

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**FACULDADE DE DIREITO**



**O DIREITO DISCIPLINAR DA FUNÇÃO PÚBLICA**

**Volume I**

**Ana Fernanda Neves**

**Dissertação de Doutoramento  
Ciências Jurídico-Políticas**

**Docente / Orientador: Professor Doutor Paulo Otero**

**Lisboa**

**2007**



**O DIREITO DISCIPLINAR  
DA  
FUNÇÃO PÚBLICA**

**Volume I**



## **Agradecimentos**

Agradeço ao Senhor Professor Doutor Paulo Otero a disponibilidade e a inestimável orientação e preciosa ajuda com que pude contar na elaboração da presente dissertação.

Agradeço aos meus irmãos Lena e Filipe toda a dedicação e a inexcedível ajuda que me deram na parte mais difícil do trabalho.

Agradeço ainda ao Jorge pelo que ensinou.

Mais agradeço à Maria Elisa Morgado todo o apoio.



## ABREVIATURAS

|             |                                                                                     |
|-------------|-------------------------------------------------------------------------------------|
| AAFDL       | Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa                              |
| Ac.         | Acórdão                                                                             |
| AD          | Acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo                              |
| AJDA        | Actualité juridique - Droit administratif                                           |
| ATC         | Auto del Tribunal Constitucional                                                    |
| BFDUC       | Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra                          |
| BFDUL       | Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa                           |
| BMJ         | Boletim do Ministério da Justiça                                                    |
| Bul. Crim.  | Bulletin criminel de la Cour de Cassation                                           |
| BOE         | Boletín Oficial del Estado                                                          |
| BVerfGE     | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts                                        |
| Cass. crim. | Chambre criminelle de la cour de cassation                                          |
| CC          | Código Civil                                                                        |
| CE          | Conseil d'État                                                                      |
| CEDH        | Convenção Europeia para a protecção dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais |
| CJA         | Cadernos de Justiça Administrativa                                                  |
| CPA         | Código de Procedimento Administrativo                                               |
| CPC         | Código de Processo Civil                                                            |
| CPP         | Código de Processo Penal                                                            |
| CPTA        | Código de Processo nos Tribunais Administrativos                                    |
| CRP         | Constituição da República Portuguesa                                                |
| DAC         | Diário da Assembleia Constituinte                                                   |
| DAR         | Diário da Assembleia da República                                                   |
| DJAP        | Dicionário Jurídico da Administração Pública                                        |
| d.p.r.      | Decreto del Presidente della Repubblica                                             |
| DR          | Diário da República                                                                 |
| ED          | Estatuto Disciplinar                                                                |
| Gazz. Uff   | Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana                                        |
| IGAI        | Inspecção-Geral da Administração Interna                                            |
| INA         | Instituto Nacional de Administração                                                 |
| INCM        | Imprensa Nacional Casa da Moeda                                                     |
| LAL         | Lei das Autarquias Locais                                                           |
| LAU         | Lei da Autonomia Universitária                                                      |
| PGR         | Procuradoria-Geral da República                                                     |
| PL          | Proposta de Lei                                                                     |
| RC          | Revisão Constitucional                                                              |
| RD/PSP      | Regulamento Disciplinar da Polícia de Segurança Pública                             |
| RLJ         | Revista de Legislação e de Jurisprudência                                           |
| RMP         | Revista do Ministério Público                                                       |
| STA         | Supremo Tribunal Administrativo                                                     |
| RTDP        | Rivista trimestrale di diritto pubblico                                             |
| STJ         | Supremo Tribunal de Justiça                                                         |
| STC         | Sentencia del Tribunal Constitucional español                                       |
| STS         | Sentencia del Tribunal Supremo                                                      |
| TAR         | Tribunal amministrativo regionale                                                   |
| TC          | Tribunal Constitucional                                                             |
| TCA         | Tribunal Central Administrativo                                                     |
| TCE         | Tratado da Comunidade Europeia                                                      |
| TJCE        | Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias                                       |





# **ÍNDICE GERAL**

## **Volume I**

### **Introdução**

**§ 1 – Nota prévia**

**§ 2 – Delimitação do objecto**

**§ 3 – Metodologia e objectivos**

**§ 4 – Plano de trabalho**

### **Capítulo I – O conceito de Direito disciplinar da função pública**

**Secção I – Delimitação negativa**

**Secção II – O Direito disciplinar da função pública**

## **Volume II**

### **Capítulo II – O exercício do poder disciplinar**

**Secção I – O poder disciplinar**

**Secção II – Os limites do poder disciplinar**

**Secção III – O procedimento disciplinar**

**Secção IV – As sanções disciplinares**

**Secção V – As garantias de controlo**

### **Capítulo III – A natureza da actividade disciplinar do empregador público e o princípio da separação de poderes**

**Secção I – O princípio da separação de poderes**

**Secção II – A natureza jurídica da actividade disciplinar**



## **Introdução**

§ 1 – Nota prévia

§ 2 – Delimitação do objecto

§ 3 – Metodologia e objectivos

§ 4 – Plano de trabalho

## Introdução

### § I – Nota prévia

1. A relação jurídica de emprego público<sup>1</sup> é um dos domínios do Direito Administrativo menos estudado enquanto subsistema<sup>2</sup>. Talvez se deva dizer igualmente pouco sedimentado. A tal não é alheia a sua juventude cronológica: a constituição de uma “burocracia profissional” é contemporânea (e contribuinte) da formação do Estado moderno<sup>3</sup>, um dos seus fundamentos<sup>4</sup>; é, contudo, no século XIX que se entende que o emprego público nasce como instituto jurídico<sup>5</sup>. Antes, os que trabalhavam nos ofícios públicos eram prestadores de serviço; “est[avam] ligados por relações de direito privado comum ou de direito privado especial – “mandato, representação ou delegação” – à coroa, ou ao ofício (quando este é objecto de concessão) ou directamente ao titular do mesmo,

---

<sup>1</sup>. A locução relação jurídica de emprego público tem hoje maiores virtualidades técnicas do que a expressão função pública. Por um lado, porque esta última é frequentemente conotada como abrangendo apenas parte das relações de trabalho na Administração Pública; e, por outro lado, porque a percepção legislativa, jurisprudencial e dogmática é, como deve ser, a “percepção laboral”, a do estudo das relações jurídicas de trabalho estabelecidas com uma pessoa colectiva pública e não o da relação de um sujeito, que juridicamente se dilui, ao serviço de um superior hierárquico ou da comunidade abstractamente considerada. Assim, sem abandonar a locução função pública, muito enraizada nos discursos jurídicos e não jurídicos vários, a nossa preferência vai para a locução relação jurídica de emprego público.

<sup>2</sup>. Entre nós, no entanto, até ao Manual de Direito Administrativo (cuja 1.ª edição é de 1937), a “matéria dos agentes e funcionários foi sempre (...) uma das mais tratadas pelos administrativistas” no conjunto das matérias objecto da atenção do Direito Administrativo. Cfr. Freitas do Amaral, “Marcello Caetano: o grande construtor do Direito Administrativo português”, in Estudos em Homenagem ao Professor Marcello Caetano, No Centenário do seu Nascimento, Volume I, FDUL, Coimbra Editora, Novembro de 2006, p. 329.

<sup>3</sup>. Diz Max Weber “não só os germens da formação dos Estados ‘modernos’ na Idade Média surgiram em todas as partes com o desenvolvimento das organizações burocráticas, mas também foram as formas políticas burocraticamente mais desenvolvidas as que, finalmente, desagregaram aqueles conglomerados essencialmente baseados num estado de equilíbrio instável” (Economía Y Sociedad, IV, Fondo de Cultura Económica, México, p. 99). Como refere García Pelayo, “o nascimento do Estado Moderno, ou do Estado sem adjectivação, e da burocracia ocidental são termos correlativos” (*apud* Función Pública y Poder Disciplinario del Estado, Federico Castillo Blanco, Cemci (Centro de Estudios Municipales Y de Coordinación Interprovincial), editorial Civitas, 1992, p. 161). Ainda, Alexis de Tocqueville, O Antigo Regime e a Revolução, Fragmentos, 1989, p. 33, § 3, p. 42, § 3, p. 47, § 4, p. 48, § 1 e 3, p. 72, § 6, p. 93, Brigitte Basdevant-Gaudemet, “Puissance publique et Fonction publique chez Charles Loyseau”, Revue historique de droit français et étranger, n.º 3, juillet-septembre 2002, pp.285 e 286, e Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, A Função Pública Portuguesa. Estatuto Novo ou Nova Política?, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Lisboa, 1996, Separata da revista n.º 122, 1969, p. 102 (referindo-se à juventude do direito da função pública).

<sup>4</sup>. Mencionando o exemplo da República de Veneza, Ivone Cacciavillani assinala que se “assentava numa efficientíssima “burocracia”, o verdadeiro fundamento do assetto estatal”. Cfr. Il Diritto Disciplinare, Cedam, 1994, Padova, p. 62, nota 3.

caso em que, efectiva e juridicamente, a relação se estabelece entre privados”<sup>6</sup>. Tirando este último caso, na medida em que se reconhece a existência de trabalhadores ao serviço de estruturas públicas, apesar da sua conformação privatística, esboça-se a existência de emprego público. Não é, no entanto, ainda o emprego público (a individualidade) das coordenadas com que se tece nos «Estados demo-representativos», ou seja, as da inserção orgânica/organizacional, imparcialidade, continuidade, estabilidade, competência técnica, da igualdade, designadamente, no acesso<sup>7</sup>.

A juventude é também conceptual<sup>8</sup>. Pelo *continuum* do espraído do seu *corpus* (normativo); pela prolixa e avulsa produção normativa, os vários títulos ou formas de conformação jurídica das relações de trabalho na Administração Pública e o número ainda maior de regimes jurídicos correspondentes. E pela manifestação e «chamamento assistémico», pelos operadores jurídicos, ao terreno do emprego público, de normas e institutos, principalmente, do Direito civil, do Direito penal e do Direito do trabalho.

Sob influência destes, da sua filiação histórica, e num contexto de atracção do Direito administrativo pelo Direito privado, e também de «parificação» do Direito administrativo<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup>. Massimo Severo Giannini, “Impiego Pubblico”, Enciclopedia del Diritto, XX, Giuffrè Editore, p. 293.

<sup>6</sup>. Massimo Severo Giannini, “Impiego Pubblico”, Enciclopedia del Diritto, XX, Giuffrè Editore, p. 294, Miguel Sánchez Morón, “El régimen jurídico del personal al servicio de la Administración Pública (Régimen estatutario y laboralización)”, in Derecho Público e Derecho Privado en la Actuación de la Administración Pública, Institut d’Estudis Autònoms, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 71, Le Droit Public de l’Empire Allemand, Bibliothèque Internationale de Droit Public, Paris, V. Gland & Brière, 1901, cit., pp. 114 e 115, e “Ordenações do Senhor Rei D. Manuel”, Livro II, Coimbra, Real Imprensa da Universidade, Ano de 1797, edição da Fundação Calouste Gulbenkian, reprodução «fac-simile»; v. g., pp. 120 e 121.

