

# Segurança no emprego de trabalhadores em funções públicas

A tutela reforçada dos trabalhadores com nomeação definitiva segundo o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2013

RUI MEDEIROS\*

JORGE PEREIRA DA SILVA\*\*

## 1. Introdução

Muitos seriam os temas elegíveis para integrar este livro de estudos em homenagem ao Prof. Doutor Bernardo Lobo Xavier.

O homenageado é, consabidamente, um académico que sempre teve a preocupação de ler com atenção todas as obras publicadas pelos colegas, independentemente da sua área de estudo. O nosso Professor é, assim, uma pessoa de múltiplos saberes e um investigador que se destacou através de uma vasta e profunda obra em domínios muito diversos, incluindo as áreas de eleição dos dois subscritores deste texto. Em particular, os trabalhos precursores realizados sobre o direito à greve, bem como os importantes contributos que deu para uma releitura das demais normas da Constituição laboral, confirmam que as questões jurídico-constitucionais sempre têm estado presentes no espírito de Bernardo Lobo Xavier.

Neste contexto, procurando eleger um tema situado na confluência entre o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho, o mote para a reflexão que se segue é dado pela recente iniciativa do Governo de alterar o regime jurídico da requalificação dos trabalhadores em funções públicas, visando uma melhor afetação dos recursos humanos da Administração,

bem como pelo subsequente juízo de inconstitucionalidade proferido pelo Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 474/2013.

## **2. A argumentação do Tribunal Constitucional: razões da sua improcedência**

**I.** Como é público, o Tribunal Constitucional foi chamado a apreciar, em sede de fiscalização preventiva, duas questões de constitucionalidade referentes ao novo regime de requalificação de trabalhadores em funções públicas, que a Assembleia da República aprovara, sob proposta do Governo.

A primeira questão formulada – que, todavia, não será aqui analisada – prendia-se com a alegada utilização pelo legislador de *fórmulas indeterminadas* na delimitação das novas razões de índole objetiva suscetíveis de justificar a aplicação do regime de requalificação dos trabalhadores em funções públicas e, a prazo, a cessação da relação jurídica de emprego público.

A reflexão subsequente respeita única e exclusivamente à segunda questão de constitucionalidade colocada pelo Chefe de Estado. A dúvida dirigia-se concretamente ao *âmbito subjetivo de aplicação* do novo regime que a Assembleia da República pretendia instituir. Tudo se resumia, no fundo, a saber se, à luz da Constituição, o novo regime de requalificação se podia aplicar aos funcionários públicos com vínculo de nomeação definitiva no momento da entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro. Com efeito, nos termos deste diploma, tais funcionários passaram a ter *ope legis* um vínculo laboral com a Administração Pública de natureza contratual, denominado contrato de trabalho em funções públicas. Todavia, por força do n.º 4 do artigo 88.º da referida Lei n.º 12-A/2008, essa mudança de estatuto não afetava os regimes de cessação da relação laboral e de reorganização e colocação em mobilidade especial até aí existentes. A dúvida colocada ao Tribunal Constitucional era, pois, a de saber se a aplicabilidade do novo regime de requalificação, aos trabalhadores cujo vínculo de nomeação definitiva havia sido convertido em vínculo contratual pela Lei n.º 12-A/2008, se mostrava agora conforme ao princípio da tutela da confiança.

**II.** O Tribunal Constitucional, no que a esta segunda questão concerne, decidiu, no Acórdão n.º 474/2013, pronunciar-se pela inconstitucionalidade da norma em causa, afirmando que o legislador, ao determinar a aplicação do novo regime de requalificação aos trabalhadores em funções

públicas, com nomeação definitiva ao tempo da entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, violava o princípio da tutela da confiança insito no artigo 2.º da Constituição. Sem prejuízo da declaração de voto da Conselheira Maria Lúcia Amaral, esta decisão foi proferida por unanimidade.

Em termos sumários, foi o seguinte o percurso argumentativo adotado pelos juizes do Palácio Ratton:

- a) O Tribunal Constitucional começa por fazer uma constatação: “culminando uma nova fase do impulso de *laboralização* do regime de emprego na Administração Pública [...], os trabalhadores que contavam com vínculo de nomeação definitiva no momento da entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008 viram a sua relação de emprego público convertida em relação contratual por efeito desse diploma. Preservaram, porém, o regime de mobilidade e de cessação da relação laboral nos mesmos termos da condição dos trabalhadores com vínculo de nomeação, por força da norma do n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008, 27 de fevereiro, do que deriva um estatuto misto para esse grupo de trabalhadores: regido pelas mesmas regras dos demais trabalhadores em regime de contrato de trabalho em funções públicas; parcialmente integrado pelas regras dos trabalhadores com vínculo de nomeação definitiva, sem qualquer cristalização ou paragem no tempo, pois as modificações supervenientes operadas nesses domínios estatutários do vínculo de nomeação definitiva refletem-se igualmente naquele grupo de trabalhadores. As razões para esse estatuto misto foram atribuídas à vontade do legislador de 2008 de salvaguardar o núcleo essencial do estatuto jurídico-laboral desses trabalhadores, de que o regime de cessação da relação de emprego constitui elemento identificativo principal [...]. Ora, com a norma em questão, essa norma de salvaguarda desaparece, o que significa que os trabalhadores com vínculo de nomeação no momento da entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008 passam a estar sujeitos às causas de cessação da relação laboral dos trabalhadores contratados”.
- b) Em seguida, o defensor da Constituição recordou mais uma vez o modo como, em arestos passados, tem formulado e aplicado o princípio da proteção da confiança.
- c) Depois, o Tribunal Constitucional enfatizou o facto de, mesmo no quadro da evolução legislativa recente, a chamada *laboralização* da função pública não se ter estendido à fase da “morte jurídica”

do vínculo público, com aqueles que tinham entretanto adquirido o vínculo de nomeação definitiva a continuar imunes à cessação da relação laboral por razões objetivas. Pelo contrário, como se lê neste Acórdão n.º 474/2013, uma tal “dimensão de segurança do estatuto de todos esses trabalhadores permaneceu inalterada ao longo de diversas e sucessivas reformas administrativas e do crescimento do número de efetivos na Administração Pública”. A própria “reforma operada em 2008 e a peça central em que se ancorou – a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro – deixou imodificado esse elemento nuclear”. Também a pesquisa nos trabalhos preparatórios “depara invariavelmente com sinais da reafirmação pelo Estado de que, apesar da mutação do vínculo, no reduto mais fundo da proteção do direito à segurança no emprego – cessação da relação laboral por causas objetivas, independentes do seu comportamento – aquele grupo de trabalhadores foi visto pelo Estado como permanecendo sujeito ao regime dos trabalhadores com vínculo de nomeação”. Isto apesar de já na altura se viver num contexto que não era “alheio a considerações de dificuldades orçamentais graves e a obrigações no contexto da União Europeia [as exposições de motivos das Propostas de Lei referem o Programa de Estabilidade e Crescimento (PEC) apresentado em 2005 e atualizado em 2006]”.

