.

É aqui que reside a essência da protecção dos direitos dos trabalhadores, numa concepção mais intensa do que a configuração forçosamente genérica da dignidade da pessoa humana, que se afigura sempre escassamente operativa, quase que apenas aplicável às hipóteses mais gritantes. Esse não é com certeza o caso.

Isto significa que o legislador não agiu com desrespeito pelos direitos fundamentais dos trabalhadores que configuram a sua essência do ponto de vista da protecção constitucional.

III. A lembrança de que estes direitos dos trabalhadores não podem ser espezinhados numa situação de cedência ocasional força a que do mesmo modo não seja aceitável que a CRP tenha sido ofendida nalguns direitos que podem concretizar a dignidade da pessoa humana no plano das condições de higiene e segurança no trabalho.

A certo passo, na argumentação expendida na petição de fiscalização da constitucionalidade, afirma-se que a cedência ocasional de trabalhadores põe em xeque “...a exigência constitucional ‘de organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar’ (art. 59º, nº 1, alínea b))”⁴¹.

IV. Contudo, não se vê como tal seja demonstrável: a cedência ocasional dos trabalhadores, em si mesmo, não se prende com esta matéria, mas apenas com a possibilidade da transmissão, sempre temporária, da posição do empregador.

Nunca estão automaticamente em causa as condições do exercício do trabalho, uma vez que se trata de realidades distintas: a posição do empregador e as condições de trabalho. De resto, pode até acontecer a melhoria das condições de trabalho se o empregador transmissário for; neste ponto, mais avançado.

Aliás, há um equívoco básico que subjaz à argumentação que defende a inconstitucionalidade desta norma: é a ideia de que a cedência da posição do

⁴⁰ Art. 14.º, n.º 3, do RJCITAP.

⁴¹ Cfr. a petição do Presidente da República, p. 6.

empregador forçosamente perturba a organização do trabalho ou coloca em crise a realização pessoal, sendo certo que a configuração essencial do trabalho é a mesma, tal como ela é estavelmente delimitada pelos direitos que ficam garantidos.

13. A cedência ocasional dos trabalhadores sem vontade destes como solução excepcional no tempo, nas circunstâncias e nas finalidades

I. A apreciação da fenomenologia em que ocorre a cedência ocasional dos trabalhadores sem o concurso da vontade destes é ainda perspectiva que não pode ser negligenciada para sustentar a legitimidade constitucional desta solução.

Se o carácter personalizado da relação jurídica laboral não exige sempre a “petrificação” da entidade patronal, como acaba por admitir o CT, com e sem a vontade do trabalhador em causa, não é menos verdade que se julga inadmissível a extensão indiscriminada desta possibilidade, que se limita a certos casos e dentro de um conjunto de finalidades que se julga aplicáveis.

II. Ora, é isso o que vem a suceder com o preceito legal em análise, dado que o mesmo não permite, sem mais nem menos, o recurso indiscriminado, livre ou abusivo, à cedência ocasional dos trabalhadores sem a vontade destes.

Pelo contrário: fá-lo segundo um circunscrito factualismo porque “No quadro da colaboração entre pessoas colectivas públicas, a cedência não exige o acordo do trabalhador se for fundamentada em necessidades prementes das entidades envolvidas ou em razões de economia, eficácia e eficiência na prossecução das respectivas atribuições”⁴².

Isto quer dizer que se respeita o carácter excepcional desta medida, que não é arbitrária nem de uso livre: apenas nos casos em que haja um acordo entre pessoas colectivas públicas, segundo especiais exigências de interesse público, que peculiarmente imponham essa cedência ocasional.

III. Nem sequer vale aqui dizer que estes pressupostos são demasiado vagos ou genéricos, porquanto se apresenta tarefa árdua uma maior densificação destes conceitos. Pensar o contrário é cair no risco de se obliterar por completo a importância e a ductilidade deste mecanismo, tornando-o de exercício praticamente impossível.

Estes pressupostos não apenas indicam uma duração limitada no tempo como se apresentam sob uma ideia de excepcionalidade circunstancial, totalmente relevante.

Para além disso, importa ainda analisar o acordo que é celebrado entre as pessoas colectivas públicas, que se encarrega de uma outra densificação das circunstâncias e das finalidades da cedência ocasional dos trabalhadores, não

⁴² Art. 14.º, n.º 2, do RJCITAP.

bastando a lei ou não bastando um acordo sem uma referência material justificante.

IV. Mas este vem também a ser um caso em que avulta a relevância do interesse público na configuração da actividade da Administração Pública, aqui na sua projecção sobre as relações jurídicas laborais.

Evidentemente que não se desconhece que o regime do contrato individual de trabalho, que este diploma pretende generalizar no âmbito da Administração Pública, não se aplica aos trabalhadores que exerçam funções de soberania ou de autoridade, caso em que não se admite aquele esquema de contratação laboral⁴³.