<sup>7</sup>. Massimo Severo Giannini, “Impiego Pubblico”, cit., p. 295.

Permanece actual a referência, em 1955, de Vítor Manuel Lopes Dias (em anotação ao artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 32.659, de 9 de Fevereiro de 1943 (que aprovou o estatuto disciplinar dos funcionários civis do Estado) ao “conceito de direito disciplinar [como um conceito que] está ainda em elaboração na doutrina e jurisprudência, que através de uma actividade constante caminham para a sua determinação” (Regime Disciplinar dos Funcionários Civis e Administrativos, edição do autor, depositário Coimbra Editora, Lda., p. 7).

<sup>8</sup>. A lentidão da sua maturação subsiste à da própria ciência do direito administrativo em Portugal. Sobre a evolução deste, ver Maria da Glória Ferreira Dias Garcia, Da Justiça Administrativa, Sua origem e evolução, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1994, pp. 581 a 588.

<sup>9</sup>. “As relações entre administração e administrados são desde então concebidas sobre um modelo bem menos inigualitário, numerosas prerrogativas da administração são então contestadas e progressivamente limitadas, os administrados transformam-se em cidadãos” - Fabrice Melleray, “L’exorbitance du droit administratif en question(s)”, in AJDA, de 3 de Novembro de 2003, p. 1963 (também, p. 1964). Ver, também, “Regard sur les évolutions du droit administratif italien. A propos du Traité de droit administratif dirigé par

e, noutra feita, marcado por preocupações garantísticas, duas concepções se fazem presentes no emprego público. Fundamentalmente, são construídas duas identidades ou continuidades: a identidade do género relação jurídica de emprego e, no que respeita à punição disciplinar, a identidade com o «complexo sancionatório» jurídico-penal.

A primeira conceptualiza (privatisticamente) a relação de emprego sem espécie ou especificidade: conotando a relação jurídica de emprego público como uma relação jurídica estatutária estrita, faz a desconstrução desta, para pôr de pé ou afirmar a existência apenas do género relação jurídica de trabalho, dando-lhe, porém, uma “matriz privada” e não a qualidade de um «modelo jurídico» que toma «feito» (ou não) em «objectos» (em natureza, postos ou constituídos<sup>10</sup>) distintos<sup>11</sup>.

A segunda pensa o «universo disciplinar» da relação jurídica de emprego público como participando da identidade de natureza com o «universo penal» e, portanto, com referência aos princípios e às garantias materiais e processuais do Direito Penal e Processual Penal<sup>12</sup>.

2. Etimologicamente derivado do latim *discere* (aprender; daí o *discipulus*), o vocábulo disciplina assume os significados gerais de complexo de regras ordenadoras de certo “objecto de conhecimento ou actividade”, o de *habitus* ordenador, de direcção do comportamento<sup>13</sup> e o de “conjunto de leis ou ordens que regem certas colectividades”<sup>14</sup> e “a relação de um indivíduo nas suas relações com outros indivíduos”<sup>15</sup>.

---

Sabino Cassese”, de Delphine Costa, AJDA, n.º 37/2004, de 1 de Novembro de 2004, p. 2031.

<sup>10</sup>. Os objectos do Direito mais do que dados parecem ser constituídos ou postos pela cultura, pensamento e política jurídicas. Sobre o problema no que respeita à “formação dos conceitos da hipótese legal”, ver Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, tradução de Baptista Machado, do original alemão *Einführung in das Juristische Denken*, Lisboa, s/data, p. 29.

<sup>11</sup>. Sobre as relações entre o Direito administrativo e o Direito privado e os “arquétipos jurídicos”, digamos, “neutros”, ver Afonso Queiró, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 1976, pp. 184 a 191, *maxime*, pp. 189 e 190.

<sup>12</sup>. “Não existe uma natureza distinta, mas a intervenção de um sujeito específico, a Administração, para modelar a aplicação dos princípios penais ao Direito Administrativo sancionador” (p. 47), pelo que não há “nenhuma possibilidade de tentar justificar uns pressupostos princípios substantivos” do mesmo (p.45) - García de Enterría. Cfr. *Función Publica y Poder Disciplinario del Estado*, Federico Castillo Blanco, Cemci; ver também Adolfo Merkl, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editorial Comares, S. L., 2004, Granada, tradução espanhola do original de 1927, edição ao cuidado de José Luis Monereo Pérez, pp. 348, 349 e 351. Embora não reconheça uma diferença de natureza, admite que a sua formulação legal diferenciada se justifique atendendo aos “diversos fins prosseguidos” e à escolha legislativa por “vias processuais distintas” (p. 359).

<sup>13</sup>. Guido Landi, “Disciplina” (*Diritto Pubblico*), in *Enciclopedia del Diritto*, XII, Giuffrè Editore, p. 17.

A disciplina é sempre relacional e, as mais das vezes, organizacional ou «grupal». A intersubjectividade resulta do facto de, de um lado, haver um sujeito sobre quem impende respeitá-la e, do outro, existir um sujeito que pretende a respectiva observância, sejam autónomos ou heterónomos os interesses desse pretender. A dimensão relacional aparece, frequentemente, enquadrada pela dimensão organizacional: é “uma exigência para a harmonia e o adequado funcionamento de qualquer grupo minimamente organizado”<sup>16</sup>, delimita ou define a “deverosidade que liga uma pessoa física a uma instituição”, a qual “não implica necessariamente uma subordinação jurídica, sequer hierárquica, para com a instituição ou pessoa que juridicamente a personaliza”<sup>17</sup>. Mas pressupõe, como se verifica, uma relação jurídica que assessoria e garante e/ou uma relação institucional (“a inserção de uma pessoa física numa instituição”)<sup>18</sup>. É um instrumento de garantia das suas finalidades (ambas as «relações»).

Apenas mediatamente pode relevar para a explicação do seu fundamento e finalidade o “ordenado funcionamento da organização”<sup>19</sup>. É que a relação disciplinar pode não ter um enquadramento organizacional e, mesmo quando este existe, não consuma a razão de ser da disciplina. A prová-lo está o facto de a mesma não aparecer com a mesma *facies* (ou «incolor») nos múltiplos «universos» onde se faz presente.

Quando se fala de disciplina relativamente à relação jurídica de emprego público um duplo aspecto delimitador se faz presente: o aspecto relacional e o aspecto funcional-institucional.

---

<sup>14</sup>. Grande Dicionário da Língua Portuguesa, Coordenação de José Pedro Machado, Vol. IV, Amigos do Livro Editores, 1981, p. 268.

Compreende a “ordenação... de todas as situações... em que só de uma verdadeira e rigorosa ordem [pode]... resultar a satisfação ou a realização de fins colectivos” - Vítor António Duarte Faveiro, “Esquema de uma teoria geral da infracção disciplinar”, in Ciência e Técnica Fiscal, Boletim da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Série A, 2.º Semestre de 1961, n.ºs 31 a 36, p. 854.

<sup>15</sup>. Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos (Fundamentos y regulación sustantiva), editorial Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 27.

<sup>16</sup>. Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, cit., p. 27.

<sup>17</sup>. Salvatore Terranova, Il Rapporto di Pubblico Impiego, Milano - Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, p. 199, e Jean-Michel de Forges, Droit de la fonction publique, P.U.F., 1986, p. 167 (: “Toda a instituição, publica, como privada, submete os seus membros a um regime disciplinar.”).

<sup>18</sup>. Salvatore Terranova, Il Rapporto di Pubblico Impiego, cit., pp. 201 e 202.

<sup>19</sup>. Em sentido diverso se pronuncia Belén Marina Jalvo, para quem “o bem jurídico protegido pela disciplina” é “o ordenado funcionamento da organização” e a pressuposta “coesão interna”, embora reconheça que “em última instância” sirva para “alcançar os fins assinalados “ à organização” - Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, cit., pp. 28 e 29.

Por um lado, a disciplina vai referida a uma “relação intersubjectiva, entre um sujeito que pretende a observância de uma regra e um outro que está obrigado a respeitá-la: ... existe uma situação jurídica activa, o poder disciplinar, e uma situação jurídica passiva, a sujeição ou responsabilidade disciplinar”; “o fenómeno disciplinar interessa” e analisa-se “enquanto relação disciplinar, entre sujeitos activos e passivos da disciplina”<sup>20</sup>.

O poder disciplinar é o poder de «actuar» a disciplina. O sujeito activo exerce um poder funcional e não um direito: “age não em razão de um interesse próprio, mas para um interesse público cuja prossecução lhe foi conferida por uma norma jurídica”<sup>21</sup>. O interesse público é o interesse imediato da garantia da operacionalidade da relação jurídica de emprego público: a relação jurídica disciplinar subjaz àquela em potência, como seu garante, qual “alter ego”, na procura de uma maior racionalidade da actividade administrativa e do reforço dos direitos fundamentais, seja dos trabalhadores públicos, seja dos próprios cidadãos administrados (interesse público mediato e precípua).

3. A disciplina é própria de instituições como, por exemplo, as forças armadas, as prisões, a escola. Surge aqui como a diferença específica da relação jurídico-administrativa entre a instituição e o particular.

A disciplina pode também surgir sob a forma de auto-regulação do exercício de certas profissões. Temos aqui o modelo das associações públicas e, em particular, das ordens profissionais.

A «disciplina» surge também como forma de regulação estadual de certos sectores ou esferas da vida económico e social<sup>22</sup>. É o caso da regulação do mercado de valores mobiliários, da concorrência, do mercado de energia eléctrica, dos audiovisuais<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup>. Guido Landi, “Disciplina” (Diritto Pubblico), in *Enciclopedia del Diritto*, XII, Giuffrè Editore, p. 18.

<sup>21</sup>. Guido Landi, “Disciplina” (Diritto Pubblico), cit., p. 20.

<sup>22</sup>. A palavra «disciplina», aplicada à referida regulação estadual, ainda que assente no princípio da legitimidade técnica ou meritocrática, de esferas da vida social e económica, aparece aqui num sentido impróprio, porque, em Estado de Direito, não há que impor uma disciplina numa actividade de raiz de não pública. A regulação tem que ter um valor ou título jurídico-constitucional preponderante para intervir em áreas que são áreas de liberdade.

<sup>23</sup>. Joëlle Pralus-Dupuy, “Les tendances contemporaines de la répression disciplinaire”, *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, n.º 3, Jul.-Sept., 2000, pp. 545 a 550. A extensão do domínio da «repressão disciplinar» consequenciou a aplicação de sanções a pessoas colectivas, o acréscimo de sanções pecuniárias e da intervenção pública na regulação do exercício do poder disciplinar (idem, pp. 545 a 552).