- d) Daí se segue a conclusão de que “os trabalhadores a que a norma de salvaguarda se referiu criaram expectativas fundadas em comportamento positivado do Estado, no sentido da continuidade do respetivo estatuto quanto às causas de cessação da relação de emprego público”. Mais, segundo o aresto que estamos a citar, em 2008 operou-se inclusivamente um “reforço significativo das expectativas alimentadas por esses trabalhadores, que dificilmente poderiam buscar manifestação mais expressiva do Estado quanto à exceção de que mereciam relativamente à cessação da relação jurídica de emprego público”.
- e) O Tribunal Constitucional não ignora, é certo, que esse quadro geral dominado por uma expectativa sólida assente num comportamento positivo do Estado deparou, entretanto, “com o agudizar das dificuldades económico-financeiras do Estado e com as vinculações decorrentes do Programa de Ajustamento Económico e Financeiro”. Porém, segundo a argumentação dos juízos do Palácio Ratton, “esses mesmos trabalhadores, juntamente com a genera-

lidade daqueles que recebem por verbas públicas, viram ser-lhes impostas pelo Estado medidas de redução remuneratória nos anos de 2011, 2012 e no ano em curso de 2013, com motivação que assentou no benefício de maior estabilidade no emprego – relativamente aos trabalhadores aos quais é aplicável o Código do Trabalho –, juízo em que a inaplicabilidade de causas de cessação da relação laboral por *razões objetivas* tomou parte principal. Mais se intensificou, então, o quadro gerador de confiança, resistente a tais constrangimentos, e em função dessa motivação”.

- f) Em suma, segundo este aresto, os diversos fatores assinalados – a que se soma a centralidade que a preservação do emprego assume nas opções de vida de um trabalhador – “não podem deixar de criar *normal e razoavelmente* nos destinatários da norma agora revogada expectativa especialmente forte na preservação em concreto desse regime de exceção e na força do reduto defensivo que lhes havia sido reconhecido por instrumento legal, afinal no plano mais fundo do direito à segurança no emprego que a Constituição lhes confere, e ter como *inesperada*, fora de situações de disrupção, a eliminação dessa norma de salvaguarda”. De resto, estar-se-ia perante mais do que o simples “protelamento no tempo de um elemento do estatuto laboral”, tendo os trabalhadores em causa recebido do Estado múltiplos sinais claros de que continuavam vivas as razões materiais que justificavam a especial proteção em matéria de segurança no emprego.
- g) Dito isto, perante a proteção reforçada da confiança dos trabalhadores que contavam com vínculo de nomeação definitiva no momento da entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, o Tribunal Constitucional afirma que “o oferecimento das razões de interesse público que justificam a medida” e, em particular, a extensão subjetiva do novo regime de requalificação “constitui ónus do legislador. Impõe-se aqui de forma acrescida, pela força das expectativas que contraria e sobretudo pela intensidade do grau de afetação que opera para todo um grupo de trabalhadores, muitos deles com dezenas de anos de serviço na Administração Pública”. Ora, para além dos *diagnósticos* que remetem para a necessidade de substituição do regime de mobilidade em vigor, não se retira dos trabalhos preparatórios “qualquer razão objetiva específica para a revogação da norma de salvaguarda do n.º 4 do artigo 88.º da

Lei n.º 12-A/2008. E, na verdade, não se encontra fundamento que permita considerar a presença de razões de interesse público com peso prevalecente sobre a confiança gerada pela expectativa legítima reforçada” ao longo dos anos.

- h) Enfim, antes de concluir pela inconstitucionalidade da solução normativa em causa, o Tribunal Constitucional ainda faz uma referência sumária ao princípio da igualdade, mas apenas para afirmar que, “noutra perspetiva, falece justificação para a lesão de expectativa fortemente reforçada pelo legislador na *igualdade formal* que se obtém entre esses trabalhadores e os trabalhadores em regime de contrato de trabalho em funções públicas constituídos a partir de 2009. A uniformidade das relações jurídicas laborais não constitui um valor *per se*, nem íntegra, seja no regime público, seja no privado, fundamento de interesse público para postergar a tutela da confiança legítima e justificar a não continuidade do comportamento estadual quanto à modificação de elementos nucleares e identitários do estatuto laboral. Em especial num quadro tão vasto e complexo como a Administração Pública, dificilmente deixarão de existir hipóteses de trabalhadores a desempenhar a mesma tarefa com vinculações não inteiramente coincidentes, o que, note-se, acontece igualmente na relação jurídica de emprego privada”.

**III.** Os autores deste texto pronunciaram-se, por ocasião do processo de fiscalização da constitucionalidade, sobre esta problemática, em termos que foram tornados públicos. Mas, em face da linha de argumentação adotada no Acórdão n.º 474/2013, justifica-se regressar ao tema e analisar criticamente o percurso seguido pela Jurisdição Constitucional.

Concretamente, a questão que cumpre esclarecer é ainda a de saber se, como o Tribunal Constitucional defendeu, o princípio da proteção da confiança, depois de ponderado com outros princípios constitucionais, tem força suficiente, na presente conjuntura jurídica e socioeconómica, para congelar (ou manter congelada) uma *garantia legal de estabilidade reforçada no emprego*, concedida em 2008 a um conjunto delimitado, embora estatisticamente amplo, de trabalhadores em funções públicas – fazendo assim atuar o princípio referido como uma espécie de sucedâneo do princípio da proibição do retrocesso social<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, 2003, pp. 247 ss.

Não se justifica aqui, naturalmente, refazer a já longa história do princípio da proteção da confiança na jurisprudência constitucional portuguesa, desde o tempo em que este era configurado como o último reduto contra o puro arbítrio do poder e, nessa medida, como conteúdo mínimo da ideia de Estado de Direito<sup>2</sup>. Pelo contrário, na exposição subsequente, vamos concentrar-nos na enunciação de sete razões que nos levam a sustentar que a norma aqui em causa não padece de inconstitucionalidade, em particular por desrespeito do princípio da tutela da confiança. A saber:

- a) A violação do princípio da proteção da confiança decorrente de mutações legislativas pressupõe que o regime até então vigente, e cuja permanência se pretende tutelar, revele uma acentuada estabilidade temporal – de modo a que a sua revogação ou alteração afete de forma verdadeiramente surpreendente *expectativas consolidadas*;
- b) A atuação do princípio da proteção da confiança pressupõe que o regime que se pretende preservar seja – além de incontroverso do ponto de vista da sua constitucionalidade –, sólido do ponto de vista da sua justiça material e da sua adequação à realidade que disciplina – sob pena de se não gerarem verdadeiras *expectativas legítimas*;
- c) O princípio da proteção da confiança não vive isolado, podendo ser comprimido em resultado de operações de ponderação ou de concordância prática com outros princípios constitucionais – como sucede, no caso da norma em vertente, com o *princípio da igualdade*;
- d) Mesmo quando se tenham efetivamente constituído *expectativas sólidas e legítimas* a respeito de um determinado regime legal, é necessário que as circunstâncias económicas e sociais em que se fundou a respetiva emanção não tenham, entretanto, sofrido modificações muito acentuadas – *rebus sic stantibus* –, inviabilizando a sua manutenção em vigor ou tornando-a excessivamente onerosa para o Estado;
- e) O princípio da proteção da confiança tem de ser adequadamente balanceado com a *liberdade de conformação do legislador*, que – sendo fundada simultaneamente no princípio democrático e no

---

<sup>2</sup> Cfr., por todos e por último, PAULO MOTA PINTO, *A proteção da confiança na “jurisprudência da crise”*, in *O Tribunal Constitucional e a crise*, Coimbra, 2014, pp. 133 ss.

princípio da separação de poderes – remete aquele primeiro princípio para uma função de última barreira contra o arbítrio legislativo.

- f) Tanto por razões de fundo, ligadas ao princípio da separação de poderes, quanto por razões pragmáticas, não se afigura legítimo transferir para o legislador democrático um *ónus de fundamentação* da conformidade constitucional das suas próprias decisões legislativas, mesmo quando estas afetem expectativas anteriormente formadas ou revistam carácter restritivo de direitos fundamentais.
- g) Por último, o Acórdão n.º 474/2013 traz para a ribalta o problema da *menor adequação funcional da fiscalização preventiva* – ou mesmo da fiscalização abstrata sucessiva – para averiguar a inconstitucionalidade de uma norma legal por violação do princípio da proteção da confiança.

