

# A LABORALIZAÇÃO DA FUNÇÃO PÚBLICA E O DIREITO CONSTITUCIONAL À SEGURANÇA NO EMPREGO

ALDA MARTINS

O presente artigo visa empreender um breve estudo do regime do emprego público em Portugal, no que respeita ao sentido e alcance do direito constitucional à segurança no emprego. Em concreto — tendo presentes as controvérsias que a tal propósito vem suscitando a reforma da Administração Pública na progressiva aproximação do regime jurídico das relações de emprego público ao regime laboral comum —, pretende-se saber se a Constituição protege a segurança no emprego em grau mais débil, ou, na óptica inversa, em medida superior, pelo facto de estarem em causa relações jurídicas de emprego público.

A busca duma resposta para tal questão supõe que previamente se averiguem as características e tendências evolutivas do emprego público, nomeadamente em Portugal, bem como, que de seguida se faça uma rápida incursão na abordagem que a doutrina e a jurisprudência constitucional têm desenvolvido em semelhante desígnio. Espera-se, com tal enquadramento, antecipar pressupostos fácticos e jurídicos que, a final, poderão ser recuperados tendo em vista encontrar uma solução adequada para a mencionada questão.

## 1 — QUADRO GERAL DA EVOLUÇÃO DO EMPREGO PÚBLICO

As origens do modelo clássico de matriz europeia da função pública remontam à revolução francesa e ao Estado Liberal, sendo apanágio do princípio da separação dos poderes públicos e do princípio da não intervenção do Estado, com a sua actividade reduzida a garantir serviços essenciais (fisco, segurança, relações exteriores e justiça) que implicam o exercício de poder e estão associados ao conceito de soberania<sup>1</sup>. Assim, numa função pública necessariamente exígua, a garantia da separação da mesma relativamente à política, e da sua sujeição exclusiva a interesses gerais da comunidade, prosseguidos com objectividade e neutralidade, é assegurada através do seu esta-

---

<sup>1</sup> Esta concepção europeia moderna de função pública foi herdada e adaptada do direito romano, e, assim, segundo um modelo de tipo militar, baseado em valores de obediência hierárquica, fidelidade, sigilo, auto-suficiência e imunização ao exterior, conducentes a uma “casta fechada” com renovação periódica — cfr. OLIVEIRA, Eduardo Sebastião Vaz, «A função pública portuguesa: estatuto novo ou nova política?», *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 122, Fevereiro de 1969, pp. 26-28.

tuto definidor de direitos e deveres, em que ressaltam a segurança de emprego, a estruturação do trabalho em carreiras, a promoção em função da antiguidade, a remuneração segundo o posicionamento hierárquico em cada carreira e o ingresso mediante concurso público baseado no mérito.

O factor que de forma mais determinante contribuiu para a modificação do modelo clássico de função pública foi a transformação do Estado Liberal em Estado Providência, sobretudo depois da Segunda Guerra Mundial, por força do alargamento das suas funções a áreas sociais (educação, saúde, segurança social, habitação social) que demandaram o recrutamento em massa dum novo tipo de funcionários com lógicas de actuação, valores e objectivos tendencialmente idênticos aos que presidem a semelhante exercício de funções no sector privado, e, assim, diferentes dos habitualmente vigentes no serviço público de natureza burocrática<sup>2</sup>. A sua integração, não obstante, em regimes de emprego comuns aos funcionários tradicionais ligados ao exercício de funções de autoridade e soberania redundou em disfunções jurídicas e gestionárias difíceis de resolver, para além de agravar a irreversibilidade do aumento da despesa pública ocasionado pela implementação do Estado Providência.

Deste modo, numa terceira fase, que temporalmente se pode situar em finais dos anos setenta do século passado, a função pública sofreu nova evolução, desta feita como decorrência dos movimentos de reforma da Administração Pública tendentes a combater o peso da despesa pública e da carga fiscal, apontado como um dos responsáveis pela crise económica de então. Nessa senda, o objectivo principal é a diminuição das despesas com pessoal, quer através da reavaliação das funções do Estado e privatização das políticas sociais, quer através da adopção de processos, modelos e técnicas de gestão privada, numa convicção mais ou menos fundamentada de que esta apresenta vantagens em matéria de eficiência e racionalidade de meios. O emprego público altera-se, desejavelmente, em termos quantitativos, e, mais comprovadamente, em termos qualitativos, com a ampliação da admissibilidade legal de vínculos de natureza privatística, de vínculos temporários e de vínculos a tempo parcial, bem como, independentemente da modalidade, com a flexibilidade dos regimes de salários, a gestão por objectivos, a valorização da avaliação do desempenho e o alargamento das possibilidades da sua cessação<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Isto, claro, sem prejuízo de, a uma escala imensamente menor, tal realidade se verificar desde muito tempo antes, sendo corrente na doutrina do século XIX e do início do século XX a distinção entre funcionários de autoridade e funcionários de gestão, conforme detivessem ou não alguma parcela do poder público, como refere, embora sem aceitar qualquer relevância jurídica à classificação, VITAL, Domingos Fezas, *A situação dos funcionários (sua natureza jurídica)*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1915, pp. 86 e ss.

<sup>3</sup> Para mais desenvolvimentos, vide ROCHA, J. A. Oliveira, *Quadro geral da evolução da gestão de recursos humanos na Administração Pública* (<http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/2902>), acesso em 20-10-2008, bem como OLIVEIRA (nota 1), ambos com referências,

## 2 — A EVOLUÇÃO DO EMPREGO PÚBLICO EM PORTUGAL

Em Portugal, a disciplina do modelo clássico de função pública só conseguiu efectivar-se a partir da última metade do século XIX, sob a égide da Regeneração, e, quanto ao Estado Providência, apenas começou a delinear-se nos últimos anos do Estado Novo. Deste modo, foi depois do 25 de Abril de 1974 que se lançaram a generalidade das políticas sociais em matéria de saúde, ensino e segurança social, com os inerentes aumentos da despesa pública, nomeadamente com a afectação de funcionários necessários à sua implementação. Em conformidade, este atraso de cerca de 30 anos traduziu-se noutro tanto para que se evidenciasse a insustentabilidade da manutenção do nível de despesa pública e a indispensabilidade duma reforma da Administração Pública, podendo identificar-se esse momento com o da adopção da Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/2003, de 30 de Junho.

### 2.1. O regime de nomeação como referência do emprego público no Estado Liberal e no Estado Novo

Como se disse, o modelo clássico de função pública está geneticamente associado a um Estado reduzido a garantir serviços essenciais inerentes à autoridade e soberania, e, assim, ao conceito de serviço público enquanto exercício duma função de interesse público por um órgão público, demandando necessariamente “organizações permanentes de actividades humanas”<sup>4</sup> submetidas a um regime de direito público. Significa isto que a lei é a fonte exclusiva de regulação — com carácter geral e abstracto, insusceptível de modificação pela vontade da Administração ou do funcionário — de todas as suas dimensões, designadamente condições de ingresso, direitos e deveres recíprocos e pressupostos e modos de cessação do vínculo. E, congruente-mente, que o provimento na qualidade jurídica de funcionário se faz por acto administrativo — a nomeação — que, sendo posteriormente aceite pelo nomeado, é condição de aplicação ao mesmo do mencionado estatuto legal e, assim, da atribuição dum “estado” que o reflecte e do qual só pode ser privado se se verificarem as situações objectivamente previstas naquele estatuto, designadamente reconduzíveis a caducidade, exoneração por vontade própria ou aplicação de pena disciplinar expulsiva<sup>5</sup>.

Dum tal modelo — que, pelas razões expostas, se costuma também designar como “estatutário” — decorrem de modo lógico situações jurídicas caracterizadas pela permanência, pela profissionalidade e pela natureza pública

---

também, à evolução da concepção americana de função pública, e o segundo, ainda, à da concepção dos “países socialistas”.

<sup>4</sup> CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 10.<sup>a</sup> ed. (3.<sup>a</sup> reimpressão revista e actualizada pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral), Coimbra: Almedina, 1986, p. 649.