A multiplicação das autoridades administrativas independentes fez ressurgir, em França, o problema da



De todo o modo, sobre o poder disciplinar (da função pública) não se pode dizer o mesmo que sobre o poder sancionatório administrativo em geral se tem afirmado, isto é, que cresceu de forma exorbitante, e que “uma das actividades em que parece mais empenhada a Administração é em sancionar os cidadãos” (Parada Vázquez)<sup>24</sup>. Convoco antes, no tocante à função pública, François Gazier, quando escreve que a responsabilidade disciplinar tende a ser mais teórica do que prática e a manifestar-se sob formas não nomeadas: “os funcionários não são demandados pela via disciplinar, mas todavia tenta-se por vezes puni-los de uma maneira mais obscura, sem lhes dizer e sem lhes permitir que se defendam, o que é muito mau: aquando de uma promoção, de uma mutação [ou situação de mobilidade], de uma escolha feita subsequentemente, aplica-se uma espécie de sanção disciplinar disfarçada e sem quaisquer garantias”<sup>25</sup>. Na verdade, por um lado, há uma espécie de

---

distinção entre órgãos administrativos e órgãos jurisdicionais. Concretamente, o facto de desempenharem, por vezes, funções de regulação de litígios administrativos e/ou de controlo da Administração, colocou-as sob a alçada da aplicação em certas circunstâncias do artigo 6.º da Convenção Europeia de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais - Jean-Bernard Auby, “La bataille de San Romano”, *L’Actualité juridique - Droit Administratif*, n.º 11/2001, de 20 de Novembro de 2001, pp. 919 e 920.

As entidades administrativas independentes são aqui instituições administrativas reguladoras de certos sectores de actividade, em que não está em causa um corpo de profissionais e a coesão do prosseguimento de fins comuns, mas a coesão da complementaridade de diferentes corpos profissionais considerados pelo sector de actividade e o enquadramento por padrões de actuação mais ou menos funcionais.

<sup>24</sup>. *Apud* Federico A. Castillo Blanco, *Función Publica y Poder Disciplinario del Estado*, Cemci (Centro de Estudios Municipales Y de Coordinación Interprovincial), editorial Civitas, 1992, p. 23.

Vicente Gimeno Sendra afirma ter crescido de forma exorbitante o poder sancionatório da Administração, em qualidade, em resultado da transformação em ilícitos administrativos de certos crimes, e em quantidade, pela maior gravidade de certas sanções administrativas face às sanções penais. Ver Prólogo à obra de José Garberí Llobregat *El Procedimiento administrativo sancionador*, comentarios al título ix de la Ley 30/1992 y al Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (Real Decreto 1398/1993), 2.ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 55.

Cfr. Mireille Delmas-Marty e Catherine Teitgen-Colly, *Punir Sans Juger? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Ed. Economica, 1992, p. 154 (“Tendo reduplicado nos anos 80 por intermédio das AAI, a repressão administrativa ultrapassou o campo da repressão disciplinar, deixou o sancionamento disciplinar e fiscal que constituíram os seus terrenos de eleição; tornou-se uma forma sancionatória por excelência em matéria económica”) e Paule Quilichini, “Réguler n’est pas juger. Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique”, *AJDA*, n.º 20/2004, 24 Mai, p. 1060 (“la fonction répressive de l’administration a été renouvelé avec l’émergence d’autorités de régulation dotées progressivement d’un pouvoir de sanction.”).

<sup>25</sup>. François Gazier, *La Fonction Publique dans le Monde*, Bibliothèque de l’Institut International d’Administration Publique, Editions Cujas, 1972, p. 170.

É uma realidade que vários autores destacam e perceptível, como dizem Giustina Noviello e Vito Tensore (*La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. XVI), “a quem tenha tido um mínimo de experiência de trabalho na administração pública”.

Alejandro Nieto destaca-o, desde logo, nas páginas iniciais do seu “Problemas capitales del derecho disciplinario” a inoperância do Direito Disciplinar, na dupla vertente garantística e funcional - *in* Revista de

anomalia disciplinar ou inibição do exercício jurídico da autoridade<sup>26</sup>. Podem-no explicar, designadamente, a ausência de um interesse directo dos titulares dos órgãos que corporizam o empregador público, no exacto e exigível cumprimento dos deveres e obrigações da relação de emprego; o facto de a Administração agir, em regra, em situação de não concorrência com as entidades privadas, assim como as respectivas entidades públicas entre si, com desconsideração ou menor atenção aos resultados<sup>27</sup>; a proximidade entre os agentes da acção disciplinar e o trabalhador (por vezes, o «colega»)<sup>28</sup>, o formalismo procedimental e a complexidade técnica do Direito disciplinar, a que se junta a preparação não suficiente daqueles que o aplicam<sup>29</sup>.

---

Administración Publica, n.º 63, Septiembre-Diciembre, pp. 39 a 43. Miguel Sánchez Morón também observa que “sempre foi (e continua a ser) difícil sancionar o funcionário incumpridor, salvo se intercederem graves razões de ordem pública ou de natureza política” ou em função de animosidades pessoais - Prólogo ao El Régimen Disciplinario de los Funcionários Públicos, de Belén Marina Jalvo, cit., p. 16. Já sobre a autonomia disciplinar universitária, Rute Leitão, refere-se ao seu estiolamento. Cfr. Rute Leitão, “A autonomia disciplinar das Universidades: Uma autonomia a descobrir, uma avaliação a fazer (Estudo sobre a consolidação da legislação do ensino superior: avaliação e revisão da legislação em vigor, de 2003)”, Legislação, Cadernos de Ciência de Legislação, n.º 37, Abril-Junho, 2004, INA, p. 32.

Jean-Michel de Forges diz que “o receio da sanção existe pouco na função pública e [que] os chefes hesitam em iniciar procedimentos sempre longos e complexos”. Cfr. Droit de la fonction publique, P.U.F., 1986, p. 167.

<sup>26</sup>. Como observa Jean Choussat “não é normal que as sanções disciplinares mais elementares - a censura e a advertência - sejam raramente aplicadas, e tanto mais raras quando se considera a insatisfação geral e, em particular do pessoal dirigente, relativamente à qualidade do trabalho e ao comportamentos de certos funcionários - “La modernisation au milieu du gué”, AJDA, n.º 6, 20 de Junho de 1994, p. 423.

<sup>27</sup>. Pier Giorgio Lignani, “La responsabilità disciplinare dei dipendenti dell’ Amministrazione Statale”, in La Responsabilità Pubbliche, Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale, a cura di Domenico Soace, Cedam, 1998, pp. 381 e 382.

<sup>28</sup>. Por um lado, é preciso não esquecer que o exercício de um cargo dirigente importa a assunção da qualidade de titular de um órgão administrativo mas não obnubila a dimensão da relação de trabalho (“mesmo quando o trabalhador exerce as suas responsabilidades públicas e toma decisões pela administração, presidindo à sua actividade, ele trabalha, oferece a sua colaboração que tem o seu título e depende da relação de emprego”; mesmo quando não é previamente parte numa relação jurídica de emprego, o exercício do cargo dirigente envolve a constituição de uma relação jurídica nos termos do qual exerce os poderes públicos do cargo e é trabalhador da Administração. Ver Enico Gragnoli, Rapporto di Lavoro Pubblico e Inquadramento Professionale, Cedam, 1992, pp. 91 e 92). Na primeira hipótese, no termo do período de provimento no cargo dirigente, aquele que o exerceu reassume, “a título exclusivo”, a sua qualidade de “apenas” trabalhador. Daí a expressão “colega” usada por Virga e a referência que faz à ausência de um “patrão zeloso” - *apud* Giustina Noviello e Vito Tensore (La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato, cit., p. XVI).

<sup>29</sup>. Giustina Noviello e Vito Tensore com referência ao caso italiano criticam a falta de agilidade do figurino procedimental, “uma incompleta (ou talvez pouco clara) formulação textual”, a “difusa incerteza interpretativa de alguns preceitos, em parte fomentada por uma jurisprudência oscilante sobre pontos nevrálgicos do *iter* sancionatório” e a insuficiente articulação, na nova disciplina privatística e, em parte significativa, de raiz contratual, entre o procedimento disciplinar e o processo penal. Criticam ainda o carácter “marcadamente “sindical” da composição dos órgãos arbitrais de disciplina e o seu pendor decisório

Acresce que a actuação limitada da responsabilidade disciplinar face ao universo dos trabalhadores e face ao universo das sanções faz com que, nalguns casos, a punição de certo comportamento - face a um quadro de «normalidade» de comportamentos ilícitos idênticos - surja sob suspeita de arbitrariedade, de que a iniciativa responde a fins diversos dos institucionais ou funcionais (Pier Giorgio Lignani)<sup>30</sup>.

No quadro das razões expostas, é possível perceber também o facto de o poder disciplinar formalizado, *rectius* juridificado, parecer ceder passo, por vezes, às formas informais de sancionamento. No sistema das relações de emprego na Administração Pública, o que tende a existir, algumas vezes, é uma realidade disciplinar fáctica não ordenada e formas não enunciadas de exercício de poder disciplinar<sup>31</sup>. Parecem, assim, pertinentes, por contraponto, as palavras de Castanheira Neves quando atenta que “só estaremos perante o direito (...) se vigorar não apenas intencionalmente, mas como dimensão constitutiva da prática social e por esta for efectivamente assumida”<sup>32</sup>. No entanto, como salienta René Chapus, há também que considerar que a maior parte dos “agentes públicos” se conduz sem desrespeito da respectiva disciplina laboral<sup>33</sup>.

A juridificação do poder disciplinar releva no plano (da eficácia) do seu correcto exercício e é a garantia da relação jurídica de emprego público. Postula o aprofundamento dogmático

---

“excessivamente “generoso-garantístico”“, ademais pouco cuidadoso do ponto de vista da observâncias dos trâmites procedimentais Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato, cit., pp. XVII a XXI.

<sup>30</sup>. Pier Giorgio Lignani, “La responsabilità disciplinare dei dipendenti dell’ Amministrazione Statale”, in *La Responsabilità Pubbliche, Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, a cura di Domenico Soace, Cedam, 1998, pp. 381 e 382.