### 3. Uma dúvida inicial: verdadeiras expectativas consolidadas?

**I.** Sob o prisma da proteção da confiança, julga-se que não será determinante a ainda curta vigência, de cerca de cinco anos, do regime cuja revogação se pretendia então evitar – o n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008<sup>3</sup>. Isto porque, em bom rigor, tratando-se de uma norma que visa *manter* em vigor uma determinada disciplina jurídica anterior, os cinco anos transcorridos até ao momento vêm apenas somar-se ao tempo passado ao abrigo das disposições legais que vigoravam antes da própria Lei n.º 12-A/2008. Ou seja, o regime que o legislador de 2008 pretendeu salvaguardar tem de facto raízes bastante fundas no tempo.

**II.** Surpreendente é, contudo, que se tenha interpretado o conteúdo do referido n.º 4 como uma garantia *ad infinitum* de estabilidade dos três regimes nele elencados, e não – olhando ao conteúdo da profunda reforma legal em que se insere – como uma primeira e evidente quebra das expectativas anteriormente consolidadas pelos trabalhadores com nomeação definitiva.

Basta pensar que o artigo 88.º não é apenas um preceito sobre transição automática (e forçada) de trabalhadores de um regime – a nomeação definitiva – para outro completamente diferente – o contrato por tempo

---

<sup>3</sup> Cfr. também a ressalva do n.º 1 do artigo 17.º da Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, que aprovou o regime do contrato de trabalho em funções públicas, e que não é expressamente revogado pelo Decreto submetido a fiscalização.

indeterminado. É um preceito que sistematicamente se situa entre as “*disposições finais e transitórias*” da própria lei em que foi consignado. Ora, quando o legislador efetua uma mudança de paradigma no estatuto do funcionalismo público, mandando aplicar a um amplo conjunto de trabalhadores todo um novo regime jurídico, enformado por princípios diferentes dos que até aí vigoravam e dotado de coerência sistemática própria, mas ao mesmo tempo abre uma exceção relativa à disciplina da estabilidade da relação laboral – arrumando essa exceção entre as disposições finais a transitórias do respetivo diploma –, é no mínimo de perguntar até quando, ou por quanto tempo mais, será sustentável a manutenção deste regime particular!

De um modo geral, aliás, quando o legislador se vê na contingência de manter expressamente em vigor um certo regime para uma determinada categoria mais ou menos estreita de destinatários, embora o revogue globalmente em relação à generalidade do seu universo subjetivo originário, é razoável pensar que essa reminiscência normativa do passado não poderá vigorar até se esgotar o seu campo pessoal de aplicação. Mais do que um compromisso de manutenção indefinida do regime anterior, agora com natureza especial ou excecional, o que sucede é que o legislador adia (ou aceita adiar) a aplicação alargada do novo regime geral. Mais do que reforçar as expectativas anteriormente consolidadas, declarando a sua intocabilidade, o legislador enfraquece-as no mesmo passo em que suaviza a aplicação retrospectiva da novel disciplina jurídica – que, naturalmente, o legislador considera mais adequada à realidade e materialmente mais justa.

Neste sentido, a tentativa de revogação do n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008 não poderia ter-se por verdadeiramente surpreendente. O facto de o legislador não ter à data determinado a aplicação imediata aos trabalhadores em questão da totalidade dos regimes laborais emanados não significa que se tenha comprometido com isso a preservar indefinidamente a vigência do dito regime transitório. Sobretudo, não significa que esteja *ad aeternum* juridicamente vinculado a essa preservação. Em 2008, o legislador operou uma primeira relativização das expectativas jurídicas dos trabalhadores em apreço e, depois, em 2013, pretendeu concluir o processo de aplicação (integral) dos (novos) regimes laborais a todos os trabalhadores da Administração Pública. Concretiza-se uma decisão que estava já prenunciada desde 2008 e, de certa forma, pela própria evolução legislativa no domínio do funcionalismo público – onde de há muito se registam tendências de privatização e de aproximação

dos regimes laborais públicos aos do direito do trabalho<sup>4</sup>. Será razoável pensar que, em 2008, os trabalhadores visados pela ressalva do referido n.º 4 ignoravam os ventos de mudança que desde há alguns anos sopravam sobre o funcionalismo público?

**III.** Por outro lado, o n.º 4 do artigo 88.º é uma norma remissiva. Interpretá-lo como uma “*garantia*” de preservação ilimitada – ou só por mais 10, 20 ou 30 anos! – do quadro jurídico aplicável aos trabalhadores que, ao tempo da entrada em vigor da lei, se encontravam nomeados definitivamente implicaria, conseqüentemente, embora o Tribunal Constitucional não o reconheça, impedir o legislador futuro de modificar, quanto àquele universo, os três regimes para os quais o preceito remete. Ou seja, os regimes: *i*) da cessação da relação jurídica de emprego público; *ii*) da reorganização de serviços; *iii*) e da mobilidade especial.

A cristalização normativa abrangeria não apenas o próprio n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008, mas também o conteúdo dos próprios diplomas legais que à data disciplinavam aquelas três matérias. A não ser assim, o legislador poderia defraudar a sobredita garantia através da manipulação ou subversão destes mesmos regimes. Além da norma de “*garantia*”, a compressão da liberdade conformativa teria igualmente de se estender – e de forma absolutamente desmesurada – ao conjunto dos três “*objetos garantidos*”.

O resultado – inaceitável – decorrente da decisão constitucional será, assim, o de que o estatuto aplicável aos trabalhadores beneficiários dessa garantia ficará verdadeiramente parado no tempo até ao final das carreiras profissionais dos trabalhadores abrangidos – eventualmente até à reforma –, imune a todas e quaisquer alterações que o legislador venha a introduzir naqueles importantes regimes. Por exemplo, se o legislador reformular o diploma regulador da mobilidade especial, essa reformulação – por mais profunda e abrangente que seja – não poderá aparentemente produzir quaisquer efeitos em relação aos trabalhadores abrangidos pelo n.º 4 do artigo 88.º, a quem se continuará indefinidamente a aplicar o regime vigente em 2008.

---

<sup>4</sup> Cfr. ANA FERNANDA NEVES, *A privatização das relações de trabalho na função pública*, in *Os caminhos da privatização da Administração Pública*, Coimbra, 2001, pp. 163 ss; PAULO VEIGA E MOURA, *A privatização da função pública*, Coimbra, 2004, pp. 327 ss.

#### 4. A questão da *legitimidade* das expectativas

I. Para que se formem nos destinatários das normas legais em vigor expectativas legítimas quanto à sua manutenção, dignas de uma tutela constitucional, é mister que a validade constitucional dessas normas seja incontroversa – o que parece ser o caso do n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008. Para além disso, porém, como revelou com clareza o interessante caso decidido pelo Acórdão n.º 355/2013, é fundamental que a própria justiça material e a adequação dessas normas à realidade económica e social que regem não esteja *ab initio* prejudicada ou não tenha sido supervenientemente posta em crise – o que, tudo indica, já não se poderá dizer dos normativos em análise. Sobretudo num juízo *ex post*, a justiça e a adequação material da norma cuja revogação foi tentada é certamente discutível.

II. Com efeito, num contexto de crescente precarização das relações laborais da generalidade dos trabalhadores – tanto no setor privado, como no setor público – realidade que já se fazia sentir em 2008, mas que se agudizou de forma brutal nos últimos anos –, não pode seguramente ter-se por pacífica uma solução legislativa como a constante do mencionado n.º 4 do artigo 88.º, na qual se procura preservar *à outrance* e sem um limite temporal razoável a estabilidade no emprego de um grupo profissional cada vez mais restrito.