<sup>5</sup> *Idem, ibidem*, pp. 655, 685, 758 e 789.

da função exercida. Todavia, este regime de puro direito público, regendo uma administração servida nuclearmente por funcionários providos por nomeação e, residualmente, por agentes administrativos não funcionários providos mediante contrato administrativo (para o exercício transitório de funções públicas que não revestem carácter de permanência), dominou indistintamente os cenários do Estado Liberal e do Estado Novo, ao longo dos séculos XIX e XX, apesar do crescente alargamento a funções completamente distintas das que tinham estado na sua génese, levando os autores a progressivamente acentuarem como distintivas as características da permanência<sup>6</sup> e da profissionalidade<sup>7</sup> do vínculo, em detrimento da natureza eminentemente pública da função.

## 2.2. O movimento de laboralização do emprego público depois da revolução de 25 de Abril de 1974

A Constituição da República Portuguesa de 1976 refere-se ao conceito de função pública em algumas disposições, mas não procede à sua definição, designadamente no art. 269.º (originariamente o 270.º), intitulado “regime da função pública”. Porém, a revisão constitucional de 1982 veio substituir a expressão “funcionários e agentes do Estado e demais pessoas colectivas públicas”, que constava de tal preceito, pela de “trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas”, o que, apesar de a intenção directa ser a de clarificar que os mesmos têm aquela qualidade para efeitos de aplicação dos direitos dos trabalhadores constitucionalmente consagrados, veio acentuar o entendimento de que a Constituição é “asséptica” relativamente à sua sujeição a um regime de trabalho jus-administrativista ou jus-privatístico<sup>8</sup>.

Ainda assim, a proibição do exercício por estrangeiros e apátridas de funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico (art. 15.º), em termos acautelados de modo semelhante pelo art. 39.º, n.º 4, do Tratado da União Europeia (tal como tem sido interpretado pelo Tribunal de Justiça), reforça a indicação de que o exercício de poderes de autoridade e soberania constitui uma reserva constitucional de função pública em sentido estrito, e, *maxime*, subtraída à contratação em regime de direito privado<sup>9</sup>. Acresce que, independentemente da forma da sua constituição, há que reconhecer que a relação jurídica de emprego público está sujeita a parâmetros constitucionais que

---

<sup>6</sup> Cfr. NAVARRO, Luiz Lopes, *Funcionários públicos*, Lisboa: Livraria Bertrand, 1940, pp. 26-27.

<sup>7</sup> Vide ALFAIA, João, *Regime jurídico do funcionalismo*, Lisboa: Edições Ática, 1962, pp. 16 e ss., e CAETANO (nota 4), pp. 669-672.

<sup>8</sup> Cfr. NEVES, Ana Fernanda, «Os desassossegos de regime da função pública», *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, Vol. XLI, n.º 1, 2000, p. 60.

<sup>9</sup> Vide RAMALHO, Maria do Rosário Palma / BRITO, Pedro Madeira de, *Contrato de trabalho na Administração Pública — anotação ao regime jurídico aprovado pela Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 13.

são um imperativo de democraticidade, quer quanto à reserva relativa da Assembleia da República para legislar sobre a matéria (art. 165.º, n.º 1, al. t))<sup>10</sup>, quer quanto ao processo genético dominado pela regra do concurso (art. 47.º, n.º 2)<sup>11</sup>, quer quanto ao modo de actuação, subordinado aos princípios da legalidade, igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade, boa fé e serviço exclusivo ao interesse público (arts. 266.º e 269.º, n.º 1), pelo que não deixa de haver sempre um denominador comum mínimo de regime jus-publicista, que constitui o direito comum do emprego público<sup>12</sup>.

Na sequência do exposto, o DL n.º 184/89, de 2 de Junho, e o DL n.º 427/89, de 7 de Dezembro, vieram reestruturar a matriz conceptual da relação jurídica de emprego na Administração Pública, admitindo como modalidades de constituição a nomeação e o contrato. A nomeação, definida como “acto unilateral da Administração, cuja eficácia está condicionada à aceitação por parte do nomeado e pelo qual se visa o preenchimento de um lugar do quadro”, intentava assegurar o exercício profissionalizado de funções próprias do serviço público que revestissem carácter de permanência, as quais coincidiam, basicamente, com o conceito de atribuições dos respectivos organismos públicos. Por seu turno, o contrato foi definido como “acto bilateral nos termos do qual se constitui uma relação transitória de trabalho subordinado” e podia revestir as modalidades de contrato administrativo de provimento e de contrato de trabalho a termo certo, no primeiro caso quando se destinava a assegurar “o exercício de funções próprias do serviço público”, adquirindo-se a qualidade de “agente administrativo”, e no segundo caso quando se pretendia realizar outro tipo de tarefas, não se adquirindo nem a qualidade de funcionário nem a de agente. Em suma, só a nomeação conferia ao trabalhador a qualidade de funcionário público e a integração nos quadros.

O DL n.º 184/89 e o DL n.º 427/89, todavia, não se aplicavam a entidades que, por diversas razões, estavam sujeitas a regime próprio, nem impediam a criação de estatutos particulares, que, efectivamente, foram surgindo, particularmente no que respeita a institutos públicos, permitindo ou mesmo preservando o recurso ao contrato de trabalho. Por outro lado, a Lei n.º 25/98,

---

<sup>10</sup> Desde a redacção originária deste preceito que se mantém a reserva parlamentar quanto ao regime e âmbito da função pública, mas a revisão constitucional de 1982 veio explicitar que a reserva se reduz às “bases”, tal como, de resto, já era maioritariamente entendido (*vide* FONSECA, Guilherme, «A jurisprudência constitucional sobre as bases do regime e âmbito da função pública», *Scientia Iuridica*, T. LI, 2002, n.º 293, pp. 259-269).

<sup>11</sup> Alguns autores entendem que o art. 47.º, n.º 2, não abrange o universo das relações de emprego público mas apenas as que estão sujeitas a uma disciplina de direito público, designadamente as constituídas por nomeação e contrato administrativo de provimento, mas nem por isso dispensam que o acesso às demais seja realizado segundo um processo selectivo idóneo, em termos de assegurar a observância dos princípios da igualdade e da imparcialidade, nos termos do art. 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (cfr. FERNANDES, Francisco Liberal, «Sobre a proibição da conversão dos contratos de trabalho a termo certo no emprego público: comentário à jurisprudência do Tribunal Constitucional», *Questões Laborais*, Ano IX — 2002, n.º 19, p. 77).

<sup>12</sup> Cfr. NEVES (nota 8), pp. 55 e 65.

de 26 de Maio, veio aditar o art. 11.º-A ao DL n.º 184/89, admitindo em termos genéricos, verificados certos requisitos, a contratação de pessoal auxiliar sob o regime do contrato de trabalho. Entretanto, o Código do Trabalho e o seu regulamento estenderam segmentos do regime laboral comum às relações de emprego público, em qualquer das suas modalidades.

Este movimento culminou, já na sequência da mencionada Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/2003, de 30 de Junho<sup>13</sup>, com a aprovação da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, claramente inspirada pelo desígnio de generalizar a aplicação do contrato de trabalho na Administração Pública, por tempo indeterminado ou a termo resolutivo, mesmo para o exercício de funções próprias e permanentes do serviço público, só não podendo ser objecto de contrato de trabalho, na administração directa, “actividades que impliquem o exercício directo de poderes de autoridade que definam situações jurídicas subjectivas de terceiros ou o exercício de poderes de soberania”.

Esta evolução legislativa trouxe grandes dificuldades, pela multiplicação e sobreposição de regimes, nomeadamente quanto aos pressupostos de aplicação de cada uma das modalidades de relação de emprego legalmente admitidas, tornando, sobretudo, extremamente difícil encontrar um padrão de coerência<sup>14</sup>.