<sup>31</sup>. É significativo, e um entre muitos, o caso a que reporta o Acórdão de 2 de Junho de 1999 do STA (Processo 042116), cujo sumário se transcreve: “I – A colocação de militares por imposição de serviço, processada por motivos cautelares, prevista no artigo 57, n.º 1, do Estatuto dos Militares da Guarda Nacional Republica (EMGMR), aprovado pelo DL n.º 265/93, de 31 de Julho, *não podendo ser utilizada como forma de camuflar soluções sancionatórias à revelia do procedimento disciplinar próprio*, e do reconhecimento das garantias a ele inerentes. II – A aplicação de uma medida sancionatória sem instauração de processo disciplinar viola o direito de defesa constitucionalmente garantido (artigo 269.º, n.º 3, da CRP), sendo, assim, nula por ofender o conteúdo essencial de um direito fundamental (artigo 133.º, n.º 1, al. d), do CPA)” (itálico nosso). Ilustrativo também o Acórdão de 9 de Junho de 1992 (Processo 030574) do STA, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>32</sup>. A. Castanheira Neves, “Fontes do Direito”, in “Fontes do Direito”, Curso de Introdução ao Estudo do Direito, Relatório. O sentido do direito. O pensamento moderno iluminista como factor determinante do positivismo jurídico. Fontes do Direito. Interpretação jurídica, Coimbra, 1976, pp. 2 e 3.

Parece haver, no Direito disciplinar, um problema de eficácia da dogmática jurídica. Cfr. Niklas Luhmann, *Sistema Jurídico y Dogmatica Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, tradução de Ignacio de Otto Pardo, pp. 15 e segs.

das «categorias» do poder disciplinar. Trata-se também de uma manifestação de *potestas*<sup>34</sup>. Interessa, pois, a sua caracterização e o seu modo de exercício.

A análise da jurisprudência administrativa permite afirmar que o número das controvérsias relativas às sanções disciplinares não é pouco significativo no conjunto do contencioso do Direito da função pública, o que se fica a dever, segundo se crê, sobretudo, aos efeitos jurídicos sobre os direitos e interesses remuneratórios do trabalhador e às dificuldades técnicas no apuramento disciplinar, juridicamente sem mácula<sup>35</sup>.

4. O nascimento do Direito disciplinar dos «funcionários públicos» parece andar historicamente associado ao «privilégio» da inamovibilidade (surgida, também, como uma forma de «reter» os melhores funcionários). A sua formalização primeira é noticiada como tendo ocorrido em 1529: o príncipe *Elector* deixou expresso, no documento de nomeação do *Canciller* Kettwich, que não o «despedirá» sem que seja ouvido para que se explique. Um século mais tarde essa formalização assumiu a expressão de uma disposição-tipo, nos termos da qual o “príncipe contratava os serviços dos seus servidores por tempo indefinido, mas “durante *«beneplacito nostro seu quamdiu te bene gesseris»*”. Ainda que não sem dificuldades, veio a impor-se a interpretação do “*beneplacitum* como *arbitrium boni viri*”, o que concitava a necessidade de uma “*ex grave et legitima causa*” e de um procedimento para que o funcionário fosse «despedido». O passo seguinte foi o da delimitação dessas causas, primeiro nos próprios contratos e actos de nomeação e depois as tentativas de sistematização enunciativa genérica (: aqui é destacada a cláusula geral formulada por Kress, em 1732, de “*excessus sive malversatio in genere o excessus formal*” e von

---

<sup>33</sup>. Droit administratif général, tome 2, 5.<sup>e</sup> édition, Montchrestien, 1991, p. 259.

<sup>34</sup>. Uma manifestação de poder que “implica o exercício de autoridade, isto é, a possibilidade de limitar a liberdade dos particulares por razões de interesse geral” – Manlio Mazzotti di Celso, Lezioni di Diritto Costituzionale, Parte I, Nozioni Generali Sul Diritto e Sullo Stato, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, p. 111.

<sup>35</sup>. Giustina Noviello e Vito Tensore, relativa à jurisprudência italiana em matéria de emprego público, registam existir uma “notável incidência estatística das controvérsias relativas às sanções disciplinares e suspensões cautelares no conjunto do contencioso laboral em matéria submetida ao juiz administrativo”. Identificam sete causas explicativas, das quais as duas enunciadas no texto são, segundo cremos, comuns à realidade portuguesa (La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato, cit., pp. 474 a 478).

Kreittmayer, que falou nos “*delicta innominata*”, abrindo a discussão sobre se seriam delitos criminais ou infracções disciplinares)<sup>36</sup>.

5. Esta génese permitirá explicar, em parte, a «estigmatização» da cessação da relação jurídica de emprego público em torno dos motivos disciplinares. Em Portugal, a «relação funcional» só pode cessar por iniciativa do empregador público pela prática de certas infracções disciplinares<sup>37</sup>. A incompetência profissional releva, para efeitos de cessação da relação jurídica de emprego, apenas em sede disciplinar: qualificada (em si e não em manifestações avulsas) como ilícito disciplinar susceptível da aplicação da sanção de demissão ou de aposentação compulsiva<sup>38</sup>. Este quadro coloca a questão da pertinência ou necessidade da atribuição da qualidade de ilícito disciplinar a certas condutas e da razão da sua não relevância como possível causa autónoma de cessação da relação jurídico de emprego. Diversamente, no Direito do trabalho, a par da cessação do contrato individual de trabalho resultante de despedimento por justa causa promovido pela entidade

---

<sup>36</sup>. Alejandro Nieto, “Problemas capitales del derecho disciplinario”, in *Revista de Administración Publica*, n.º 63, Septiembre-Diciembre, 1970, pp. 44 a 52.

<sup>37</sup>. Cfr. artigos 28.º e 30.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, e artigos 11.º, n.º 1, als. e) e f), e artigo 13.º, n.ºs 10 e 11, e 26.º do “estatuto disciplinar dos funcionários e agentes da Administração Central, Regional e Local”, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro, objecto de rectificação publicada no DR, I Série, n.º 100, 3.º Suplemento, de 30 de Abril de 1984), doravante Estatuto disciplinar de 1984. O regime mantém-se fundamentalmente o mesmo no novo regime jurídico das relações de trabalho na Administração Pública para os trabalhadores com o vínculo jurídico da nomeação (artigo 32.º) e para os que, transitando para o regime do contrato de trabalho, mantêm o regime jurídico de cessação (artigo 88.º, n.º 4). Cfr. “PL 316/2007”, de 12 de Junho ([www.financas.pt/inf\\_geral/ProjectoVinculosCarreirasRem\\_vfinal.pdf](http://www.financas.pt/inf_geral/ProjectoVinculosCarreirasRem_vfinal.pdf)).

Não obstante, o preâmbulo daquele texto, noticiando a futura “revisão do Estatuto Disciplinar”, refere que no mesmo “prever-se-á a cessação por insuficiência de desempenho, revelada na atribuição de avaliações negativas em dois anos consecutivos que, mediante verificação em processo de natureza disciplinar, consubstanciem violação grave e reiterada de deveres profissionais”.

<sup>38</sup>. Cfr. artigo 26.º, n.ºs 3 e 5, do Estatuto disciplinar de 1984.

Sem prejuízo, durante o período probatório, o funcionário nomeado provisoriamente se não revelar “aptidão para o desempenho de funções pode ser exonerado a todo o tempo, por despacho da entidade que o tiver nomeado” (artigo 6.º, n.º 10, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro; Acórdão do STA, 1.ª Secção, de 20.11.1997, P. 39 512, in *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 10, Julho/Agosto. 1998, acórdão aí anotado por Maria Francisco Portocarrero, sob o título “Discrecionalidade e conceitos imprecisos: ainda fará sentido a distinção?”) e o agente administrativo, no termo do período de estágio de ingresso na carreira, se não for aprovado neste (simultaneamente formativo e avaliativo), pode ver cessar a respectiva relação jurídica de emprego (artigo 15.º, n.º 2, al. c), artigo 16.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, e artigo 5.º, n.º 1, als. e) a g), do Decreto-Lei n.º 268/88, de 28.07). De acordo com o previsto no “PL 316/2007”, de 12 de Junho, o período probatório, redesignado de “período experimental da nomeação definitiva”, torna-se mais exigente do ponto de vista da avaliação necessária para a sua conclusão com êxito, assemelhando-se ao período de estágio, que deixa de ter previsão com a não inclusão do contrato administrativo de provimento entre a tipologia dos vínculos das relações de trabalho na Administração Pública.

empregadora<sup>39</sup>, destacam-se como causas de cessação a “extinção de postos de trabalho por causas objectivas de ordem estrutural, tecnológica ou estrutural relativas à empresa”<sup>40</sup>, e a inadaptação do trabalhador ao posto de trabalho na sequência de modificações introduzidas nestes, resultantes de novos processos de fabrico, de novas tecnologias ou equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia<sup>41</sup>.

Refira-se a este propósito que, no direito italiano da função pública (no sentido estrito), por exemplo, a par da aplicação da sanção de demissão («destituzione») pela prática dos mais graves ilícitos disciplinares, realizado que seja o correspondente procedimento disciplinar, é possível a extinção, sem carácter sancionatório, da relação jurídica de emprego público por «acertamento» de “superveniente inidoneidade do trabalhador” («decadenza»), resultante, por exemplo, da verificação da falsidade de documentos comprovativos do não preenchimento de requisitos de admissão, como as habilitações literárias legalmente exigidas para o exercício do cargo, ou por «dispensa» em virtude de incapacidade absoluta e permanente para desenvolver as funções para cujo exercício o trabalhador foi admitido ou em virtude de escasso ou insuficiente rendimento, explicitado em despacho ministerial fundamentador, após procedimento próprio, com garantia do contraditório<sup>42</sup>.

6. O constitucionalismo e com ele o princípio da separação de poderes vai colocar o “jovem direito disciplinar, cuja vida até então tinha sido pacífica” (Alejandro Nieto) sob um desassossego que ainda hoje o acompanha, expresso nas interrogações de Sierra Pambley, nas Cortes (espanholas) de 1820: “No caso de haver causa para proceder contra um empregado, o expediente para o determinar a quem cabe, perante quem se realizará, quem o

---

<sup>39</sup>. Cfr. artigos 396.º e segs. do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, artigos 9.º e segs. do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27.02 (revogado – cfr. artigo 21.º, n.º 1, alínea m), daquela Lei: entre o elenco exemplificativo dos comportamentos integrativos de justa causa figura o “desinteresse repetido pelo cumprimento, com a diligência devida, das obrigações inerentes ao exercício do cargo ou posto de trabalho” (artigo 9.º, n.º 2, al. d), do segundo diploma e artigo 396.º, n.º 3, alínea d), do primeiro) e as “reduções anormais de produtividade” (artigo 9.º, n.º 2, al. m), do primeiro e artigo 396.º, n.º 3, alínea m), do segundo.

<sup>40</sup>. Cfr. artigos 402.º a 404.º do Código do Trabalho, artigo 3.º, n.º 2, al. f), e artigo 16.º e segs. do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27.02, citado.

<sup>41</sup>. Cfr. artigos 405.º e segs. do Código do Trabalho e Decreto-Lei n.º 400/91, de 16.10 (revogado pelo artigo 21.º, n.º 1, alínea p), da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto).