Fora do respetivo círculo de beneficiários, este é um regime socialmente mal aceite, comumente encarado como um privilégio injustificado dos funcionários públicos e, por isso, amplamente criticado no espaço público por especialistas e atores políticos de vários quadrantes. Se a enorme estabilidade dos vínculos era já contestada quando aplicável à generalidade do funcionalismo público – ela foi, aliás, responsável pela formação de um verdadeiro estereótipo cultural do funcionário público, de certa forma conducente à sua estigmatização social pelos trabalhadores do setor privado –, por maioria de razão essa crítica ganha consistência quando aquela estabilidade se torna num atributo particular de uma categoria progressivamente mais limitada de servidores públicos.

Note-se, sobretudo, a injustiça relativa resultante de o legislador manter um conjunto de trabalhadores praticamente a salvo do risco de desemprego – independentemente da sua produtividade ou do seu empenhamento no exercício das respetivas funções –, enquanto grupos cada vez mais alargados de trabalhadores, dada a natureza dos seus contratos,

arriscam perder o seu posto de trabalho a qualquer momento, ou sofrem já o flagelo do desemprego. Tenha-se em atenção, por exemplo, que os trabalhadores que são excluídos da evolução legislativa pelo n.º 4 do artigo 88.º, mesmo quando são colocados na situação de mobilidade especial e terminam a chamada “fase de requalificação”, ingressam numa nova fase, dita da “compensação”, que apesar de se prolongar por tempo indeterminado ainda garante aos visados o recebimento de uma parte significativa da remuneração base (artigo 25.º da Lei n.º 53/2006, de 7 de dezembro, com várias alterações).

**III.** De outro lado, afigura-se também que o regime resultante do n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008, sendo por certo muito respeitador das expectativas dos trabalhadores abrangidos, dificilmente pode ser valorado de forma positiva na perspetiva dos parâmetros – inclusive dos parâmetros constitucionais – que devem reger o funcionamento da Administração Pública.

Na verdade, não se vê como justificar à luz dos princípios da prossecução do interesse público e da boa administração (artigo 266.º), ou dos imperativos de eficácia da ação administrativa e da racionalização dos meios a utilizar pelos serviços (n.ºs 2 e 5 do artigo 267.º), a manutenção por tempo indefinido de vínculos laborais com trabalhadores que não têm qualquer função atribuída, são claramente excedentários, ou cujas qualificações estão desajustadas face às necessidades de uma Administração Pública moderna.

Em tais circunstâncias, assim como noutras assimiláveis, o regime a que se refere o n.º 4 do artigo 88.º afigura-se claramente desequilibrado, concedendo um peso excessivo ao interesse privado dos trabalhadores inseridos no grupo profissional em questão – e que, obviamente, pretendem blindar o mais possível a sua posição jurídica – em face do *interesse público*, que sempre marcou as relações jurídicas de emprego público e que hoje exige uma gestão dos recursos humanos (e financeiros) da Administração bastante mais racional e flexível<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr. ANA FERNANDA NEVES, *A relação jurídica de emprego público*, Coimbra, 1999, pp. 255 ss.

## 5. O déficit de ponderação de outros princípios constitucionais, em especial do princípio da igualdade

I. Questionado o mérito da disciplina jurídica revogada pelo novo regime jurídico de requalificação de trabalhadores em funções públicas, quer em resultado do confronto com a situação de outras categorias profissionais quer na ótica do interesse público prosseguido pela Administração – com a dificuldade daí adveniente de formação de legítimas expectativas quanto à sua manutenção por tempo indefinido –, importa agora sublinhar que o legislador deve poder equacionar de forma diferente a relação entre a proteção da confiança e o princípio da igualdade.

Já vimos que o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 474/2013, desvaloriza claramente esta dimensão do problema, limitando-se a afirmar num parágrafo, e apenas a propósito do confronto entre a situação dos ex-funcionários públicos com vínculo de nomeação definitiva no momento da entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008 e os trabalhadores em regime de contrato de trabalho em funções públicas constituídos a partir de 2009, que “a uniformidade das relações jurídicas laborais não constitui um valor *per se*, nem íntegra, seja no regime público seja no privado, fundamento de interesse público para postergar a tutela da confiança legítima e justificar a não continuidade do comportamento estadual quanto à modificação de elementos nucleares e identitários do estatuto laboral. Em especial num quadro tão vasto e complexo como a Administração Pública, dificilmente deixarão de existir hipóteses de trabalhadores a desempenhar a mesma tarefa com vinculações não inteiramente coincidentes, o que, note-se, acontece igualmente na relação jurídica de emprego privada”.

Todavia, em nossa opinião, como se procurará sumariamente demonstrar, não sendo a solução legislativa contida no n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008 a única constitucionalmente possível – isto é, a única via de fazer transitar os trabalhadores com nomeação definitiva para o âmbito do contrato de trabalho por tempo indeterminado, compondo os diferentes interesses em presença em conformidade com a Constituição – e mesmo que assim fosse em 2008, aliás, ficaria por demonstrar que o continuaria a ser em 2013 –, tem de se reconhecer ao legislador a possibilidade de optar (a qualquer momento) por um regime mais igualitário, ainda que menos protetor das eventuais expectativas entretanto formadas ao abrigo do regime antigo.

**II.** Com efeito, a dogmática do princípio da igualdade diz-nos que o tratamento igual tem prioridade sobre o tratamento desigual<sup>6</sup>. Ou seja, o facto de um regime diferenciador não ser arbitrário (e por isso inconstitucional) – por existirem razões suficientes para justificar essa diferenciação – não significa que um outro regime que trate de modo igualitário as situações ou pessoas em causa seja arbitrário (e inconstitucional). Por outras palavras, mesmo que exista uma razão suficiente para justificar um tratamento diferenciado, daí não decorre que ele seja constitucionalmente necessário e que o tratamento uniforme seja inadmissível. Ainda que possa haver violação do princípio da igualdade por indiferenciação, por regra é a desigualdade que tem de ser fundamentada, e não a igualdade.

Ora, no caso vertente, não havendo de momento razões para questionar a constitucionalidade do regime diferenciador contido no n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2013 – apesar de este ser claramente mais favorável, desde logo no confronto com os demais trabalhadores com contrato por tempo indeterminado, mas também, mais amplamente, com a generalidade dos trabalhadores contratados em funções públicas (ou privadas) –, nem por isso se poderá concluir que essa diferenciação é constitucionalmente imposta pela máxima da igualdade. A solução inversa, de assimilação dos diferentes regimes de cessação da relação laboral atualmente existentes – com eliminação deste e eventualmente de outros estatutos mais benéficos que venham do passado – também não belisca de todo o princípio da igualdade.

Bem pelo contrário, este princípio constitui um argumento de grande peso que o legislador pode e deve invocar para – no confronto com a proteção da confiança ou com outras regras e princípios de sinal contrário – justificar materialmente os regimes de uniformização do estatuto dos trabalhadores contratados ao serviço da Administração e, porventura, dos trabalhadores em geral. Reduzir progressivamente a segmentação existente no mercado de trabalho – tanto no universo público, quando no confronto com o setor privado – é promover a realização do princípio da igualdade na máxima medida possível. Conter a profusão de estatutos juslaborais diferenciados dentro (e também fora) do setor público é, por certo, proceder à otimização do princípio da igualdade.

**III.** Neste ponto, deve inclusivamente chamar-se à colação a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre os cortes das remunera-

---

<sup>6</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, 1997, pp. 400 ss.

ções dos trabalhadores do setor público, designadamente a que se extrai dos Acórdãos n.º 353/2012 e n.º 187/2013, relativos aos Orçamentos de Estado para 2012 e 2013.