Foi este estado de coisas, além do mais, que determinou que a Resolução do Conselho de Ministros n.º 109/2005, de 30 de Junho, viesse insistir na necessidade de realização duma reforma da Administração Pública em termos mais profundos, através da revisão do sistema de carreiras e remunerações com subordinação aos seguintes princípios: avaliar o sistema, as distorções existentes e o impacte que tem tido na evolução da despesa pública; associar a evolução profissional dos funcionários e as correspondentes remunerações, fundamentalmente, à avaliação do desempenho, ao mérito e aos resultados obtidos; reforçar as condições de mobilidade de trabalhadores entre o sector público e o sector privado; diminuir o número de carreiras e permitir a evolução para um sistema fundamentalmente apoiado numa concepção de emprego com regime aproximado ao regime geral de trabalho; reservar tendencialmente o regime público de carreira para as funções relacionadas com o exercício de poderes soberanos e de poderes de autoridade.

Na sequência da mencionada Resolução, foi publicada a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, estabelecendo os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, nos ter-

---

<sup>13</sup> Sendo seus objectivos principais: prestigiar a Administração Pública, racionalizar e modernizar as estruturas, reavaliar as funções do Estado e promover uma cultura de avaliação e responsabilidade, distinguindo o mérito e a excelência.

<sup>14</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a evolução exposta, cfr. o relatório da COMISSÃO DE REVISÃO DO SISTEMA DE CARREIRAS E REMUNERAÇÕES, *Vínculos, carreiras e remunerações na Administração Pública — diagnóstico e perspectivas de evolução* (<http://www.portugal.gov.pt/Portal/Print.aspx?guid=%7B3046E455-79B-4D41-8E6E-29A3AAB718E9%7D>), acesso em 25/10/2008, pp. 34 e ss.

mos da qual a relação jurídica de emprego público se constitui por nomeação, contrato de trabalho em funções públicas ou comissão de serviço (em situações muito específicas indicadas no n.º 4 do art. 9.º). A nomeação, que continua a ser definida como o acto unilateral da entidade empregadora pública cuja eficácia depende da aceitação do nomeado, abrange os trabalhadores a quem compete, em função da integração em carreiras adequadas, a execução de atribuições relativas a missões genéricas e específicas das Forças Armadas em quadros permanentes, a representação externa do Estado, as informações de segurança, a investigação criminal, a segurança pública em meio livre ou institucional e a inspecção (arts. 9.º, n.º 2, e 10.º). O contrato de trabalho em funções públicas, que pode ser por tempo indeterminado ou a termo resolutivo, certo ou incerto, abrange todas as situações que não devam ser constituídas por nomeação ou comissão de serviço e é definido como o acto bilateral celebrado por uma entidade empregadora pública e um particular, nos termos do qual se constitui uma relação de trabalho subordinado de natureza administrativa (arts. 9.º, n.º 3, 20.º e 21.º). De notar que os actuais trabalhadores com contrato de trabalho por tempo indeterminado ou com nomeação definitiva, que exerçam funções em condições diferentes das agora previstas nos respectivos âmbitos de aplicação, transitam sem outras formalidades para a outra modalidade, embora os segundos mantenham os regimes de cessação da relação jurídica de emprego público e de reorganização de serviços e colocação de pessoal em situação de mobilidade especial próprios da nomeação definitiva (art. 88.º, n.ºs 2 e 4). Este diploma, entretanto, foi complementado por outros, entre os quais a Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, que aprovou o Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas e o respectivo Regulamento.

Conclui-se, assim, que o modelo clássico de função pública viu o seu âmbito de aplicação progressivamente alargado ao longo de dois séculos, acompanhando o desenvolvimento das atribuições do Estado, e, agora, retoma o seu lugar de origem na regulação das relações jurídicas de emprego que visam o exercício de poderes de autoridade e soberania, ficando as demais relegadas para o campo de aplicação do contrato de trabalho em funções públicas, que, apesar de revestir natureza administrativa, nos termos da lei, tem um regime manifestamente decalcado do que regula o contrato de trabalho de natureza privada. E conclui-se, ainda, que este caminho da privatização ou laboralização da função pública, que começou por ser empreendido a partir do interior como forma de afirmação dos direitos colectivos da generalidade dos trabalhadores (liberdade sindical, greve, constituição de comissões de trabalhadores e negociação colectiva<sup>15</sup>), foi entretanto retomado pela “parte contrária” como forma de flexibilização da constituição, gestão e cessação das relações

---

<sup>15</sup> Os quais se entendem actualmente como apresentando poucas especificidades relativamente ao regime geral, mesmo no que toca à negociação colectiva, considerando o seu objecto amplo (que inclui a “fixação e alteração da constituição, modificação e extinção da relação jurídica

de emprego, numa demanda necessariamente equivocada quanto às virtualidades das soluções do Direito do Trabalho, “... perante o sistema *juslaboral* português, que se conta entre os mais rígidos da Europa e procura, também ele, soluções de maior flexibilidade<sup>16</sup>”.

### 3 — EM ESPECIAL: AS CONSEQUÊNCIAS DA EVOLUÇÃO NA SEGURANÇA NO EMPREGO PÚBLICO

#### 3.1. A ideia de estabilidade no regime de nomeação

Conforme explica Eduardo Sebastião Vaz Oliveira, a ideia de liberdade dos indivíduos associada à Revolução Francesa veio inspirar a de necessidade de salvaguarda dos cidadãos em geral contra as arbitrariedades do Poder, a qual se traduziu a nível dos agentes do Estado na ideia de estabilidade como factor de garantia de permanência e funcionamento, ao serviço exclusivo do interesse geral, quaisquer que fossem as flutuações políticas e governativas verificadas no “exterior”<sup>17</sup>. Marcello Caetano dá uma explicação semelhante, dizendo que “[p]ouco a pouco, foi-se radicando a ideia de que todos os funcionários deviam, como profissionais da Função Pública, ter a situação garantida por leis que obrigassem e limitassem os superiores. Essa estabilidade, esse estado, constaria assim de um estatuto legal<sup>18</sup>”.

A integração dos funcionários públicos numa situação jurídica regulada exclusivamente pela lei, em termos impessoais, objectivos e previamente estabelecidos, subtraídos em absoluto à vontade dos mesmos ou da própria administração, deu azo ao desenvolvimento, durante o século XIX e o início do século XX, da chamada “teoria das situações objectivas”, que daquele pressuposto retira a consequência “lógica” de que aquela situação jurídica é livre e unilateralmente modificável por leis posteriores, que a regulam sucessivamente durante os respectivos períodos de vigência, pelo que não se pode entender que os funcionários públicos sejam titulares de direitos subjectivos. Tal doutrina foi empreendida em Portugal por Domingos Fezas Vital<sup>19</sup> e deixou influên-

---

de emprego” — art. 6.º da Lei n.º 23/98, de 26 de Maio) e o facto de o acordo colectivo final não ter um valor meramente recomendatório mas sim vinculativo, embora não valha, de *per si*, como norma reguladora das relações de trabalho, estando dependente dum acto normativo posterior do Estado (RAMALHO, Maria do Rosário Palma, «Intersecção entre o regime da função pública e o regime laboral — breves notas», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, Abril de 2002, pp. 459 e ss.).

<sup>16</sup> *Idem, ibidem*, p. 456.

<sup>17</sup> Cfr. *op. cit.* (nota 1), pp. 28 e 40.

<sup>18</sup> *Vide op. cit.* (nota 4), p. 685.

<sup>19</sup> Conclui o mesmo (nota 2), p. 157, que “[o]s funcionários, ao entrarem para o serviço público, devem saber que a sua situação está continuamente sujeita a sofrer todas as transformações que o interesse público ou a missão a realizar imponham. O funcionário só tem a faculdade de exigir que o seu estatuto seja respeitado pelo governo enquanto não for alterado por lei ou regulamento e que essas leis ou regulamentos emanem dos órgãos competentes. Deve,



cias em obras muito posteriores de outros autores, como Luiz Lopes Navarro e João Alfaia<sup>20</sup>.

Mesmo tais autores, porém, não deixam de ressaltar que, “... se pelo prisma jurídico rigoroso as coisas se passam assim, isto não quer dizer que, por outro lado, razões de ordem moral e social (por exemplo, a necessidade que tem o Estado de ser servido por indivíduos de carreira, especializados) não contribuam para a já referida estabilidade, a inamovibilidade real dos agentes nomeados, «maxime» dos agentes funcionários”, que é, assim, a “... característica mais frizante”, de natureza mais de facto que jurídica, dessa qualidade<sup>21</sup>.