<sup>42</sup>. Cfr. Pietro Virga, *Il Pubblico Impiego*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, p. 211, 349, 356 a 359; e Salvatore Terranova, *Il Rapporto di Pubblico Impiego*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, pp. 227 a 231, 408 a 410, 413 a 415, 420 a 426.

decidirá: o poder executivo? Os secretários de despacho? E estes não interferirão, deste modo, nas atribuições do poder judicial<sup>43</sup>?”

O acto sancionatório disciplinar e a preparação deste relevam para o interesse público, para a unidade e eficácia da actividade administrativa (artigo 266.º, n.º 1, e artigo 267.º, n.º 2, da CRP). É uma prerrogativa da Administração Pública; importa saber se o é pela sua própria natureza ou se tal resulta de uma razão pragmática. Por outro lado, trata-se de um poder cuja incidência na esfera jurídica dos trabalhadores da Administração Pública é deveras gravosa, sendo de perguntar sobre o título do exercício de um tal poder: é exercido numa óptica de deverosidade em face de um empregador ou numa óptica de punição por um ilícito em ordem à reintegração do ordenamento jurídico violado ou mesmo a retribuição pela ofensa de interesses públicos ponderosos?

O poder sancionatório disciplinar como que parece oscilar entre uma espécie de «justiça doméstica» e uma «justiça jurisdicional». Nesta dualidade ou entremeio, ou em função do «lugar» das decisões disciplinares, pode ser necessário reajustar as garantias e as vias administrativas ou extrajudiciais e jurisdicionais de resolução dos respectivos diferendos. A indiciá-lo a observação, de Miguel Sánchez Morón, segundo a qual “principiou-se a falar de conciliação, mediação e arbitragem na função pública desde que, em tempos recentes, o seu regime começou a aproximar-se do das relações laborais”<sup>44</sup>.

## § 2 – Delimitação do objecto

1. O presente estudo pretende surpreender a relação jurídica de emprego público no seu aspecto disciplinar, autonomizar a relação jurídica disciplinar na sua dinâmica, numa reflexão que se reconduz às perguntas de Sierra Pambley.
2. Num primeiro momento, cuida-se da disciplina em si e da eventual identidade do Direito disciplinar não particularizado ou sem espécie, isto é, trata-se de saber se existem princípios caracteriológicos de um Direito que versa sobre a disciplina.
3. No presente trabalho não se pretende estudar a temática do Direito disciplinar em Direito administrativo. Apenas uma sua pequena parte - o Direito disciplinar da função pública. E

---

<sup>43</sup>. Alejandro Nieto, “Problemas capitales del derecho disciplinario”, in *Revista de Administración Publica*, cit., pp. 55 e 56.

neste, somente o da função pública em geral e não o relativo a âmbitos subjectivos especiais ou relações jurídicas de emprego público em particular. Considera-se somente a função pública civil, e não também o direito disciplinar militar<sup>45</sup>, cujo “código de disciplina” constitui uma componente estruturante de uma força armada<sup>46</sup>.

Para operar esta delimitação, traçar a compreensão do fenómeno disciplinar nesse âmbito, conhecer as suas propriedades “ou possibilidades de ocorrência em estados de coisas”<sup>47</sup>, atenderemos aos Direitos disciplinares de que se aproxima ou cuja análise contribui para o seu recorte. Trata-se da consideração excludente de outros Direitos disciplinares, o das ordens profissionais, o dos estabelecimentos prisionais, no que toca às pessoas reclusas, o das escolas públicas, no que atém ao poder disciplinar em face dos alunos, o das relações jus-laborais privadas e o relativo aos juizes e magistrados do Ministério Público.

Quanto ao Direito disciplinar nas relações jus-laborais privadas, tem-se presente a aproximação que àquele decorre da assimilação conceptual que alguns fazem da relação jurídica de emprego público<sup>48</sup> e a adopção, em crescendo, das formas jurídicas privadas para conformar as relações de trabalho na Administração Pública, na perspectiva de aí surpreender singularidades da relação jurídica de emprego público, seja de recorte constitucional ou variáveis segundo o tipo de vínculo jurídico laboral<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup>. Derecho de la Función Pública, tercera edición, Tecnos, Madrid, 2002, p. 319.

<sup>45</sup>. “Disciplina militare”, in Enciclopedia del Diritto, Vol. XIII, Giuffrè Editore, pp. 37 e segs.

<sup>46</sup>. Segundo Juizes M. O’Donoghue e Mme Pedersen a disciplina é uma “componente vital e intrínseca”, “indispensável mesmo à sobrevivência de uma força armada, instituição inteiramente diferente de todo outro corpo ou grupo que pretenda submeter os seus membros a uma certa disciplina”. Cfr. voto de vencido ao Acórdão do TEDH proferido no caso Engel et outros contra a Holanda, de 8 de Junho de 1976, p. 38 e 39 (<http://cmiskp.echr.coe.int/>). Cfr., também, o voto de vencido da juíza Mme Bindschedler-Robert, p. 41 (: “a disciplina militar exige em particular medidas e sanções rápidas e eficazes, adaptadas a cada situação, e que devem poder ser tomadas pelo superior hierárquico”) e do juiz Verdross (p. 34).

Ver José Vicente Gomes de Almeida, “Recomendação sobre a legalidade de não instaurar procedimento em vez de suspender o procedimento instaurado. Processo n.º 112/99, Parecer n.º 2/2002”, in Controlo Externo da Actividade Policial e dos Serviços Tutelados pelo MAI, Vol. II, Anos 1998-2002, Inspeção-geral da Administração Interna, p. 304 (sobre o “princípio da unidade do procedimento disciplinar militar, segundo o qual as violações da disciplina militar são de idêntica natureza, sancionáveis, em sede de procedimento disciplinar ou criminal, segundo um critério de gravidade do ilícito”).

<sup>47</sup>. Proposição 2.0123 e 2.01 de Ludwig Wittgenstein, Tratado Lógico-Filosófico, Investigações Filosóficas, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, 2.ª edição, p. 31.

<sup>48</sup>. Francisco Liberal Fernandes, Autonomia Colectiva dos Trabalhadores da Administração. Crise do Modelo Clássico de Emprego Público, Boletim da Faculdade de Direito, *Stvdia Ivridica*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

<sup>49</sup>. Silvia del Saz, “La privatización de las relaciones laborales en las administraciones Públicas” e Ana



Fora de âmbitos jurídico-relacionais específicos, dentro do Direito administrativo, no qual é referenciado o Direito disciplinar da função pública, cabe fazer a respectiva delimitação face ao direito sancionatório administrativo, “por violação da ordem policial ou da ordenação externa da vida comunitária”<sup>50</sup>.

Na circunscrição do Direito disciplinar da função pública importa atender ao poder sancionatório penal, a partir do qual é feito muitas vezes o seu estudo, arvorado a direito sancionatório comum ou de referência<sup>51</sup>, ou integrado aquele no seu âmbito material ou num mesmo «género substancial».

4. Depois do paralelo e contraponto da delimitação que antecede, segue-se o apuramento pela positiva daqueles conceitos, numa perspectiva estática e numa perspectiva evolutiva e comparada.

O estudo da dimensão disciplinar da função pública requer, em primeiro lugar, a demarcação material do conceito de função pública e a sua compreensão no quadro funcional e institucional de inserção<sup>52</sup>. As relações jurídicas de emprego na Administração Pública têm conexão com a variedade e a complexidade das suas funções e estruturas organizacionais. A Administração Pública é o instrumento fundamental da realização dos

---

Fernanda Neves, “A privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-espanhol de Direito Administrativo, *Stvdia Ivridica* 60, *Colloquia* – 7, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, respectivamente, pp. 147 a 162 e 163 a 192.

<sup>50</sup>. Direito Criminal, de Eduardo Correia, com a colaboração de Figueiredo Dias, Livraria Almedina, Coimbra, 1971, p. 23.

<sup>51</sup>. Federico A. Castillo Blanco, *Función Pública y Poder Disciplinario del Estado*, Cemci (Centro de Estudios Municipales Y de Cooperación Interprovincial), editorial Civitas, 1992, p. 31, e Fausto de Quadros, *Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, DGCI, 1974, p. 110 (a “matéria disciplinar” é “considerada uma zona onde o Direito Administrativo se enlaça com outros sectores do firmamento jurídico, mais acentuadamente com o Direito Criminal”).

<sup>52</sup>. Só numa certa concepção da relação jurídica de emprego público faz sentido, por exemplo, cominar a sanção de demissão para os “funcionários, empregados ou salarizados do Estado ou dos corpos administrativos, seja qual for a sua categoria e a natureza dos serviços que prestam” que “se coliguem para a cessação do trabalho” ou façam greve (artigo 10.º do Decreto de 6 de Dezembro de 1910) - Marcello Caetano, a propósito do dever de assiduidade, debruça-se (*Do Poder Disciplinar*, Coimbra, Imprensa Universitária, 1932, pp. 64 e 65) sobre a “greve de funcionários”, cujo carácter de infracção disciplinar enfatiza: entende que o decreto n.º 13 138, de 15.02.1927 - cujo artigo 3.º revogara “o decreto de 6 de Dezembro de 1910 que para cessação do trabalho regulou o exercício de se coligarem (sic) operários e patrões” - não revogara o artigo 10 do decreto de 6 de Dezembro de 1910, “visto nele se conter uma sanção disciplinar e não qualquer norma que regulamentasse o exercício do direito de greve” e acrescenta que mesmo que não se concorde com essa interpretação, “não pode haver dúvida sobre constituir a greve de funcionários uma gravíssima falta

fins do Estado. A comunidade política dota-se de uma organização que permite prover às necessidades colectivas, as quais correspondem à realização dos direitos fundamentais dos cidadãos. A dignidade constitucional dos princípios conformadores da organização e da actividade da Administração Pública resulta de uma decisão constituinte. Esta decisão assume um modelo normativo de Administração alicerçado na tradição do Estado de Direito, reflectido no princípio da subordinação da actividade administrativa à lei, no princípio da unidade e eficácia da acção do Estado, no princípio da descentralização, da participação dos administrados na formação das decisões que lhe dizem directamente respeito, do princípio do controlo jurisdicional das decisões (artigo 266.º, n.º 2, da CRP, artigo 267.º e 268.º, n.º 4 e n.º 5).

Neste quadro, o emprego público é um instrumento de realização do «programa constitucional» e de estruturação da organização do Estado<sup>53</sup>. Por isso, tem sido ele próprio objecto de específica previsão constitucional: todas as Constituições portuguesas chamaram a si a indicação ou a disciplina de alguns aspectos de princípio do seu regime e ordenação.

5. Delimitados os conceitos de disciplina e Direito disciplinar da função pública, o segundo percurso do trabalho procura apreender a dinâmica da «acção disciplinar», ou seja, o “exercício do poder disciplinar”<sup>54</sup>, na sua iniciativa e desenvolvimento (Capítulo II).