Só que tal nunca significa que do interesse público – a expressar-se ao nível das atribuições das pessoas colectivas públicas, bem como no plano das competências dos respectivos órgãos – não se permita retirar um conjunto de exigências que possam determinar a cedência ocasional de trabalhadores sem a vontade expressa destes e em casos excepcionais.

Tal vem a ser genericamente admitido pelos preceitos constitucionais atinentes aos trabalhadores da Administração Pública: “No exercício das suas funções, os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas estão exclusivamente ao serviço do interesse público, tal como ele é definido, nos termos da lei, pelos órgãos competentes da Administração”⁴⁴.

É irrelevante a modalidade do regime de vinculação laboral: a pertinência desta cláusula de interesse público está identicamente presente nos regimes da função pública ou de Direito do Trabalho e pode justificar, em certos casos, um regime derogatório, mais favorável à Administração Pública.

V. A dispensa da vontade expressa dos trabalhadores envolvidos na cedência ocasional pressupõe, por outra parte, que se deva avaliar as alternativas para as necessidades que a Administração Pública sinta na prestação adicional de trabalho em certas pessoas colectivas.

Se este mecanismo não é aplicável, as alternativas radicarão na contratação de mais trabalhadores, ainda que a termo certo, com o inerente acréscimo de despesa pública, que lhe está inevitavelmente associado, e nesta hipótese recorrendo a trabalho precário de novos trabalhadores.

A violação do princípio da proporcionalidade nesta alternativa pode radicar no facto de as necessidades de serviço, em face da existência de trabalhadores que possam temporariamente exercer uma actividade noutra pessoa

⁴³ Cfr. o art. 1.º, n.º 4, do RJCITAP, que estabelece o seguinte: “No âmbito da administração directa do Estado, não podem ser objecto de contrato de trabalho por tempo indeterminado actividades que impliquem o exercício directo de poderes de autoridade que definam situações jurídicas subjectivas de terceiros ou o exercício de poderes de soberania”.

⁴⁴ Art. 269.º, n.º 1, da CRP.

colectiva pública, terem de ser supridas pela contratação de mais trabalhadores, havendo trabalhadores já vinculados com a possibilidade de o fazer.

Por outro lado, não se pode descurar a complexidade e a morosidade da contratação de novos trabalhadores, que pode surgir incompatível com imperiosas necessidades de interesse público, a resolver convenientemente pela cedência ocasional de trabalhadores, sendo muito menos onerosa para o próprio interesse público, no seio do leque das várias alternativas possíveis.

IV

CONCLUSÕES

14. Enunciado das conclusões

Em face do exposto, não se considera que o diploma em apreço, quanto às normas cuja constitucionalidade foi contestada, tenha ferido a CRP ou os princípios nela consignados, com uma explicação específica para cada uma dessas normas, não tendo assim razão o Tribunal Constitucional ao ter considerado inconstitucionais algumas das suas normas no Acórdão nº 155/2004:

I. No que toca ao primeiro grupo de questões, a nulidade do contrato individual de trabalho, que é estabelecida em certos casos:

- a) não viola o princípio da segurança no emprego porque se apresenta como o inevitável resultado da preterição de normas imperativas, nem sequer sendo tal sanção inapropriada ou exagerada e muito menos esta orientação inconstitucional permitindo a prevalência de contratos de trabalho antijurídicos;
- b) não viola os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança porque, no primeiro caso, o padrão normativo de aferição da juridicidade é cognoscível pelo trabalhador, não possuindo carácter secreto, e no outro caso, não fica o trabalhador defraudado nas suas expectativas na medida em que se lhe oferecem vias de defesa contra prejuízos sofridos causados por condutas da Administração Pública; e
- c) não viola o princípio da proporcionalidade porque o regime dos efeitos da nulidade só funciona *in futurum*, havendo até então a execução do contrato, simultaneamente se verificando a preservação dos actos já praticados pelo trabalhador.

II. No que concerne ao outro tema que está em debate neste pedido de fiscalização da constitucionalidade, o qual diz respeito ao regime da cedência ocasional de trabalhadores, também o mesmo:

- a) não põe minimamente em causa a dignidade da pessoa humana porque está muito longe de “coisificar” o trabalhador só por se prescindir da sua vontade nalgumas específicas e excepcionais circunstâncias, mantendo-se todo um relevante núcleo de direitos essenciais na configuração da prestação laboral;
- b) não tolhe o estatuto constitucional do trabalhador porque não se presuppõe ser inerente ao trabalho subordinado a exigência sem excepções

- do respectivo consentimento no caso de cedência ocasional, havendo casos no Direito do Trabalho em que essa vontade é dispensada;
- c) preserva os direitos constitucionais laborais básicos, assim como não se questiona a organização e o exercício do trabalho, que não estão sequer umbilicalmente relacionados com o problema da cedência ocasional de trabalhadores; e
 - d) apresenta-se admissível de acordo com um figurino de excepcionalidade temporal, circunstancial e teleológica, não esquecendo também que as alternativas, perante uma imperiosa necessidade de interesse público no acréscimo de prestações laborais, seriam mais gravosas para a Administração Pública e para os trabalhadores.