Marcello Caetano, ligando historicamente aquela teoria a uma reacção contra os últimos vestígios da patrimonialidade das funções públicas, chama a atenção para a incongruência entre a finalidade que a mesma reconhece ao estatuto legal da função pública e as consequências que depois retira da natureza do mesmo. Aquele autor sublinha que há que distinguir entre os poderes funcionais e os direitos subjectivos dos funcionários e que só relativamente aos primeiros faz sentido que se diga que estão na dependência exclusiva do legislador, devendo os últimos, constituídos pelos seus interesses pessoais, ser respeitados pelo mesmo legislador como condição necessária da sustentabilidade do exercício isento e independente da profissão<sup>22</sup>.

Assim, continua, a estabilidade deriva do direito ao lugar que o funcionário adquire quando é provido por nomeação definitiva ou vitalícia e do qual só pode ser privado nos casos taxativamente indicados na lei, relevando a vontade da administração apenas no caso de aplicação de pena expulsiva na sequência de processo disciplinar. Deste modo, o direito ao lugar subsiste quando a lei suprime os cargos ou extingue ou reduz o quadro do serviço em que os mesmos se integrem, devendo a administração integrar os funcionários vitalícios em lugares doutros serviços correspondentes às suas categorias e habilitações, ou facilitar-lhes a aposentação, ou colocá-los na situação de disponibilidade sem perda de vencimento até se encontrar vaga<sup>23</sup>.

Já no actual quadro constitucional, e reportando-se ao DL n.º 184/89 e ao DL n.º 427/89, então em vigor, Paulo Veiga e Moura refere que o reconhecimento dum direito ao lugar por parte dos funcionários e a consagração dum *numerus clausus* de causas extintivas da respectiva relação com a administração, em termos semelhantes à anterior legislação (apenas acrescentando a cessação por mútuo acordo mediante indemnização), traduz a concretiza-

---

*é claro, evitar-se, tanto quanto possível, ferir muito rigorosamente os interesses, por vezes os mais legítimos, dos funcionários; esta norma não tem, porém, carácter jurídico, mas político, e não liga juridicamente os governantes”.*

<sup>20</sup> Cfr. as respectivas obras citadas: (nota 6), p. 86, e (nota 7) pp. 86 e ss.

<sup>21</sup> Cfr. ALFAIA (nota 7), pp. 18 e 88-89. Em termos idênticos, vide NAVARRO (nota 6), p. 86.

<sup>22</sup> Cfr. *op. cit.* (nota 4), pp. 754-756.

<sup>23</sup> *Idem, ibidem*, pp. 758-761, onde conclui: “São estas as soluções tradicionais do nosso direito e que se encontram consagradas no artigo 138.º do EFU” (Estatuto dos Funcionários Ultramarinos).

ção, ao nível da Função Pública, do direito à segurança no emprego constitucionalmente consagrado no art. 53.<sup>o</sup><sup>24</sup>.

Também Ana Fernanda Neves reconhece que a “relação jurídica funcional” tem uma duração indeterminada tradicionalmente dita ou tomada como vitalícia, decorrente de o direito positivo vigente admitir a sua cessação por aplicação de pena expulsiva mas não em resultado da supressão de lugares, e isto porque a inserção do funcionário num quadro de pessoal e numa carreira ou categoria o vocaciona para ocupar uma pluralidade de postos de trabalho e permite, assim, preservar no essencial a sua situação jurídica<sup>25</sup>.

### 3.2. A flexibilização derivada do movimento de laboralização

A tradicional estabilidade no emprego público, ligada ao facto de este ser dominado por relações jurídicas constituídas por nomeação, foi abalada a partir do momento em que se foi admitindo o recurso ao contrato de trabalho para idêntica finalidade, primeiro em termos tendencialmente não concorrenciais — na medida em que apenas se permitia a sua celebração a termo, para satisfação de necessidades temporárias (DL n.º 184/89 e DL n.º 427/89) —, depois já em termos conflituantes — por força da permissão de utilização alternativa da modalidade da nomeação ou da modalidade do contrato de trabalho por tempo indeterminado, inicialmente só quanto a pessoal auxiliar (Lei n.º 25/98) e posteriormente de forma generalizada, com excepção, na administração directa, das actividades que implicassem o exercício directo de poderes de autoridade definidores de situações jurídicas subjectivas de terceiros ou o exercício de poderes de soberania (Lei n.º 23/2004) — e, finalmente, pela imposição da utilização do contrato de trabalho para o exercício de todas as funções que não sejam relativas a missões genéricas e específicas das Forças Armadas em quadros permanentes, a representação externa do Estado, a informações de segurança, a investigação criminal, a segurança pública em meio livre ou institucional e a inspecção (Lei n.º 12-A/2008).

Efectivamente, o alargamento progressivo do campo de aplicação do contrato de trabalho, com a correspondente redução do universo de trabalhadores admitidos na modalidade de nomeação, significa uma diminuição do número de beneficiários do regime especial de estabilidade que a caracteriza.

Por outro lado, o contrato de trabalho na Administração Pública está sujeito a um regime especial mais exigente quanto ao processo de formação e mais flexível quanto às causas de cessação (arts. 8.º, 31.º, 33.º e 50.º

---

<sup>24</sup> Cfr. MOURA, Paulo Veiga e, *Função pública — regime jurídico, direitos e deveres dos funcionários e agentes*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 258 e 455.

<sup>25</sup> Cfr. NEVES, Ana Fernanda, «O contrato de trabalho na Administração Pública», in (org. Prof. Doutor Jorge Miranda) *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centénario do seu nascimento*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 110.

a 57.º da Lei n.º 12-A/2008 e arts. 72.º, 73.º, 92.º, 93.º, 104.º e 251.º a 279.º da Lei n.º 59/2008, entre outros), comparativamente com o regulado pelo Código do Trabalho, o que potencia situações de menos segurança naquele emprego.

Acresce que, mesmo relativamente aos admitidos na modalidade de nomeação, se vêm registando alterações de regime que contendem com a ideia de estabilidade em toda a amplitude que a caracterizava, não tanto em matéria de cessação do vínculo, que praticamente se mantém inalterada (art. 32.º da Lei n.º 12-A/2008), mas mais em matéria de mobilidade geral (arts. 58.º a 65.º da Lei n.º 12-A/2008) e especial (instituída e modificada por diplomas sucessivos). Finalmente, nos termos da disposição transitória do art. 88.º, n.º 4, da Lei n.º 12-A/2008, os actuais trabalhadores nomeados que exercem funções em condições diferentes das definidas no art. 10.º da mesma transitam sem outras formalidades para a modalidade de contrato por tempo indeterminado, apenas mantendo os regimes de cessação e de reorganização de serviços e colocação de pessoal em situação de mobilidade especial próprios da nomeação definitiva (cfr. ainda o art. 17.º da Lei n.º 59/2008).

Ora, os direitos fundamentais dos trabalhadores, entre os quais o do art. 53.º da Constituição da República Portuguesa — segundo o qual é garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos —, são específicos de quem tem aquela qualidade, que não está definida constitucionalmente mas tem sido pacificamente entendida, para esses efeitos, como sendo a de quem exerce uma actividade por conta e sob a autoridade e direcção de outrem, independentemente da natureza privada ou pública do beneficiário e ou do vínculo. Estão, assim, seguramente abrangidos pelo conceito constitucional de trabalhador todos os “trabalhadores da Administração Pública”, expressão que, como já se referiu, foi introduzida no art. 269.º aquando da revisão de 1982, com o intuito específico de o esclarecer duma vez por todas<sup>26</sup>.

Assim, aqui chegados, cumpre, então, averiguar se tal equiparação constitucional entre os trabalhadores da Administração Pública e os demais opera indiferenciadamente, no que se refere ao direito à segurança no emprego, ou, pelo contrário, a Constituição consente uma compressão específica desse direito ou o garante em medida superior ou diferente, quanto aos primeiros.