É conhecido o contributo de Feliciano Benvenuti na compreensão dos conceitos de “função administrativa, procedimento e processo”. Releva aqui a consideração do «procedimento» como a forma de uma função, a “manifestação significativa da função, o modo de externalização isto é de fazer-se do acto (...) a história da transformação do poder em acto (...) é

---

abrangida pela definição do artigo 5.º do regulamento”, tal valendo para os funcionários de concessionários do serviço público.

<sup>53</sup>. É significativa a passagem de Alexis Tocqueville, *in* O Antigo Regime e a Revolução, onde refere que as várias revoluções que desde 1789 “mudaram de alto a baixo toda a estrutura do governo (...) mal foram sentidas pela maior parte da nação, por vezes mal foram notadas. É que, desde 89, a constituição administrativa ficou sempre de pé no meio da ruína das constituições políticas. Mudava-se a pessoa do príncipe ou as formas do poder central, mas o correr diário dos assuntos não era nem interrompido nem perturbado; cada um continuava a permanecer submetido, nas pequenas questões que lhe interessavam particularmente, às regras e aos usos que conhecia; dependia dos poderes secundários aos quais sempre tivera o hábito de dirigir-se, e vulgarmente tinha de tratar com os mesmos agentes; porque se a cada revolução a administração era decapitada, o seu corpo permanecia intacto e vivo; as mesmas funções eram exercidas pelos mesmos funcionários; estes transportavam através da diversidade das leis políticas o seu espírito e a sua prática” (172 e 173).

<sup>54</sup>. Marcello Caetano, *Do Poder Disciplinar*, cit., p. 168.

o fenómeno que se produz em cada explicitação de uma função”. O «processus» é, assim, instrumental ou mediatizador da realização de uma função e o acto “a manifestação do resultado da função”<sup>55</sup>.

No procedimento disciplinar, temos uma “sucessão ordenada de actos e formalidades”, com a participação de mais do que um órgão e agentes, tendo em vista a determinação da existência de uma infracção disciplinar, a sua precisa identificação, a dos trabalhadores causadores ou responsáveis, a aferição da necessidade de uma sanção e a escolha da sanção disciplinar adequada. Esta determinação importa a investigação e análise da materialidade fáctica, a realização de exames, a audição de testemunhas, peritos e a audição do trabalhador que surge como infractor, em suma, a prática de actos e o cumprimento de formalidades significativamente articulados e ordenados ao “acertamento” da existência e qualificação da infracção disciplinar e ao “acertamento” do trabalhador ou trabalhadores responsáveis e decisão em consequência (punitiva ou não).

Acolhendo a ideia de relação entre «processus» e a função que explicita, e de que é, em princípio, tradução “a dependência entre o processo e o seu objecto” (Spiegel)<sup>56</sup> e tendo presente os interesses que prossegue<sup>57</sup>, por um lado; e, por outro, que é de reservar substantivamente o termo procedimento para o «processus» administrativo e o termo processo para o «processus» jurisdicional, enquanto expressão de um actuar e de uma função diferentes<sup>58</sup>; que a própria Constituição, no artigo 269.º, n.º 3, fala em processo disciplinar e, bem assim, a exigência e minúcia processual que caracteriza o procedimento

---

<sup>55</sup>. In *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1977, Anno XXVII, p. 128.

<sup>56</sup>. *Apud* Afonso Queiró, *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 172.

<sup>57</sup>. Lembre-se, por exemplo que Benvenuti distingue, segundo um critério subjectivo, o procedimento em sentido estrito do processo. Caracteriza o primeiro a unidade de direcção dos vários actos de trâmite, ainda que da autoria de vários órgãos, pela ordenação à satisfação em primeira linha de um mesmo interesse substancial, o interesse do autor do acto, com o que a definição revela o ajustamento do procedimento para designar a forma da função administrativa, em que está em causa a satisfação dos interesses da Administração (pp. 130 a 134). A nota característica do processo residiria no facto de a transformação do poder em acto visar “um interesse substancial que não é o interesse do autor do acto mas o dos seus destinatários” (p. 135).

<sup>58</sup>. Rogério Ehrhardt Soares, “A propósito dum projecto legislativo: o chamado Código do Processo Administrativo Gracioso”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 115.º, n.º 3702, p. 264, e 3703, p. 295 (: “O percurso da actuação dum juiz e o dum administrador exprimem uma função diferente e manifestam uma estrutura desigual”) e p. 296. Como nota Figueiredo Dias, impôs-se no nosso país a expressão “‘procedimento administrativo’ para designar a tramitação que tem lugar para a formação das decisões administrativas e ficando a expressão ‘processo administrativo’ circunscrita aos verdadeiros processos, a

disciplinar, onde é maior a proximidade reguladora da lei<sup>59</sup>, e estreita a significatividade material da «forma»<sup>60</sup>, justifica-se a análise do «modus procedendi» disciplinar.

6. Depois de analisado o “exercício do poder disciplinar”<sup>61</sup>, em sequência, o terceiro percurso do trabalho procura a sua localização no quadro do princípio da separação de poderes, no que respeita à separação e interdependência entre poder administrativo e poder jurisdicional.

O exercício do poder punitivo disciplinar pode dar lugar à aplicação de sanções. Estas consubstanciam uma intervenção autoritária pública ablativa na esfera jurídica dos particulares, podendo corresponder ou não à restrição de direitos fundamentais. Ora, consistindo a função jurisdicional, segundo o artigo 202.º, n.º 2, da CRP, em dirimir litígios<sup>62</sup>, reprimir a violação da “ordem jurídica democraticamente instituída”<sup>63</sup> e assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, coloca-se a questão de saber se a actividade sancionatória disciplinar não integra o núcleo material da função jurisdicional, o “fazer jurisdicional”, aquilo que é “intencionalidade material da própria jurisdição como jurisdição” e, consequentemente, perguntar se, atendendo ao

---

serem julgados por órgãos imparciais e inoficiosos” - “Enquadramento do procedimento disciplinar na ordem jurídica portuguesa”, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 73, 1997, p. 184.

<sup>59</sup>. Afonso Queiró refere, a propósito da aproximação do processo administrativo ao processo contencioso ou jurisdicional, por um lado, que, no primeiro, “a legalidade cujo cumprimento deve ser processualmente observada é uma legalidade entendida de uma forma cada vez mais requintada e exigente” (p. 172) e, por outro, a submissão do próprio exercício do poder discricionário a princípios de imparcialidade e justiça.

<sup>60</sup>. São pertinentes as seguintes palavras de Rogério Ehrhardt Soares: “Ao lado da regulamentação do procedimento geral, poderá depois aparecer uma série de procedimentos especiais, esses sim, *mais sobrecarregados com exigências formais indispensáveis ao bom êxito material da acção administrativa*. Porque é óbvio que o procedimento para a passagem duma certidão ou o procedimento disciplinar não reclamam a mesma formalização” (itálico nosso - “A propósito dum projecto legislativo: o chamado Código do Processo Administrativo Gracioso”, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 115.º, n.º 3702, p.263).

<sup>61</sup>. Marcelo Caetano, Do Poder Disciplinar, cit., 1932, p. 168.

<sup>62</sup>. É uma “actividade pré-ordenada à resolução de uma lide” (Parecer da PGR, n.º 104/90, publicado no DR., II Série, n.º 196, de 27.8.91, p. 8690-(49), que “teleológico-objectiva”mente consiste na resolução de uma controvérsia sobre pretensões conflituantes ou sobre a “verificação ou não verificação em concreto de uma ofensa ou violação da ordem jurídica” (Afonso Rodrigues Queiró, Lições de Direito Administrativo, Vol. I, Coimbra, 1976, p. 51, 43 e 44).

<sup>63</sup>. Na expressão Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra Editora, 1993, p. 792. Cfr. igualmente Afonso Rodrigues Queiró, Lições de Direito Administrativo, cit., p. 22.

“sentido que ela assume e realiza”<sup>64</sup> e atendendo à reserva da função jurisdicional aos tribunais (artigo 202.º, n.ºs 1 e 2, da CRP), pode integrar ou não o elenco dos poderes da Administração e a que título. Do ponto de vista dos interesses em causa, não se afigurariam o processo e a estrutura dos órgãos jurisdicionais mais adequados a uma actividade que na sua substância consiste em apurar factos, aferir a culpa e determinar a sanção proporcionada? A procura da maior eficácia na realização do interesse público subjacente à disciplina dos trabalhadores com a melhor garantia possível dos respectivos direitos fundamentais não sairia reforçada com a aplicação do princípio da reserva jurisdicional em matéria de direito sancionatório?

Sendo o princípio da separação de poderes um “princípio organicamente referenciado e funcionalmente orientado”<sup>65</sup>, numa “funcionalidade [orgânica] primordial”<sup>66</sup>, densificado pelos “critérios de adequação estrutural e processual, bem como de legitimação, de responsabilidade e de... eficiência”<sup>67</sup>, a justiça do processo e a justiça do resultado, da decisão, são aqui importantes elementos de ponderação.

A idoneidade do título de legitimação do procedimento administrativo é dada pelos seus princípios estruturantes, cujo *leit-motiv* é a conciliação sopesada da eficácia e unidade da acção administrativa e da garantia dos particulares. A estrutura do procedimento disciplinar extravasa, *prima facie*, a estrutura dialéctica do processo jurisdicional acusatório. O princípio do inquisitório, como princípio procedimental que serve a deverosidade da acção administrativa, acresce às garantias de defesa, dando lugar a formas de controlo inter-orgânico. O princípio da oportunidade, assumindo significado diverso daquele que ocorre no processo penal, não remete para o arbítrio do empregador: o apuramento rigoroso dos factos decorre do dever de boa administração.

---

<sup>64</sup>. A. Castanheira Neves, “Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz”, “função” e “problema” - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 74, 1998, pp. 3 e 4.

<sup>65</sup>. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Tomo V, Coimbra Editora, 1997, p. 20, Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra Editora, 3.ª ed., p. 497, e Afonso Rodrigues Queiró, Lições de Direito Administrativo, cit., p. 10 (: “a cada especial complexo de órgãos do estado, indicados na Constituição, passou a ser primordialmente confiada a realização da sua função”) e pp. 84 e 85.

<sup>66</sup>. Afonso Queiró, Lições de Direito Administrativo, cit., p. 85.

<sup>67</sup>. Nuno Piçarra, A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional, Um contributo para o estudo das suas origens e evolução, Coimbra Editora, Limitada, 1989, p. 263.