Em tais decisões, o Tribunal Constitucional sublinhou que a evolução legislativa tem conduzido a uma evidente *“laboralização da função pública”*, com o contrato de trabalho a constituir agora *“a modalidade comum de constituição da relação jurídica de emprego público”*. Sobre-tudo, desvalorizou-se o argumento, comumente invocada para justificar aqueles cortes, segundo o qual os trabalhadores do setor público beneficiam em geral de uma maior estabilidade laboral – a qual, diga-se *a latere*, tanto poderia resultar dos regimes jurídicos em vigor, como de fatores sociológicos diversos, ligados à burocracia administrativa e à própria cultura do funcionalismo público e dos seus dirigentes.

Ao invés, o Tribunal afirmou expressamente que, sobretudo após a publicação da Lei n.º 66/2012, de 31 de dezembro, não pode tomar-se como *“assente a ideia de imutabilidade do vínculo laboral de emprego público – agora sujeito para a generalidade dos trabalhadores que exercem funções públicas a um regime idêntico ao previsto para a relação laboral privada”*. Em suma, o Tribunal Constitucional, sem afirmar uma absoluta igualdade de circunstâncias entre trabalhadores do setor público e trabalhadores do setor privado no que respeita à estabilidade da sua relação laboral, nega a possibilidade de utilizar esse critério como justificação para diferenças de tratamento relevantes noutros aspetos do respetivo estatuto jurídico (como os referentes ao regime remuneratório). Neste quadro, portanto, compreende-se que o legislador parlamentar se tenha sentido estimulado a prosseguir a linha de rumo, que já vinha sendo seguida, de redução das disparidades de regime laboral existentes dentro da própria Administração – e, concomitantemente, procedido à aproximação do estatuto comum dos trabalhadores do universo público ao Código do Trabalho.

De certa forma, pode mesmo afirmar-se que o legislador se limita agora a dar eco às fortes preocupações igualitárias que o proémio do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição, e sobretudo a sua alínea *a*), evidenciam: para trabalho igual, salário igual; para trabalho igual, idêntico estatuto juslaboral; para trabalho igual, a mesma estabilidade no emprego.

## 6. A relevância da máxima *rebus sic stantibus*

I. Ainda que se tivessem efetivamente constituído expectativas sólidas e legítimas a respeito da manutenção em vigor dos regimes referidos no n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008 – ou, se se preferir, ainda que esse preceito representasse de facto um compromisso firme do legislador perante os trabalhadores em apreço –, mesmo assim, não seria possível negar – em nome de um (indemonstrado) *onus de fundamentação agravada do legislador* – uma alteração substancial das circunstâncias em que a opção legislativa em causa foi tomada.

Mais precisamente, não seria possível negar que entretanto ocorreram mudanças políticas, financeiras, económicas e sociais – que constituem factos públicos e notórios – absolutamente imprevisíveis e de tal magnitude que justificam, num Estado democrático, uma opção do legislador democrático pelo afastamento da preservação do equilíbrio de interesses alcançado em 2008. Desde logo, não só foram as disponibilidades financeiras do Estado que se reduziram drasticamente, como também foi a insegurança no emprego que se agravou, com um elevadíssimo número de trabalhadores do setor público e do setor privado a caírem no desemprego.

II. Além disso, as obrigações que o Estado português se viu forçado a assumir aquando da assinatura conjunta com a Comissão, o FMI e o BCE, em maio de 2011, do *Memorando sobre as Políticas Económicas e Financeiras* e do *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades da Política Económica* – documentos a que o Tribunal Constitucional já reconheceu vinculatividade jurídica – implicaram não apenas uma significativa redução das despesas com pessoal, mas também a adoção de fortes medidas de racionalização dos efetivos da Administração Pública (central, regional e local), cuja implementação e execução foi sendo acompanhada detalhadamente pela Troika nas suas avaliações regulares. Tratou-se, pois, de um constrangimento externo muito sério, ainda não inteiramente ultrapassado, ao qual o Estado português não podia furtar-se por inúmeras razões pragmáticas, mas também por razões jurídicas – sendo que entre estas últimas se conta, naturalmente, o empenhamento de Portugal no processo de construção europeia, desde logo consignado no n.º 5 do artigo 7.º da Constituição.

Neste pressuposto, não faria sentido que o legislador democrático pudesse ficar mais amarrado a um regime por si emitido no passado

do que as partes de um contrato à própria palavra dada. Nem mesmo a máxima *pacta sunt servanda* é absoluta, uma vez que constitui também um princípio geral de direito que os contratos podem ser modificados ou resolvidos em caso de alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar – *rebus sic stantibus* (artigo 437.º do Código Civil).

## **7. A secundarização da liberdade de conformação do legislador democrático**

**I.** Noutro plano, a circunstância de o novo regime de requalificação se apresentar globalmente como uma lei restritiva de direitos, liberdades e garantias limita por certo a liberdade de conformação do legislador, mas não a elimina na totalidade. A liberdade de conformação é uma presença permanente e conatural ao exercício da função legislativa, acompanhando sempre o legislador independentemente de este pretender disciplinar uma qualquer atividade económica ou definir um tipo criminal. Estribada na legitimidade democrática do legislador – mormente do legislador parlamentar –, ela assume a estrutura jurídica de um princípio constitucional, tendo por isso de ser balanceada e compatibilizada com a confiança que os cidadãos depositam nas posições jurídicas por si constituídas com base na lei, que deflui da ideia de Estado de Direito.

**II.** Neste sentido, o Acórdão n.º 304/2001 dispõe lapidarmente que “o princípio do Estado de direito democrático há de conduzir a que ‘os cidadãos tenham, fundadamente, a expectativa na manutenção de situações de facto já alcançadas como consequência do direito em vigor’. Todavia, isso não leva a que seja vedada por tal princípio a estatuição jurídica que tenha implicações quanto ao conteúdo de anteriores relações ou situações criadas pela lei antiga, ou quando tal estatuição venha dispor com um verdadeiro sentido retroativo. Seguir entendimento contrário representaria, ao fim e ao resto, coartar a ‘liberdade constitutiva e a autorrevisibilidade’ do legislador, características que são ‘típicas’, ‘ainda que limitadas’, da função legislativa (cf. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa*, p. 309). Haverá, assim, que proceder a um justo balanceamento entre a proteção das expectativas dos cidadãos decorrentes do princípio do Estado de direito democrático e a liberdade constitutiva e conformadora do legislador, também ele democraticamente legitimado – legislador ao qual, inequivocamente, há que

reconhecer a legitimidade (senão mesmo o dever) de tentar adequar as soluções jurídicas às realidades existentes, consagrando as mais acertadas e razoáveis, ainda que elas impliquem que sejam ‘tocadas’ relações ou situações que, até então, eram regidas de outra sorte”.

Ora, a esta luz, afigura-se bem pouco razoável o entendimento segundo o qual a Assembleia da República, em 2008, podia legitimamente petrificar o regime protegido pelo n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008, amarrando o legislador futuro ao seu escrupuloso cumprimento – isto é, por tantas legislaturas quantas as necessárias para que os trabalhadores em causa alcançassem o fim das respetivas carreiras.

Doutra forma, assistir-se-ia a uma compressão brutal – em intensidade e extensão temporal – da liberdade conformativa que assiste ao legislador de, em cada momento, definir os regimes que lhe parecem mais conformes com o interesse público. Seria absolutizar a confiança dos trabalhadores em causa – não obstante as suas expectativas se revelarem particularmente frágeis, como se viu –, e aniquilar por muitos anos a liberdade do legislador em rever os normativos que editou em conformidade com a sua interpretação do interesse público – apesar de todas as razões factuais e jurídico-constitucionais que aconselham essa revisão.

**III.** Acrescente-se apenas que esta conclusão não é infirmada pela circunstância de a Lei n.º 12-A/2008 ter compreendido, no seu procedimento de elaboração, uma fase de negociação e um eventual acordo com os representantes dos trabalhadores – como, aliás, sempre resultaria do direito dos trabalhadores a participar na feitura da legislação laboral [alínea *a*] do n.º 2 do artigo 56.º].