---

<sup>26</sup> Com efeito, nos trabalhos preparatórios da Constituição foi votada negativamente a proposta de expressa previsão da equiparação quanto a direitos fundamentais entre funcionários e agentes e os demais trabalhadores, mas radicada na convicção de que tal princípio não era questionado; porém, tendo o mesmo encontrado alguma resistência nalguma jurisprudência, fundada na ideia que se generalizara de que o funcionário é um trabalhador diferente, com menos direitos e mais deveres, achou-se por bem esclarecer a questão em 1982 (cfr. CAUPERS, João, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Coimbra: Almedina, 1985, pp. 83-89).

## 4 — O DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO PÚBLICO NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA

### 4.1. Admissibilidade dum direito à segurança no emprego em grau inferior

Esta primeira hipótese tem sido levantada a propósito das especiais exigências legais em matéria de constituição da relação de emprego público, designadamente quanto às condições e requisitos da sua validade, à forma de recrutamento e à taxatividade dos modos de vinculação.

Assim, pondo fim a longa controvérsia na doutrina e na jurisprudência, embora maioritariamente chegassem a semelhante solução, o Ac. do TC n.º 368/00, de 11 de Julho, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do art. 14.º, n.º 3, do DL n.º 427/89, de 7 de Dezembro, na interpretação segundo a qual os contratos de trabalho a termo celebrados pelo Estado se convertem em contratos de trabalho sem termo, uma vez ultrapassado o limite máximo de duração total fixado na lei geral sobre contratos de trabalho a termo, por violação do disposto no n.º 2 do art. 47.º da Constituição<sup>27</sup>, referindo-se que, ainda que se entendesse que semelhante conversão era imposta como regime indispensável para efectivar a segurança no emprego prescrita pelo art. 53.<sup>o28</sup>, tal não sucederia no domínio da relação jurídica de emprego público, pela necessidade de o compatibilizar com as exigências constitucionais relativas ao acesso aos empregos públicos, que tutelam interesses públicos superiormente relevantes, como a transparência, a imparcialidade e a igualdade.

Note-se que, nessa data, a solução do Acórdão já havia sido introduzida no diploma referido através do DL n.º 218/98, de 17 de Junho, e, tendo em conta os argumentos expendidos naquele, foi naturalmente mantida na Lei n.º 23/2004 e na Lei n.º 59/2008.

Deste modo, a proibição de conversão do contrato de trabalho a termo em contrato de trabalho sem termo, na Administração Pública, acabou por se consolidar pacificamente, dizendo Maria do Rosário Palma Ramalho e Pedro Madeira de Brito que “... o prolongamento no tempo das situações de

---

<sup>27</sup> Segundo o qual, relembra-se, “*todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso.*”

<sup>28</sup> O que o Acórdão nega, aliás, por referência aos argumentos antes usados no Ac. do TC n.º 683/99, segundo o qual “*o direito à segurança no emprego consagrado no artigo 53.º da Constituição não imporá, pois, necessariamente, mesmo para os trabalhadores com contrato a termo regulado pelo direito privado, a previsão de uma sanção da conversão destes contratos em contratos de trabalho sem termo, como único meio de garantir tal segurança.*” Concordando, vide MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa anotada*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 512-513; contra, FERNANDES (nota 11), p. 88, argumentando que, ao transformar-se um direito fundamental numa garantia meramente patrimonial, se amputa o mesmo da sua dimensão pessoal relacionada com o direito ao trabalho e à manutenção do emprego, além de que se restringem seriamente as garantias contra a sua violação.

*trabalho precário ou a violação de determinadas regras sobre contratação a termo não podem servir de fundamento para a constituição de vínculos definitivos na Administração Pública sem que se garantam o respeito do princípio da igualdade ou a regra do concurso aplicável à Função Pública em sentido amplo*<sup>29</sup>, embora aquela mesma autora diga noutro lugar que, com este regime, na medida em que redunde na eternização de relações laborais precárias, “... o Estado fornece o pior exemplo possível de empregador”<sup>30</sup>.

Também Francisco Liberal Fernandes chega a conclusão semelhante à da jurisprudência constitucional, embora entenda que o art. 47.º, n.º 2, não é aplicável ao caso, por visar exclusivamente as relações jurídicas de emprego sujeitas a uma disciplina de direito público, e que o aplicável é o art. 266.º, n.º 2, que para uma situação de recrutamento na modalidade de contrato de trabalho a termo se bastará com um procedimento que assegure igualdade e imparcialidade no tratamento dos candidatos. Assim, desde que este tenha sido observado, tal preceito não impõe nem proíbe a convertibilidade, que fica na disponibilidade do legislador ordinário. O que sucede é que este optou por estatuir que a relação de trabalho é nula quando subsiste para além do prazo estabelecido ou é constituída fora dos casos admitidos ou sem as formalidades indispensáveis, pelo que a verdadeira questão é a da análise do princípio da segurança no emprego nas relações que enfermem de nulidade. Assim, considerando que, nesta sede, o direito à segurança no emprego tem a sua aplicação centrada nos contratos a termo válidos, à luz dum âmbito de condições de celebração, renovação ou execução adequado ao figurino legal comum — o contrato de trabalho sem prazo —, o autor conclui que o contrato de trabalho a termo no sector público apresenta um sério défice de garantia da segurança no emprego, sendo, porém, duvidoso que assuma foros de inconstitucionalidade<sup>31</sup>.

Uma perspectiva semelhante poderia ser observada a propósito do Ac. do TC n.º 155/04, de 16 de Março, que apreciou preventivamente a constitucionalidade de normas do Decreto da Assembleia da República que aprovaria o regime jurídico do contrato individual de trabalho na Administração Pública — a Lei n.º 23/2004 —, uma vez que o mesmo se focaliza na análise do princípio da segurança no emprego no caso de situações de invalidade do contrato de trabalho. Nessa conformidade, o mesmo entendeu pronunciar-se pela inconstitucionalidade duma norma na parte em que determinava a nulidade do contrato de trabalho por falta de autorização do Ministro das Finanças quando o contrato envolvesse encargos com a remuneração global superiores aos que resultassem da aplicação de regulamentos internos ou de instrumentos de regulamentação colectiva, mas apenas na medida em que cominava a nulidade total do contrato, bem como da norma que cominava a

<sup>29</sup> Cfr. *op. cit.* (nota 9), p. 58.

<sup>30</sup> *Vide op. cit.* (nota 15), p. 458.

<sup>31</sup> Cfr. *op. cit.* (nota 11), pp. 76-95.

nulidade do contrato celebrado com falta de identificação da entidade autorizadora da contratação, em ambos os casos por violação do princípio da proporcionalidade, na medida em que aquela consequência radical se apresentava como desnecessária e excessiva em face do n.º 2 do art. 18.º, conjugado com o art. 53.º, ambos da Constituição. Mas, em contrapartida, entendeu não se pronunciar pela inconstitucionalidade das demais normas que determinam casos de nulidade do contrato de trabalho, por entender que não se verificam as alegadas violações dos princípios da proporcionalidade, da segurança jurídica, da protecção da confiança e da segurança no emprego, em virtude de se mostrarem adequadas e equilibradas em vista do fim prosseguido.

Na verdade, como salientam Maria do Rosário Palma Ramalho e Pedro Madeira de Brito, a exigência de forma no contrato de trabalho prossegue um de dois objectivos: ou legitimar a aplicação dum regime laboral especial, caso em que a sua omissão determina a aplicação do regime geral, por estarem somente em causa interesses dos trabalhadores; ou assegurar a necessária certeza jurídica ou outros interesses públicos, caso em que se exige que ao vício de forma corresponda a regra geral da nulidade, nos termos do art. 220.º do Código Civil, independentemente de quem lhe tenha dado causa. Ora, os contratos de trabalho com pessoas colectivas públicas devem ser reduzidos a escrito para garantir a necessária certeza quanto à sua existência e conteúdo, para observarem o princípio da legalidade imposto à Administração Pública pelo art. 266.º da Constituição e para não permitir a constituição de situações irregulares em resultado do exercício de trabalho subordinado sem formalização ou a coberto de contratos qualificados pelas partes como de prestação de serviços, pelo que estão inequivocamente em causa interesses públicos, que apenas podem ser assegurados com a previsão da nulidade do contrato quando seja preterida a forma legal<sup>32</sup>.