### § 3 – Metodologia e objectivos

1. A mutação legislativa no plano da relação jurídica do emprego público, a vagueza e indeterminação das normas disciplinares conteudificadas em função das concepções dominantes em cada época, a noção do processo disciplinar como um procedimento gracioso interno resultante de uma «justiça doméstica», a falta de autonomização dogmática, curricular, pedagógica e processual da matéria da função pública em relação à parte geral do Direito Administrativo, a escassez de tratamento científico, explicam uma certa desvalorização do afinamento dogmático das categorias pertinentes e da juridicidade no exercício do poder disciplinar. O “material jurídico” disciplinar na relação jurídica de emprego público é, em primeiro lugar, um problema da sua elaboração dogmática, na perspectiva de dar-lhe-á uma estruturação interna, que postule a derivação lógica das categorias, a integração no sistema de novos problemas e o apuramento das decisões segundo um princípio de congruência e segundo “critérios de relação”<sup>68</sup>. Por exemplo, a aproximação do procedimento disciplinar ao procedimento administrativo geral ou ao processo penal, tendo consequências práticas, é o resultado de uma opção fundamentada ao nível constitucional e no plano da dogmática<sup>69</sup>.

2. A elaboração dogmática tem um arrimo necessário no direito vigente, na realidade normativa<sup>70</sup>, no complexo “de dados jurídico-positivos”<sup>71</sup>, presentes e passados. Os

---

<sup>68</sup>. “Mediante a dogmatização do material jurídico – o que antes de todo quer dizer elaboração conceptual e classificadora – consegue-se que aquele ir e vir da relação entre normas e factos, tantas vezes descrito, ... não fique sujeito à situação a decidir, mas também ao sistema jurídico, que não se aparte do ordenamento jurídico” - Niklas Luhmann, *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 33 e 29.

Sobre o Direito público, em 1888, José Frederico Laranjo, escrevia: “O direito público só modernamente começou a encontrar as condições necessárias para se poder desenvolver como ciência; como direito constituído faltam-lhe muitas vezes garantias de realização, só se tem codificado numa pequena parte das matérias que abrange; no resto, discute-se até se a codificação seria conveniente.” Cfr. *Princípios e Instituições de Direito Administrativo*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1888, p. 7.

<sup>69</sup>. Ver José Eduardo Figueiredo Dias, “Enquadramento do procedimento disciplinar na ordem jurídica portuguesa”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 73, 1997, e, em termos gerais, Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1977, pp. 106 e segs.

<sup>70</sup>. J. da Silva Cunha, *Direito Internacional Público, Introdução e Fontes*, Almedina, Coimbra, 1991, 5.ª ed., p.173; Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, tradução de Baptista Machado, pp. 363 e 379; Marcello Caetano, *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, Reimpressão da edição Brasileira de 1977, 1.ª Reimpressão Portuguesa, Livraria Almedina, pp. 18 e 20, e

“textos, em si mesmos, são factos sociais «historiáveis»” (António Hespanha)<sup>72</sup>. Neles “se condensa preferentemente, no Estado moderno, o querer jurídico”, as soluções gerais dadas aos conflitos de interesses<sup>73</sup>, o resultado de certos “elementos jurídico-causais determinantes”<sup>74</sup>, as articulações de exigências, não necessariamente conflituantes, mas passíveis de realização segundo diversos termos e a actualizar, sob pena de se estiolarem, no momento da realização. O “querer jurídico” é, de outro modo, de aferir numa unidade conceptual e face a princípios gerais da sua identidade ou identificativos<sup>75</sup>. A justiça da tutela dos interesses, no que respeita à matéria de emprego público, passa, em muito, por um continuado de coerência e fidedignidade conceptual (com sentido) - e pela sua expressão numa «linguagem certa»<sup>76</sup> -, uma espécie de «conduta» («lugar de caminho») da igualdade, da justiça, da confiança, do serviço público, dos valores ordenadores do Direito<sup>77</sup>.

No desfiar da normatividade, do seu conteúdo, dos seus limites, da sua abrangência, um importante papel cabe à “casuística”: a normatividade vai sendo problematizada,

---

Maria do Rosário Palma Ramalho, Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho, Almedina, Setembro de 2000, pp. 2 e 19.

<sup>71</sup>. A cuja sistematização, enquadramento ordenador e explicativo e potenciação resolutive de problemas se dirige parte fundamental da construção e apuramento de conceitos. Neste sentido, ver Vital Moreira, Administração Autónoma e Associações Públicas, Coimbra Editora, 1997, p. 22.

Expressivas são as palavras de Alfredo Gallego Anabitarte, in “Presentación del libro formación y enseñanza del derecho público en España (1769-2000). Un ensayo crítico en el ilustre colegio de abogados de Madrid”, in Revista de Administración Pública, n.º 163, Enero/Abril, 2004, p. 537: “Una anécdota: Los Principios de Derecho administrativo, de S. Cuesta – Catedrático de la disciplina Derecho Político y Administrativo -, publicados en 1894, son más de 300 páginas dedicadas a la organización y jerarquía administrativas, fines de la Administración, etc., sin citar un solo precepto de derecho positivo.”

<sup>72</sup>. António Manuel Hespanha, “Da «Iustitia» à «Disciplina», Textos, Poder e Política Penal no Antigo Regime”, in Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 291.

<sup>73</sup>. Karl Engisch, Introdução ao Pensamento Jurídico, cit., p. 370.

<sup>74</sup>. Karl Engisch, Introdução ao Pensamento Jurídico, cit., p. 377.

<sup>75</sup>. Sobre a referência aos princípios gerais de direito como o “espírito das leis”, ver Michel Stassinopoulos, Le Droit de la Défense Devant les Autorités Administratives, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976, pp. 34 e 40.

<sup>76</sup>. A linguagem “corporiza as próprias ideias, viabilizando-as, condicionando-as ou detendo-as na fonte - o próprio espírito humano - facultando a sua aprendizagem e divulgação e abrindo as portas à crítica e às reformulações”. Cfr. António Menezes Cordeiro, na Introdução à edição portuguesa de Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, de Claus-Wilhelm Canaris, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, p. XLIII.

<sup>77</sup>. Sobre os valores ou certos valores como “elementos ordenadores do Direito”, H. Coing *apud* Karl Engisch, Introdução ao Pensamento Jurídico, cit., p. 378.

concretamente determinada e aumentada na sua intencionalidade e possibilidades de decisão<sup>78</sup>.

Acresce que o “conhecimento e ponderação dos efeitos das decisões”, conduzindo o intérprete-aplicador a “pensar em consequências”, permite a consideração mais realista dos conceitos, “prosseguir [na expressão de Menezes Cordeiro], na vida jurídica, a realização integral do Direito, evitando o irrealismo metodológico”<sup>79</sup>.

No conhecer e na organização de um «campo jurídico», perguntar pelos seus problemas e pelas perspectivas de apreensão pelas quais se oferece tem o carácter de uma abordagem primária, mas não de apreensão inicial. É abrangente mas limitado. Pensar os problemas em cada momento da realização do direito (da sua formação e enunciação à sua aplicação) apoia-a, é uma «conduta» dessa realização. Mas não dispensa o «trilhar» de outros caminhos para as «respostas primeiras» e para aquelas que a «actividade jurídica», a reflexão e aplicação do direito vai revelando<sup>80 81</sup>.

3. A Constituição é o parâmetro jurídico organizativo do *político*, do Estado e da Sociedade, para além da variação nos seus conteúdos; bem assim do Direito, como referente lógico-jurídico e de validade das demais normas jurídicas<sup>82</sup>. É também a referência sentido de uma «ordem»; corporiza um complexo valorativo segundo uma ideia de Direito que difunde como estruturante sistemático, no quadro de um Estado de direito material<sup>83</sup>.

---

<sup>78</sup>. Niklas Luhmann, *Sistema Jurídico y Dogmatica Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 33 e 34, e A. Castanheira Neves, “Fontes de Direito”, *in* Curso de Introdução ao Estudo do Direito, Relatório. O sentido do direito. O pensamento moderno iluminista como factor determinante do positivismo jurídico. Fontes do Direito. Interpretação jurídica, Coimbra, 1976, pp. 42 e 43. Na “experiência jurídica jurisdicional”, o direito “constitui-se e manifesta-se enquanto se realiza” (p. 41).

<sup>79</sup>. “Lei (aplicação da), *in* Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Vol. 3, p. 1061.

<sup>80</sup>. Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, cit., p. 384.

<sup>81</sup>. “Aplicação do Direito e desenvolvimento do Direito caminham a par e passo” - Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução portuguesa de José Lamago, Fundação Calouste Gulbenkian, 2.<sup>a</sup> edição a partir da 5.<sup>a</sup> edição alemã de 1983, Lisboa, 1989, p. 265.

<sup>82</sup>. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, Constituição e Inconstitucionalidade, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, 1996, pp. 10 e segs., *maxime*, pp. 10, 21 e 19; Afonso Queiró, *Lições de Direito Administrativo*, cit., pp. 159.

<sup>83</sup>. Como diz Rogério Soares, “um Estado cujo fim é a criação e manutenção de uma situação jurídica materialmente justa” (“A propósito dum projecto legislativo: o chamado Código de Processo Administrativo Gracioso”, *in* Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 115, 1983, n.º 3694, p. 18.



Neste enquadramento, a relação entre o Direito administrativo e o Direito constitucional cedo foi percebida como uma ligação estreita e a extensão e os termos da relação foram sendo desafiados. Já em 1832, Mouzinho da Silveira, no Relatório que introduz os Decretos n.ºs 22, 23 e 24, dizia que as “leis administrativas são *complemento* da Lei orgânica fundamental, ou da Carta. As leis administrativas são Leis públicas (...) A Lei fundamental das garantias das pessoas e das propriedades, em matéria de Administração, bem como da organização administrativa... *vem da regra constitucional*. As Leis regulamentares, ou os modos de executar as Leis fundamentais, podem ser alteradas, mas nunca sem se consultar o interesse comum, que é o espírito da Carta, ao qual devem seguir. (...) *O modo do estabelecimento da administração, sendo medida política deduzida da organização da Sociedade, é na sua base instituída pela Carta*, a qual abrange a totalidade dos estabelecimentos necessários à vida política da Sociedade; e por isso a Lei da organização administrativa não é mais que um *desenvolvimento* da mesma Carta”<sup>84</sup>. Esta afirmação colhe, ainda hoje, uma importante parcela de «verdade», mas, não obstante, foi para além dela. De forma linear, o Direito administrativo nacional tem também o encargo de “tutelar interesses públicos comunitários”, por ser a Administração Pública de cada um dos Estados-membros simultaneamente Administração comunitária<sup>85 86</sup>.

---

Cfr. igualmente Paulo Otero, O Poder de Substituição em Direito Administrativo. Enquadramento Dogmático-Constitucional, Vol. I, Lex, Lisboa, 1995, pp.124 e segs.

“Sobre o desenvolvimento do conceito de sistema a partir das ideias de adequação valorativa e unidade interna da ordem jurídica”, ver Claus-Wilhelm Canaris, Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, tradução de António Menezes Cordeiro, pp. 66 e segs.