Ainda que fosse possível demonstrar que, como se diz no texto da fiscalização preventiva, a transição para o regime do contrato de trabalho por tempo indeterminado dos antigos trabalhadores nomeados definitivamente não teria sido “*politicamente possível*” sem a ressalva do n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2013, daí não decorreria a impossibilidade de revogar – agora ou noutra altura – este último preceito. Tal como os compromissos entre partidos políticos, os acordos com os parceiros sociais – ou quaisquer outros arranjos com grupos de interesse, que, no quadro de uma democracia participativa, estejam na base do texto de uma lei –, não conferem a esta uma *especial força jurídica negativa* ou uma maior resistência à mudança<sup>7</sup>. Tais leis não se tornam leis reforçadas, nem a

---

<sup>7</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, V, Coimbra, 2010, pp. 239 ss.

sua revisibilidade deixa de obedecer aos *timings* políticos e aos critérios que normalmente presidem ao desencadear do procedimento legislativo.

Em particular, as leis que resultam de acordos negociados com as associações e federações sindicais – nomeadamente em sede de concertação social – não se convolam por esse motivo em contratos ou em tratados entre o Estado e os sindicatos ou entre o Estado e os trabalhadores por aqueles representados. A participação dos trabalhadores é meramente consultiva, de modo que o Governo – que tão-pouco se pode arrogar a representação do próprio Estado-legislador – não está *ab initio* obrigado a chegar a um acordo para poder promover a aprovação de uma lei. Assim, se num dado momento histórico se atinge um acordo, os seus efeitos (e os efeitos da sua quebra) esgotam-se no plano político – sem nenhuma projeção significativa no plano jurídico da vigência da lei ou da duração desta.

Por razões idênticas, também não faz sentido olhar para o n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008 como se o seu conteúdo correspondesse a uma cláusula do contrato de trabalho que cada um dos seus destinatários tem com a Administração Pública – e que o legislador tivesse agora que respeitar. Mesmo que assim fosse, à luz da máxima *rebus sic stantibus*, ela não seria absolutamente imodificável. Mas de facto não é disso que se trata, uma vez que em causa está uma simples disposição legal que regula imperativamente o regime dos contratos de trabalho. A norma cuja revogação se questiona integra aquilo que ainda se pode designar – na esteira de uma longa tradição doutrinária e jurisprudencial<sup>8</sup> – como a *componente estatutária* da relação jurídica de emprego público, sendo nessa medida livremente alterável pelo legislador.

## **8. A inversão do ónus de fundamentação operada pelo Tribunal Constitucional**

**I.** Nesta linha de clara menorização da liberdade de conformação do legislador democrático, o Tribunal Constitucional, porventura não inteiramente convicto quanto à consistência e à capacidade de convencimento da argumentação antes expendida, decide a dado momento do seu aresto inverter o ónus de fundamentação. Nas palavras que foram usadas, “o oferecimento das razões de interesse público que justificam a medida” e, em especial, a extensão subjetiva do novo regime de requalificação

---

<sup>8</sup> Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, II, 9.ª ed, Coimbra, 1980, pp. 754 ss; JOÃO ALFAIA, *Conceitos fundamentais do funcionalismo público*, I, Coimbra, 1985, pp. 444 ss.

“constitui ónus do legislador”, considerando o grau das expectativas que contraria e a intensidade da sua afetação.

A própria declaração de voto da Conselheira Maria Lúcia Amaral vai no mesmo sentido, justificando a sua adesão ao juízo de inconstitucionalidade com o facto de a adoção de uma medida como a que estava em causa exigir do legislador um ónus acrescido, e exigente, de explicação das razões que o haviam levado a decidir como decidiu. Em especial, “o ónus de justificação implicava: a clara demonstração da *essencialidade da medida* para a contenção da dívida pública; a clara demonstração da *essencialidade da medida* para a resolução de emergência económico-financeira da República; a clara demonstração da *essencialidade da medida* para a racionalização da Administração Pública, em visão estratégica larga de reforma das estruturas estaduais”. E, conclui-se, “nenhuma destas demonstrações foi, porém, feita”.

Ora, esta inversão do ónus de fundamentação – em que o Tribunal Constitucional, na impossibilidade de demonstrar a manifesta desnecessidade, inadequação ou desproporcionalidade da solução legislativa em questão, determina que deveria ter sido o legislador a fazer previamente a demonstração da sua necessidade, adequação e proporcionalidade – é criticável por duas razões elementares. Primeiro, porque assume sem mais – e na ausência de um qualquer apoio constitucional expresse – que o legislador democrático tem um dever constitucional de fundamentar, não apenas as leis que emana, mas todas e cada uma das soluções que adota com carácter restritivo de direitos fundamentais. Segundo, porque vai ao arrepio da anterior jurisprudência constitucional, que tinha sido definida na esteira de uma interpretação funcionalmente adequada do princípio da separação de poderes.

**II.** Quanto à primeira crítica, não se nega a possibilidade de extrair da Lei Fundamental um princípio geral de transparência em tudo o que diz respeito ao exercício do poder público. Trata-se de uma exigência basilar do Estado de Direito.

Daí não decorre, porém, a consagração constitucional de um dever do legislador de fundamentar explicitamente as suas próprias leis. A Constituição estabelece um dever expresse de fundamentação das decisões jurisdicionais (n.º 1 do artigo 205.º), um dever expresse de fundamentação dos atos administrativos (n.º 3 do artigo 268.º), e um dever expresse de fundamentação de alguns atos políticos, como o veto presidencial (n.º 1 do artigo 136.º) ou, de certa forma, as moções de confiança e de cen-

sura (artigos 193.º e 194.º). Mas não pode ignorar-se que, em nenhum momento, a Constituição exige a fundamentação das leis. Nem mesmo no domínio das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, em que os n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º são particularmente exigentes para com o legislador, essa exigência aparece formulada no texto constitucional ou sequer tem sido deduzida pela doutrina<sup>9</sup>. São seis os requisitos a que têm de obedecer as leis restritivas:

- i) autorização constitucional expressa;
- ii) reserva de lei (associada à reserva parlamentar de competência legislativa);
- iii) princípio da proporcionalidade;
- iv) generalidade e abstração (como primeira garantia do princípio da igualdade);
- v) não retroatividade (como forma de tutela do princípio da proteção da confiança);
- vi) intangibilidade do conteúdo essencial.

Acrescentar a estes parâmetros a fundamentação, pelo próprio punho do legislador, da conformidade da lei com o princípio da proporcionalidade – ou, já agora, porque não com todos os restantes cinco parâmetros enunciados? – é seguramente um passo que não pode ser dado de ânimo leve.

Há desde logo razões pragmáticas que o Tribunal Constitucional simplesmente não considera. Como sejam, *quando, onde e em que termos* deve o legislador fazer essa fundamentação? Neste ponto saltam à vista as dificuldades decorrentes da praxe constitucional – senão mesmo do costume constitucional – existente entre nós, segundo a qual os decretos-leis são sempre antecedidos de um (por vezes extenso) preâmbulo explicativo, mas as leis (em sentido nominal) não têm simplesmente preâmbulo. Não é por acaso que assim sucede: a solidariedade governamental e o carácter não público do procedimento legislativo do Governo, por contraposição à óbvia ausência de solidariedade parlamentar e à publicidade dos trabalhos da Assembleia da República, hão de ter tido um papel importante na origem e perpetuação daquela prática reiterada.