Conclui-se, assim, que a doutrina e a jurisprudência admitem consensualmente que as especificidades da relação jurídica de emprego público, em função do prosseguimento dos princípios da legalidade, igualdade e imparcialidade, bem como da subordinação ao interesse público, justificam restrições ao direito à segurança no emprego determinadas segundo critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade, sem prejuízo da salvaguarda do núcleo essencial daquele direito<sup>33</sup>.

Esta posição, todavia, não é equiparável ao reconhecimento de que os trabalhadores da Administração Pública gozam do direito à segurança no emprego em medida inferior à dos demais trabalhadores, uma vez que também estes devem suportar restrições a tal direito, nos termos do art. 18.º da

---

<sup>32</sup> Cfr. *op. cit.* (nota 9), pp. 43-44.

<sup>33</sup> Também admitindo tais limitações, *vide* CAUPERS (nota 26), pp. 89-90, e MIRANDA / MEDEIROS (nota 28), p. 503, salientando estes, todavia, que “[a] exclusiva subordinação dos funcionários e agentes ao interesse público não legitima, no plano constitucional, a configuração da relação de emprego público como uma relação especial de poder imune ou impermeável aos direitos fundamentais”.

Constituição, em atenção a outros direitos ou interesses constitucionalmente tutelados (v. g. a liberdade de iniciativa privada e de organização da empresa ou o direito à intimidade privada), e com algumas categorias deles isso sucede igualmente em condições menos vantajosas, como é o caso dos trabalhadores do serviço doméstico, dos praticantes desportivos ou dos trabalhadores com especiais funções de confiança contratados em comissão de serviço.

#### 4.2. Admissibilidade dum direito à segurança no emprego em grau superior

Esta hipótese tem sido abordada a propósito de diplomas relativos a vicissitudes várias da relação de emprego público, designadamente cessação e regimes de mobilidade.

Assim, no Ac. do TC n.º 154/86<sup>34</sup>, que se debruçou sobre a integração de funcionários em certas empresas, privando-os *ope legis* do estatuto do funcionalismo público, entendeu-se que, apesar de não haver privação de emprego, havia uma modificação substancial do regime da relação de emprego, com violação do princípio da protecção da confiança.

Pelo contrário, o Ac. do TC n.º 285/92, de 22 de Julho (que apreciou preventivamente a constitucionalidade de normas dum Decreto do Governo relativas à identificação de disponíveis, seu destino e submissão a medidas de transferência ou descongestionamento da função pública), entendeu não se pronunciar pela inconstitucionalidade duma norma que previa que se considerasse disponível o pessoal que se encontrasse de licença, no caso de serem extintos todos os lugares da respectiva categoria, nem duma norma que alterou o tempo de disponibilidade relevante para efeitos de aposentação obrigatória, por entender que não se verificava a alegada violação do princípio da protecção da confiança ínsito no princípio do Estado de Direito democrático, conjugado com o princípio da segurança no emprego, entendido aquele como a proibição de frustração de expectativas mediante uma mutação da ordem jurídica com que os destinatários, razoavelmente, não podem contar, e se tal não for ditado pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevaletes<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> *In Acórdãos do Tribunal Constitucional*, Vol. 7, I, p. 185. Os demais Acórdãos citados neste ponto 4 podem ser consultados em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>35</sup> Este mesmo aresto, todavia, pronunciou-se pela inconstitucionalidade duma norma sobre critérios de selecção de disponíveis, por violação dos princípios da determinabilidade da lei e da reserva de lei, ínsitos no princípio do Estado de direito democrático, decorrentes das disposições conjugadas dos arts. 2.º e 18.º, n.º 3, por referência ao art. 53.º, todos da CRP, na medida em que, por um lado, servindo-se de conceitos vagos e indeterminados, não possibilitava aos destinatários o seu conhecimento prévio e preciso, não fornecia à Administração um padrão objectivo de actuação e não conferia aos tribunais uma norma de controlo da conformidade legal de tal actuação, e, por outro lado e como redundância, conduzia ao reenvio para a Administração da função essencial de preenchimento do seu âmbito de previsão, em violação da competência exclusiva do legislador. Sobre este tipo de inconstitucionalidades orgâ-

Também o Ac. do TC n.º 233/97, sobre a cessação de contrato de funcionário do Sistema de Informações e Segurança, por mera conveniência de serviço e sem indemnização, se entendeu que, “... *embora a relação jurídica de emprego na Administração Pública tenha uma certa vocação para a vitaliciedade, (...) não existe (para quem aceda à função pública) uma garantia constitucional de exercer vitaliciamente as respectivas funções*”.

E, de modo semelhante, o Ac. do TC n.º 4/03, de 7 de Janeiro, decidiu não declarar a inconstitucionalidade de normas da Lei n.º 16-A/2002, de 31 de Maio (que autorizavam a implementação de esquemas jurídicos de reafectação, de flexibilização dos mecanismos de reclassificação e de reconversão, de redução progressiva do vencimento e de passagem obrigatória à situação de licença sem vencimento no caso de recusa injustificada da colocação oferecida), afirmando que as soluções em apreço são equiparáveis a outras previstas no direito laboral, no âmbito do *lay off*, e que “... *a nossa Constituição não afirma qualquer garantia de vitaliciedade do vínculo laboral da Função Pública. Os trabalhadores da Função Pública não beneficiam de um direito à segurança do emprego em medida diferente daquela em que tal direito é reconhecido aos trabalhadores em geral*”. O mesmo aresto concluiu ainda que aquelas soluções também não contendiam com o já aludido princípio da protecção da confiança, considerando as situações concretas para que estavam previstas e os interesses subjacentes às opções do legislador que as determinaram.

Maria Fernanda Palma votou vencida esse Acórdão, fazendo radicar a protecção da estabilidade no emprego público no princípio da protecção da confiança como emanção do Estado de direito democrático (art. 2.º da Constituição), dizendo que “... *apesar de não existir na Constituição garantia de que o emprego na Função Pública seja vitalício (...), não pode deixar de se considerar, na situação em apreço, que há uma tradição de estabilidade firmada ao longo de décadas. (...) Esta ‘estabilidade’ é, aliás, manifestação de uma certa credibilidade do Estado empregador e expressão do bom funcionamento de uma Administração Pública baseada na experiência dos seus funcionários (...). Uma tal tradição reflecte um valor de estabilidade do Estado de direito democrático nas sociedades modernas*”.

Ana Fernanda Neves invoca o Acórdão citado para sublinhar que o regime legal de cessação do vínculo de nomeação, em termos muito estritos, não decorre nem constitui uma imposição constitucional, e contrapõe aos argumentos de Maria Fernanda Palma que não existe qualquer convicção de juridicidade da referida tradição de estabilidade, antes sendo objecto de reiterado questionamento, e que a estabilidade invocada é também frequentemente tida como factor de descredibilidade e de um menor empenho dos funcionários públicos<sup>36</sup>.

---

nicas, aliás também abordadas nos Acs. do TC n.ºs 154/86 e 233/97, igualmente mencionados, cfr. FONSECA (nota 10), pp. 259-269.

<sup>36</sup> Vide *op. cit.* (nota 25), p. 110, designadamente nota 127.



Com fundamentos semelhantes aos da jurisprudência constitucional, Paulo Veiga e Moura defende que os princípios da proibição do retrocesso social e da protecção da confiança obstam a que alterações introduzidas na estrutura organizatório-funcional dos serviços possam violar os direitos adquiridos ou definitivamente consolidados dos trabalhadores, entendendo, contudo, que só assumem tal qualidade os direitos garantidos constitucionalmente, como seja o do art. 53.º da Constituição<sup>37</sup>. E considera ainda, precisamente, que a violação sistemática daqueles princípios, e, consequentemente, daquele direito, vem sendo operada pela progressiva laboralização do emprego público<sup>38</sup>.