Por conseguinte, assumindo que o Tribunal Constitucional não queria, com a orientação agora em análise, pôr em causa a costumeira ausência de preâmbulo das leis da Assembleia da República – e era disso que

---

<sup>9</sup> Cfr. JORGE MIRANDA/JORGE PEREIRA DA SILVA, *Anotação ao artigo 18.º*, in *Constituição Portuguesa Anotada*, org. Jorge Miranda/Rui Medeiros, I, Coimbra, 2010, pp. 346 ss.

se tratava, apesar da origem governamental da iniciativa legislativa –, conclui-se que a decisão de inconstitucionalidade ficou a dever-se à insuficiência ou à falta de qualidade dos trabalhos preparatórios da lei, incluindo aqui a exposição de motivos e os próprios debates parlamentares. Daí que possa dizer-se, sem receio, que o Tribunal se pronunciou, não tanto sobre a constitucionalidade da lei, mas sobre o modo como se desenvolveu o procedimento legislativo, efetuando um juízo (negativo) quanto ao mérito do mesmo.

Seja como for, não parece que possa dar-se como assente, acriticamente, que o legislador democrático tem de fundamentar explicitamente as leis que produz. A ausência de consagração constitucional expressa desse dever – ou desse ónus – pode ter várias explicações válidas. Por um lado, pode significar que, para o legislador constituinte, a publicidade dos trabalhos preparatórios e o debate plural, aberto e contraditório proporcionado pelo procedimento legislativo parlamente providenciam, por si só, toda a fundamentação necessária à interpretação e aplicação das leis. Por outro lado, pode querer dizer (também) que o legislador constituinte entendeu que seria inconveniente consagrar uma obrigação genérica de fundamentação oficial das leis, pela rigidez que isso introduziria no processo hermenêutico, impedindo a sua adaptação às mudanças sociais por via de interpretação evolutiva.

**III.** Para além destas razões pragmáticas há, todavia, outras bem mais fundas para criticar a referida inversão do ónus de fundamentação efetuada pelo Tribunal Constitucional.

Apesar de ser impossível aprofundar aqui o papel que, num Estado de Direito, deve competir à jurisdição constitucional – no confronto com o legislador ordinário, democraticamente legitimado –, sempre se dirá que uma separação de poderes funcionalmente adequada não exige apenas ao Tribunal Constitucional que se abstenha de decidir questões políticas (*political question doctrine*). Mesmo em relação às questões jurídico-constitucionais, o Tribunal Constitucional tem de adotar uma postura de autocontenção, que simultaneamente respeite a primazia do legislador ordinário na concretização da Lei Fundamental e, bem assim, a já referida liberdade de conformação deste, para encontrar as soluções mais ajustadas à prossecução do interesse público (*judicial self restraint*)<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional*, in *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, 1986, *passim*.

Esta postura de autocontenção que deve esperar-se de um Tribunal Constitucional – além de implicar, de um modo geral, o respeito pela sua própria jurisprudência consolidada – manifesta-se em diferentes domínios da sua atividade judicativa. Designadamente, na adoção de diferentes graus de intensidade de controlo consoante as matérias – controlo de evidência, controlo de sustentabilidade e controlo intensificado de conteúdo (*Dreistufentheorie*)<sup>11</sup> –, mas também no reconhecimento ao legislador de um “crédito de confiança” ou de uma “prerrogativa de avaliação”, muito em particular quando este atua em condições de incerteza e com base em prognoses dificilmente comprováveis (ou infirmáveis) *a priori*. Isto quer dizer que, exceto nos casos de manifesto erro de avaliação do legislador – em que as prognoses feitas por este se apresentem como claramente infundadas, à luz de dados empíricos ou científicos disponíveis ou da experiência comum –, o Tribunal Constitucional não pode substituir os juízos de prognose do legislador – aliás, de um modo geral, mais bem apetrechado tecnicamente para os fazer do que o comum dos juristas – pelas suas próprias prognoses. O que equivale a dizer que, na falta de uma clara razão de sentido contrário, os juízes constitucionais devem conceder ao trabalho legislativo o tal “crédito de confiança”, cabendo-lhes a eles demonstrar, no plano argumentativo, que em relação a certo regime tal crédito é imerecido. Sempre foi esta, aliás, a linha seguida pela Justiça Constitucional em Portugal<sup>12</sup>.

Ora, no Acórdão n.º 474/2013, o Tribunal Constitucional fez exatamente o contrário do que deveria ter feito. Concedeu um crédito de confiança a si mesmo, e às suas próprias avaliações preliminares, assumindo ao mesmo

---

<sup>11</sup> Cfr. *Mitbestimmung Entscheidung*, BVerfGE, 50, 290.

<sup>12</sup> Cfr., por todos, Acórdão n.º 187/2001 (propriedade das farmácias), onde se pode ler: “não pode deixar de reconhecer-se ao legislador – diversamente da administração –, legitimado para tomar as medidas em questão e determinar as suas finalidades, uma ‘prerrogativa de avaliação’, como que um ‘crédito de confiança’, na apreciação, por vezes difícil e complexa, das relações empíricas entre o estado que é criado através de uma determinada medida e aquele que dela resulta e que considera correspondente, em maior ou menor medida, à consecução dos objetivos visados com a medida (que, como se disse, dentro dos quadros constitucionais, ele próprio também pode definir). Tal prerrogativa da competência do legislador na definição dos objetivos e nessa avaliação (com o referido ‘crédito de confiança’ – falando de um *‘Vertrauensvorsprung’*, v. BODO PIEROTH/BERNHARD SCHLINK, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 14.ª ed., Heidelberg, 1998, n.ºs 282 e 287) afigura-se importante sobretudo em casos duvidosos, ou em que a relação medida-objetivo é social ou economicamente complexa, e a objetividade dos juízos que se podem fazer (ou suas hipotéticas alternativas) difícil de estabelecer”.

tempo, sem qualquer base estatística e sem se estribar em nenhum estudo económico-financeiro, que a prognose do legislador – segundo a qual a medida legislativa editada era necessária para prosseguir o programa de reequilíbrio das finanças públicas e dar satisfação às exigências da Troika – estava errada.

## 9. A debilidade de um *juízo abstrato de inconstitucionalidade* por violação do princípio da proteção da confiança

I. Uma última palavra, antes de concluir, para sublinhar que – mesmo admitindo o entendimento que aqui se contesta –, um juízo de inconstitucionalidade fundado no princípio da proteção da confiança dificilmente poderia deixar de atender, no caso português, à relevância da distinção entre fiscalização abstrata e fiscalização concreta da constitucionalidade.

II. É conhecida a diferença que, no direito constitucional português, separa a fiscalização concreta, com eficácia circunscrita ao caso concreto, e a fiscalização abstracta, com eficácia *erga omnes*.

A diferença não é, por um lado, irrelevante na perspetiva das relações entre justiça constitucional e legislador democrático. Com efeito, decidindo unicamente o caso *sub judice*, o juiz não atinge da mesma forma o legislador, visto que, enquanto a lei se situa no plano da definição das normas gerais (e, eventualmente, abstratas), a decisão proferida em fiscalização concreta enquadra-se no plano da judicativo-concreta realização do direito<sup>13</sup>. Dir-se-ia que, em sistemas de fiscalização como o português, justifica-se de modo particular a afirmação segundo a qual o problema da legitimidade da justiça constitucional num Estado democrático e, portanto, à luz do princípio da separação de poderes, coloca-se com especial acuidade no âmbito da fiscalização abstrata da constitucionalidade<sup>14</sup>.

Nem se pode esquecer que, em virtude da [força] expansiva do conceito de norma fiscalizável no sistema português de fiscalização concentrada

---

<sup>13</sup> Cfr. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*, p. 222.