Conclui-se, assim, que a generalidade da doutrina e da jurisprudência não reconhece que os trabalhadores da Administração Pública beneficiem, em termos constitucionais, dum direito à segurança no emprego em medida superior à dos restantes trabalhadores, embora, na análise de disposições legais relativas à modificação ou extinção da relação jurídica de emprego público, atendam nos termos gerais de direito constitucional à sua conformidade ao princípio geral da protecção da confiança ínsito no princípio do Estado de direito democrático (art. 2.º).

## 5 — APRECIÇÃO CRÍTICA E SOLUÇÃO ADOPTADA

Como se viu, a doutrina e a jurisprudência têm-se debruçado sobre a questão em apreço em torno apenas do art. 53.º da Constituição, afirmando ou pressupondo que inexistente qualquer disposição constitucional que assegure em especial a quaisquer trabalhadores da Administração Pública um direito à segurança no emprego em medida diversa da que protege os demais. Deste modo, dizem, o exercício daquele direito, nos termos gerais, pode ser restringido segundo os critérios do art. 18.º ou reforçado em atenção a circunstâncias concretas com o apelo a princípios constitucionais, como seja o da protecção da confiança ínsito no princípio do Estado de direito democrático (art. 2.º).

Num plano geral, concorda-se com tal entendimento. Com efeito, não se vislumbra fundamento constitucional para concluir que a generalidade dos trabalhadores da Administração Pública, por essa mera razão, goze do direito à segurança no emprego em medida diferente dos demais.

É ainda verdade que não se alcança da Constituição que imponha que os trabalhadores da Administração Pública estejam sujeitos a um regime de trabalho jus-administrativista ou jus-privatístico, com excepção dos que exerçam poderes de autoridade e soberania, que integram, assim, uma reserva

---

<sup>37</sup> Cfr. *op. cit.* (nota 24), pp. 249 e ss.

<sup>38</sup> Vide MOURA, Paulo Veiga e / ARRIMAR, Cátia, *Os novos regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública — comentário à Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 13, 27-28, 33 e 173-174.

constitucional de função pública em sentido estrito, e, *maxime*, subtraída à contratação em regime de direito privado, conforme decorre do seu art. 15.º e do art. 39.º, n.º 4, do Tratado da União Europeia, tal como tem sido interpretado pelo Tribunal de Justiça.

Mas, em nosso entender, o específico direito à estabilidade que há décadas e mesmo séculos vem sendo garantido pela lei a tais funcionários públicos vinculados na modalidade de nomeação, por razões justificadas e não meramente arbitrárias ou acidentais, merece acolhimento no sistema constitucional de direitos fundamentais pela via do n.º 1 do art. 16.º da Constituição da República Portuguesa.

Esta disposição da Constituição formal — nos termos da qual os direitos fundamentais ali consagrados não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional — consagra uma cláusula aberta ou de não tipicidade, ou, doutro prisma, uma noção material de direitos fundamentais, derivada do princípio da liberdade contraposto ao princípio da competência enquanto emanação da ideia da dignidade da pessoa humana como realidade prévia à fixação normativa do Estado e dos seus órgãos (art. 1.º da Constituição). Significa isto que há direitos fundamentais com assento na lei ou no direito internacional que usufruem de eficácia normativa constitucional por vontade expressa da própria Constituição<sup>39</sup>.

Assim, a determinação da relevância jusconstitucional dum direito previsto na lei ou no direito internacional depende da sua subsunção ao conceito abstracto de direito fundamental em sentido material, devendo concluir-se pela presença em concreto dos seus elementos constitutivos. Para tanto, têm sido propostos critérios vários, como o da inviolabilidade ou dignidade da pessoa humana, o da *analogia legis*, o da *analogia iuris*<sup>40</sup> ou o da ideia de Constituição material<sup>41</sup>, parecendo-nos que este último é o mais adequado e útil, porque aglomera e unifica todos os demais. Importante será também considerar, em termos operativos, que a cláusula aberta terá pretendido conferir rele-

---

<sup>39</sup> Sobre a problemática da cláusula do art. 16.º, n.º 1, da Constituição, vide CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 317-319 e 365-369; CAUPERS (nota 26), pp. 118-142; COSTA, José Manuel M. Cardoso da, «A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 396, 1990, pp. 5-27; GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Os direitos fundamentais atípicos*, Lisboa: Aequitas, 1995; MIRANDA, Jorge, «A abertura constitucional a novos direitos fundamentais», in (org. Profs. Doutores Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque) *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Gomes da Silva*, Lisboa: FDUL, 2001, pp. 559-572; MIRANDA / MEDEIROS (nota 28), pp. 137-140; MOREIRA, Isabel, «Por uma leitura fechada e integrada da cláusula aberta dos direitos fundamentais», in (org. Profs. Doutores Menezes Cordeiro, Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. V, Coimbra: Almedina, 2003, pp. 113-153; OTERO, Paulo, «Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais», in *Ab uno ad omnes — 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 1061-1090.

<sup>40</sup> Cfr. GOUVEIA (nota 39), pp. 402 e ss.

<sup>41</sup> Vide MIRANDA (nota 39), pp. 559 e ss.

vância especial ao decurso do tempo e prática aplicativa pacífica das normas legais ou de direito internacional que prevejam direitos<sup>42</sup>.

Deste modo, no domínio particular dos direitos fundamentais dos trabalhadores, revestirão tal natureza em termos materiais os que sejam essenciais para atingir os fins prosseguidos pela República Portuguesa, estabelecidos, designadamente, nos arts. 1.º, 2.º e 9.º da Constituição, através dos meios que a mesma eleger para o efeito, enunciados no art. 80.º Terão, assim, interesse fundamental para os trabalhadores, conforme se alcança igualmente das concretizações feitas na Constituição formal, a sobrevivência através do trabalho ou, na impossibilidade de o prestar ou obter, à custa da solidariedade social (art. 53.º e al. e) do n.º 1 do art. 59.º), a protecção das condições de trabalho (art. 59.º, n.º 1, als. c), d) e e), e n.º 2, al. c), e al. a) do art. 81.º) e a autonomia colectiva (arts. 54.º e ss.). Em suma, “[p]orque os direitos dos trabalhadores que visam garantir estes três objectivos se afiguram essenciais no quadro da constituição económica, tendo sobretudo em consideração o relevo do trabalho, à luz das finalidades mais relevantes que a lei fundamental aponta ao Estado, consideramos direitos fundamentais dos trabalhadores em sentido material aqueles que nelas se incluem, estejam previstos nas leis ou em normas de direito internacional, quer apresentem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, quer não”<sup>43</sup>.

Conforme se expôs acima, a ideia de estabilidade ao nível dos agentes do Estado surgiu como factor de garantia de permanência e funcionamento ao serviço exclusivo do interesse geral, e assim, necessariamente, de salvaguarda pessoal dos mesmos relativamente às flutuações políticas e governativas. Considerando essa finalidade específica de protecção dos interesses pessoais dos funcionários como condição indispensável da sustentabilidade do exercício isento e independente da profissão, o estatuto legal que os acolhe deve ser respeitado pelo legislador, sob pena de subversão do próprio instituto. Por isso se entende que o direito à estabilidade — consubstanciado na taxatividade e restrição das causas de cessação do vínculo, com relevância reduzida da vontade da administração — se adquire imediatamente quando o funcionário é provido por nomeação definitiva (“direito ao lugar”)<sup>44</sup>.

Verifica-se, pois, que o direito à estabilidade dos funcionários públicos vinculados por nomeação reveste todos os elementos constitutivos dum direito fundamental com relevância constitucional nos termos do art. 16.º, n.º 1, da Constituição: vem sendo reconhecido há décadas e mesmo séculos, por sucessivas leis tal como estão qualificadas pelos arts. 112.º, n.º 1, e 290.º, n.º 2, tem inerente um sentido de essencialidade ao exercício sustentável das funções públicas e, mais, de uma certa prevalência sobre o próprio legislador como condição da coerência do instituto em si mesmo.

<sup>42</sup> Neste sentido, OTERO (nota 39), p. 1087.

<sup>43</sup> Cfr. CAUPERS (nota 26), pp. 134-136.

<sup>44</sup> Veja-se, de novo, CAETANO (nota 4), pp. 754-761.

Não significa isto que a configuração em concreto de tal direito seja imutável, uma vez que, “quando se afirma que este ou aquele direito dos trabalhadores previsto em leis ordinárias ou em convenções internacionais tem carácter fundamental, se está a pensar mais na qualidade do que na quantidade da protecção oferecida”<sup>45</sup>. O mesmo se observa, aliás, com os próprios direitos fundamentais com assento na Constituição formal, desde logo com o art. 53.º, como decorre da evolução interpretativa que o mesmo tem sofrido quanto ao sentido de *justa causa*, em sede de Tribunal Constitucional<sup>46</sup>. Na verdade, mesmo no que toca aos direitos, liberdades e garantias — como é o caso do direito à segurança no emprego —, ou aos direitos fundamentais de natureza análoga (art. 17.º), tenham ou não assento formal na Constituição — como é o caso do direito à estabilidade no emprego público na modalidade de nomeação —, a sua aplicabilidade directa e eficácia dispositiva não significam que se possa prescindir duma “concretização jurídico-interpretativa”, de índole judicial, permitida pela tradição cultural sedimentada subjacente aos direitos em causa, a qual fornece ao juiz uma suficiente base heterónoma e objectiva de decisão<sup>47</sup>. Ora, o que é importante é que em tal concretização se salvaguarde o núcleo material essencial de cada direito, de modo a não retirar ou subverter a identidade própria de cada um (ou, noutras palavras, de modo a não operar, explícita ou implicitamente, uma modificação substancial da posição jurídica do seu titular — cfr. o Ac. do TC n.º 154/86)<sup>48</sup>.

Deste modo, o que não pode aceitar-se é que se trate igualmente o que é desigual, sob a proclamação não fundamentada de que “os trabalhadores da Função Pública não beneficiam de um direito à segurança do emprego em medida diferente daquela em que tal direito é reconhecido aos trabalhadores em geral” (cfr. o Ac. do TC n.º 4/03), quando, na nossa modesta opinião, é o contrário que resulta da realidade social e da ordem jurídica de séculos, e com uma relevância constitucional que se impõe de tal modo que o próprio

---

<sup>45</sup> Vide CAUPERS (nota 26), p. 142.

<sup>46</sup> Cfr. MARTINEZ, Pedro Romano, «A Constituição de 1976 e o Direito do Trabalho», in *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976 — evolução constitucional e perspectivas futuras*, Lisboa: AAFDL, 2001, p. 185, o qual sublinha a inevitabilidade da evolução dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais e a utopia da ideia de irreversibilidade.

<sup>47</sup> Vide COSTA (nota 39), p. 11.

<sup>48</sup> Parece ter sido esse o critério subjacente ao art. 88.º, n.º 4, da Lei n.º 12-A/2008, ao estabelecer que os actuais trabalhadores com nomeação definitiva, que exerçam funções em condições diferentes das referidas no art. 10.º, apesar de transitarem sem outras formalidades para a modalidade de contrato por tempo indeterminado, mantêm os regimes de cessação da relação jurídica de emprego público e de reorganização de serviços e colocação de pessoal em situação de mobilidade especial próprios da nomeação definitiva. Ainda assim, o preceito é de duvidosa constitucionalidade, mas pela simples razão de que pretende modificar, por lei, um vínculo estatutário num vínculo contratual, quando este, por natureza, exige o concurso de vontades das partes. Assim, a única interpretação admissível é a de que os referidos trabalhadores se mantêm vinculados na modalidade de nomeação, mas submetidos a um regime próprio que, com excepção das aludidas matérias que salvaguardam a manutenção da identidade do instituto, é o do contrato de trabalho por tempo indeterminado.

legislador não se tem atrevido, no essencial, a desrespeitá-la<sup>49</sup>. Assim se refutam, também, os argumentos de Ana Fernanda Neves — de inexistência de convicção de juridicidade da tradição de estabilidade e de reiterado questionamento da mesma, designadamente por ser tida como factor de descredibilidade e de um menor empenho dos funcionários públicos —, na medida em que aquela apenas poderá referir-se à Constituição formal, mas não à lei com relevância na Constituição material, e o questionamento dos direitos, fundamentais ou não, com ou sem assento na Constituição formal, é uma constante sem consequências para a respectiva eficácia, sendo um dos mais polémicos, precisamente, o direito à segurança no emprego com a amplitude com que tem sido entendido à luz do art. 53.º da Constituição.

Conforme resulta das opiniões expostas, o lugar próprio do direito à estabilidade assim configurado é o do exercício das funções públicas de autoridade e soberania, que determinaram o seu surgimento em tempos idos e a sua manutenção ao longo dos tempos e até aos dias de hoje, no âmbito da reserva constitucional de função pública em sentido estrito. Na verdade, atenta a sua origem, finalidade e alcance, não se vislumbra fundamento substancial para estender tal garantia a trabalhadores da Administração Pública que exercem funções predominantemente técnicas, em condições semelhantes às que poderiam exercer (e por vezes exercem) no sector privado, da mesma maneira que — como se disse — não se vê fundamento para os sujeitar a um regime de emprego marcadamente administrativista.

Todavia, e embora a Lei n.º 12-A/2008 venha agora fazer uma inversão, separando as águas, o que é certo é que não foi esse o caminho seguido durante décadas, tendo o legislador optado por sujeitar também ao regime da nomeação muitos trabalhadores relativamente aos quais não existia essa imposição constitucional. Ora, *sibi imputet*: se a tais trabalhadores foi atribuído um estatuto, um *estado*, que por natureza significa a aquisição imediata, com a nomeação definitiva, dum direito à estabilidade consubstanciado na taxatividade e restrição das causas de cessação do vínculo, deve o legislador respeitar no essencial as consequências da opção que fez. Por isso se concorda, basicamente, com a solução material (embora não com a formal) do regime transitório estabelecido no art. 88.º, n.º 4, desse diploma (cfr. a nota n.º 48).

---

<sup>49</sup> Como refere GOUVEIA (nota 39), p. 382, a propósito do uso que o Tribunal Constitucional faz do art. 16.º, n.º 1, da Constituição, é uma “*decepção tanto quantitativa como qualitativa: não são apenas os poucos casos que têm sido vistos à luz deste artigo, em contraste com a larga experiência de outros tribunais estrangeiros; é também o pouco interesse que o assunto tem merecido, que se demonstra pela escassa fundamentação das soluções preconizadas*”. Ainda assim, um dos casos que chegou a ser abordado foi o do direito à constituição de comissões de trabalhadores na Função Pública, considerando que o art. 54.º da Constituição só refere as que se formem em empresas (Ac. do TC n.º 22/86), e que é um dos exemplos de direitos fundamentais dos trabalhadores fora do texto da Constituição que a generalidade dos autores dá. São ainda mencionados como tal os direitos do arguido em processo disciplinar do trabalho e o direito do trabalhador à manutenção da categoria profissional, v. g. por MIRANDA (nota 39), p. 569.

Para finalizar, dir-se-á que não se ignora que a solução da questão inicialmente colocada, através do reconhecimento dum direito à estabilidade no emprego público na modalidade de nomeação, dá origem a uma série de outros problemas, porventura ainda mais complexos, relacionados com a aplicabilidade a tal direito com origem na lei de um regime — o dos direitos, liberdades e garantias — que parece só fazer sentido no plano dos direitos fundamentais constantes da Constituição formal. Trata-se, todavia, de problemas de teoria geral do direito constitucional, que se colocarão sempre que se reconheça — como a Constituição supõe que se faça — a existência dum direito fundamental sem assento no seu texto. Ainda assim, invocando as palavras de Jorge Miranda, sempre se dirá que, “[p]or menos exigente que se seja quanto à medida em que o regime constitucional é aplicável aos direitos análogos de origem legal, sempre restará como um mínimo irremissível a proibição de restrições injustificadas ou desproporcionadas”<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Vide *op. cit.* (nota 39), p. 565.