<sup>14</sup> Cfr., afirmando que “*die Zuständigkeit für Verfassungsbeschwerden und für die konkrete Normenkontrolle [...] ist unter Gesichtspunkten der Gewaltenteilung am wenigsten problematisch*” e que, em contrapartida, “*die Konkurrenz des Verfassungsgerichts mit dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber spitzt sich erst im Bereich der abstrakten Normenkontrolle zu*”, JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, pp. 294-295.

da constitucionalidade, o Tribunal Constitucional pode acabar por ser chamado a controlar apenas:

- i) uma parte correspondente a uma das disposições do preceito;
- ii) ou mesmo só a um período ou frase do respetivo texto – como sucede no âmbito da chamada inconstitucionalidade parcial horizontal ou quantitativa<sup>15</sup>;
- iii) ou tão-somente uma certa dimensão do seu conteúdo dispositivo (uma norma que dele se extrai) – no domínio, portanto, das chamadas inconstitucionalidades parciais qualitativas, ideais ou verticais<sup>16</sup>;
- iv) ou até simples normas jurídicas virtuais, isto é, normas que, para empregar a fórmula do artigo 9.º, n.º 2, do Código Civil, embora porventura construídas a partir das fontes legais, não têm “na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso”.

A conclusão não é relevante apenas para confirmar que, no âmbito da fiscalização concreta, quando confrontado com os concretos critérios materiais de decisão dos casos da vida aplicados por um qualquer tribunal, o controlo exercido pelo Tribunal Constitucional não envolve em geral um juízo de censura sobre a obra do legislador democrático<sup>17</sup>. A afirmação é importante, outrossim, porque, em sistemas de fiscalização da constitucionalidade como o português – nos quais se recusa autonomizar uma ação constitucional de defesa de direitos fundamentais<sup>18</sup> –, a via mais próxima de que dispõem os particulares para fazer valer as suas pretensões jusfundamentais passa pelo direito de, nos feitos submetidos a julgamento e em que sejam parte, invocar a inconstitucionalidade de qualquer norma. Ainda que esta esteja meramente implícita num segmento ideal de um preceito legal ou seja simplesmente virtual,

---

<sup>15</sup> Cfr. RUI MEDEIROS, *A força expansiva do conceito de norma fiscalizável no sistema português de fiscalização concentrada da constitucionalidade*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra Editora, 2004, pp. 183 ss.

<sup>16</sup> Cfr. RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, 1999, pp. 433 ss.

<sup>17</sup> Cfr. RUI MEDEIROS, *A força expansiva do conceito de norma fiscalizável no sistema português de fiscalização concentrada da constitucionalidade*, pp. 185 e 188-189.

<sup>18</sup> Cfr., no sentido da bondade da opção do legislador constitucional português, RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, pp. 336 ss (em especial, 352 ss) – cfr., em sentido contrário, por último, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais e justiça constitucional*, Coimbra Editora, 2012, pp. 239 ss.

os particulares podem impugná-la por ofensa de direitos fundamentais de que se considerem titulares, fazendo assim funcionar o sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade numa perspetiva de controlo subjetivo, incluindo através do recurso para o Tribunal Constitucional. Ou seja, em Portugal, embora não exista uma ação constitucional de defesa de direitos fundamentais, é o sistema de fiscalização concreta que permite, ao abrir a possibilidade de o particular interpor recurso das decisões jurisdicionais que apliquem lei inconstitucional ou interpretada em desconformidade com a Constituição, que o Tribunal Constitucional seja um Tribunal do cidadão<sup>19</sup>.

A conjugação dos dois aspetos assinalados legitima que o enfoque da defesa, pela justiça constitucional, dos direitos fundamentais dos cidadãos possa ser feito na fiscalização concreta. A afirmação, para evitar quaisquer equívocos, não significa necessariamente que o Tribunal Constitucional deva sempre exercer maior autocontenção no julgamento de inconstitucionalidade em fiscalização abstrata do que em fiscalização concreta. Do que se trata é tão-somente de sublinhar que, num quadro em que se multiplicam as possibilidades de decisões (parciais) de inconstitucionalidade que tenham apenas por objeto normas legais meramente implícitas ou virtuais, só a riqueza dos casos da vida real permite muitas vezes evitar a tomada de decisões precipitadas, com base em suposições, presunções, generalizações ou numa mera visão impressionista da realidade, e não em elementos de facto sólidos e comprovados<sup>20</sup>.

**III.** O Acórdão n.º 474/2013 traz justamente para a ribalta a questão da menor adequação funcional da fiscalização preventiva – ou da fiscalização abstrata sucessiva (que, aliás, pode ser desencadeada logo a seguir à publicação do ato normativo) – para uma fornecer uma resposta cabal a certas questões de constitucionalidade.

---

<sup>19</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, *Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *JöR*, 45 (1997), pp. 112 ss; RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, pp. 356-357.

<sup>20</sup> Cfr., ilustrando justamente com o princípio da proteção da confiança, PAULO MOTA PINTO, *A proteção da confiança na “jurisprudência da crise”*, pp. 172-173 – cfr. ainda, aderindo à declaração de voto conjunta das conselheiras Maria José Rangel de Mesquita e Maria de Fátima Mata-Mouros junta ao Acórdão n.º 862/2013, MARIA BENEDITA URBANO, *A jurisprudência da crise no divã – diagnóstico: bipolaridade?*, in *O Tribunal Constitucional e a crise*, Coimbra, 2014, p. 43.

A conclusão impõe-se, concretamente, quando esteja, como no caso aqui em apreciação, o princípio da proteção da confiança e seja necessário fazer certas diferenciações. Independentemente de outras críticas que podem ser dirigidas à resposta jurisprudencial em causa, deve duvidar-se, ao contrário do que se decidiu neste Acórdão n.º 474/2013, que a defesa de um nível reforçado de segurança no emprego para os funcionários públicos, mesmo que justificado, valha por igual para todo e qualquer funcionário público com nomeação definitiva em 2008. Por outras palavras, que essa tutela possa ser concedida sem consideração alguma do número de anos de trabalho em funções públicas de cada um deles e, bem assim, de outros fatores concretos ligados ao percurso profissional dos funcionários em causa e que, obviamente, também podem ser relevantes do ponto de vista da formação das expectativas jurídicas inerentes à manutenção (ou não) do regime em apreço<sup>21</sup>.

## 10. Conclusão

Por tudo isto, embora numa decisão que obteve unanimidade, o Tribunal Constitucional absolutizou o princípio da proteção da confiança, desvalorizando outros princípios constitucionais igualmente estruturantes da ideia de Estado de Direito.

Além disso, com a afirmação – não demonstrada – de que impende sobre o legislador um ónus de fundamentação das razões justificativas da revogação da cláusula de salvaguarda do n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008, o Acórdão n.º 474/2013, não só desvalorizou as graves mutações políticas, financeiras, económicas e sociais entretanto ocorridas, como extravasou do papel que, à luz do princípio da separação de poderes, cabe à jurisdição constitucional.

Os juízes do Palácio Ratton restringiram, assim, desmesuradamente a liberdade de conformação que, num Estado democrático, deve estar reservada ao legislador, conduzindo a um resultado que petrifica – independentemente da diversidade de situações concretas abrangidas pelo juízo de inconstitucionalidade – um regime legal de proteção mantido em 2008.

Em síntese, o resultado desta jurisprudência significa que, ao contrário de outros trabalhadores em funções públicas e dos trabalhadores do setor privado, o mesmo Tribunal Constitucional que, ao longo da

---

<sup>21</sup> Cfr., neste sentido, e desenvolvidamente, RUI MEDEIROS, *A Constituição portuguesa num contexto global*, Lisboa: UCE, 2015, pp. 241 ss..

denominada *jurisprudência da crise*, tanto tem insistido, em diversos arestos, na importância de uma *igualdade proporcional* no tratamento dos funcionários do setor público, admite que há afinal uma categoria de servidores do Estado que beneficia de uma *segurança no emprego definitivamente reforçada*.