<sup>84</sup>. Colectânea de Decretos e Regulamentos, 1.º Semestre, de 16 de Maio de 1832, p. 62 e 63 (itálico nosso).

“Não basta... - nas palavras de Almeida Garrett, datadas de 1827 - que o corpo social tenha uma Carta na qual estejam consignados os seus elementos constitutivos; se as leis orgânicas não são conformes àqueles elementos, falta a harmonia das partes secundárias com os princípios fundamentais, e ficam estes sem se desenvolverem devidamente. É pois absolutamente preciso que se procure consumir a obra da nossa regeneração política dando vida ao corpo social com a sanção das leis regulamentares, que lhe faltam” (O Cronista, n.º 19 [8-14 de Jul., Lisboa], Vol. II, in Obra Política, Doutrinação da Sociedade Liberal, 1827, editorial estampa, p. 214.

<sup>85</sup>. Paulo Otero, “A Administração Pública nacional como Administração comunitária: os efeitos internos da execução administrativa pelos Estados-Membros do Direito Comunitário”, in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Vol. I, Separata, Almedina, s/data, p. 822.

<sup>86</sup>. O controlo político-administrativo (e jurisdicional) comunitário não colide com a qualidade constitucional do Governo como órgão superior da Administração Pública (artigo 182.º da Administração Pública). Antes o “princípio da autonomia” de cada Estado-membro na “definição das estruturas decisórias

No plano nacional, podemos dizer, de forma abrangente, que o Direito administrativo relaciona-se com a Constituição em termos de concretização, integração e incorporação. Concretiza a Constituição porque reflecte os seus valores e opções fundamentais e porque materializa e desenvolve os seus programas e a disciplina que estabelece<sup>87</sup>. Há integração porque a concretiza, porque nela encontra o seu referente de valor e legitimidade e parâmetros para a sua própria compreensão e realização<sup>88</sup>.

Se o Direito administrativo, como outros ramos de direito, encontra na Constituição “uma espécie de introdução”, se, “quer na parte organizatória quer na parte substantiva ou material”, tem na Constituição “os seus pressupostos”<sup>89</sup>, também é verdade que a Constituição incorpora Direito administrativo “não materialmente constitucional”, ou seja, “Direito Administrativo constitucionalizado”. Entre este, estão, segundo Freitas do Amaral, as normas relativas ao emprego público<sup>90 91</sup>. Tal não é o caso da norma do n.º 2 do artigo

---

internas e dos procedimentos administrativos aptos à implementação do Direito Comunitário” (“autonomia institucional” e “autonomia procedimental”) assegura aquela qualidade. O “princípio da cooperação, lealdade ou fidelidade” implicando a observância rigorosa ou fidedigna das obrigações comunitárias não preenche o espaço ou todo o espaço da autonomia. Por outro lado, os mecanismos comunitários de controlo, preocupando-se com o cumprimento daquelas obrigações, não deixam de passar pela garantia da próprio cumprimento do papel do Governo como órgão superior da Administração Pública - sobre os princípios enunciados e sobre a articulação dos referidos mecanismos de controlo com a afirmação do Governo como órgão superior da Administração Pública, ver Paulo Otero, “A Administração Pública nacional como Administração comunitária: os efeitos internos da execução administrativa pelos Estados-Membros do Direito Comunitário”, cit., pp. 817 e segs., *maxime*, pp. 819 a 823 e 830 e 831.

<sup>87</sup>. Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, Livraria Almedina, 1999, p. 171.

<sup>88</sup>. Como destaca Vasco Pereira da Silva “se há uma dependência constitucional do Direito Administrativo, a afirmação inversa é igualmente verdadeira: existe também uma ‘dependência administrativa’ do Direito Constitucional” (“O contencioso administrativo como ‘direito constitucional concretizado’ ou ‘ainda por concretizar’?”, *in* Direito e Cidadania, III, Nov. 99-Fev. 2000, p. 212).

O Direito Administrativo deve perceber-se “integrado nos conjuntos mais vastos” do Direito constitucional. A sobrevivência das “normas jurídicas que regulam a actividade administrativa” às “mudanças de axiologia política, de ideias e valores políticos,...”, em suma às reformas constitucionais e às revoluções” não as desliga da ordem constitucional vigente em cada momento - Afonso Queiró, “A função administrativa”, Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXIV, Janeiro-Setembro, n.ºs 1-2-3, pp. 44 a 46.

O enunciado desta relação entre o Direito constitucional e o Direito administrativo foi já expressivamente feita por José Frederico Laranjo, in Princípios e Instituições de Direito Administrativo, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1888, pp. 10 e 11: “este fornece uma parte importante dos meios necessários para a realização daquele; e é no direito constitucional, como diz Ducrop, que se encontram o começo dos capítulos e as bases do direito administrativas; em poucas palavras: o direito administrativo é uma prolongação do direito constitucional, determinada pela acção especial do poder executivo e das agregações públicas locais.”

<sup>89</sup>. Afonso Queiró, Lições de Direito Administrativo, cit., pp. 161, 166 e 167.

<sup>90</sup>. Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, cit., pp. 171 e 172.

<sup>91</sup>. A atribuição de sentido a certos preceitos constitucionais não pode desconsiderar, em certos casos,

47.º e as normas do artigo 269.º e do artigo 266.º, n.º 2, da CRP, que estabelecem “princípios materiais informadores da função pública”, constituindo Direito Constitucional material<sup>92</sup>.

O sentido de uma identidade conceptual do emprego público está expresso na Constituição. Encontra nela uma unidade e um mínimo denominador comum de regime, mas encontra também nela a enunciação do lugar da sua relevância no seio da Administração Pública, dentro da organização política do Estado (Título IX da Parte III, da CRP) e do cumprimento do programa constitucional dos fins do Estado (artigo 2.º e 9.º da CRP).

A atenção ao tema tem sido uma constante nas Constituições portuguesas. Nas quatro primeiras, no que respeita à igualdade dos cidadãos no acesso aos cargos públicos, sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos<sup>93</sup> - numa manifestação por excelência do ideário constitucional e democrático (artigo 6.º, 2.ª parte, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão) -; no que respeita à responsabilidade pelos “erros de ofício e abusos do poder” e omissões no exercício de funções (salvo a Constituição de 1911)<sup>94</sup>; e à repartição de competência entre o parlamento e o executivo (: reserva parlamentar da criação e supressão de “empregos e ofícios públicos” e do estabelecimento dos seus “ordenados” e o cometimento ao executivo do seu provimento)<sup>95</sup>.

Em sede de «garantias fundamentais», a Constituição de 1933 afirmou o direito ao provimento nos cargos públicos segundo os critérios da capacidade ou o “dos serviços

---

conceitos e institutos forjados no Direito Administrativo e, em particular, no Direito da função pública. Pode ser o caso do conceito de funcionário público e de “processo disciplinar”. Os «direitos periféricos» ou de «primeira linha» podem ter uma função de interpelação e de precisão de preceitos constitucionais.

<sup>92</sup>. Neste sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa*, cit., em anotação ao artigo 269.º, p. 944, e José Eduardo, Figueiredo Dias, “Enquadramento do procedimento disciplinar na ordem jurídica portuguesa”, cit., pp. 188 e 189.

<sup>93</sup>. Cfr. ponto 13.º das Bases da Constituição de 1822 e, nesta, o título I (“Dos direitos e deveres individuais dos portugueses”), os artigos 12.º e 13.º; na Carta Constitucional, cfr., no Título VIII (“Das disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos portugueses”), o artigo 145.º, § 13.º; na Constituição de 1838, no título III (“Dos direitos e garantias dos portugueses”), o artigo 30.º, com o aditamento da referência ao “mérito”, ao “talento” e às “virtudes”, como únicos títulos legitimadores de distinções. Na Constituição de 1911, no título II, em sede de “Direitos e garantias individuais”, regista-se, no artigo 3.º, ponto 32.º, a garantia do emprego público durante o serviço militar obrigatório.

<sup>94</sup>. Cfr. artigo 14.º da Constituição de 1822; artigo 145.º, § 27, da Carta Constitucional e artigo 26.º da Constituição de 1838.

<sup>95</sup>. Cfr. respectivamente, artigo 103.º, XIII e XV, e artigo 123.º, IV (1822), artigo 15.º, § 14, e artigo 75.º, § 4 (1826), artigo 37.º, XVI, e artigo 82.º, II (1838), artigo 26.º/7.º, artigo 47.º/4.º, e artigo 48.º (1911), tendo sido o artigo 47.º recebido nova redacção com Lei n.º 891, de 22.09.1919.

prestados”, mas limitou-o, no que toca às mulheres, em nome da natureza e do bem da família e admitia privilégios com base na raça<sup>96</sup>. Relevante é o facto de ter autonomizado o tratamento do emprego público, dedicando-lhe no título que versa sobre a ordem administrativa, política e civil, quatro dos seus sete artigos, chamando a si o estabelecimento de aspectos básicos do respectivo regime<sup>97</sup>.

A Constituição de 1976 é aquela que mais longe leva o tratamento constitucional da matéria, fazendo-o em vários títulos de duas das suas Partes I e III<sup>98</sup> e, especificamente, como uma dimensão importante da Administração Pública: de seis artigos, são-lhe reservados dois (artigo 270.º e artigo 271.º) e o n.º 2 do artigo 267.º também a si se dirige.

Por um lado, a evolução ocorrida foi no sentido da afirmação plena da condição de trabalhador do «funcionário público» e da devida salvaguarda da sua qualidade de cidadão e dos respectivos direitos políticos (artigo 269.º, n.º 2), mas também a sedimentação da diferença do emprego público, enquanto realidade específica<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup>. Cfr. artigo 5.º, § único. Sobre os limites à admissão das mulheres aos empregos públicos, cfr., já, em 1924, Lições de Direito Administrativo, “segundo as prelecções do Exm.º Sr. Dr. Magalhães Collaço, ao 3.º ano jurídico de 1923-24, aproveitando também estas lições ao curso do 2.º ano jurídico – (Reforma de 1922)”, de A. Queiroz Martins, Simões Correia e Ferreira Junior, Papelaria Escolar Editora, 1924, Lisboa, pp. 106, 108 a 110.

A revisão da Constituição de 1933, operada pela Lei n.º 3/71, de 16 de Agosto, afastou a discriminação com base no bem da família e na raça.

<sup>97</sup>. Cfr. artigos 22.º a 28.º (insertos no Título VII, sob a epígrafe “Da ordem política, administrativa e civil”). Os dois primeiros explicitam que os funcionários públicos do Estado, os “empregados das autarquias locais e das corporações administrativas e bem assim os que trabalham em empresas que explorem serviços de interesse público” “estão ao serviço da colectividade”. A consequente proscrição da interferência dos interesses partidários e interesses particulares outros, corresponde ao postular da sua actuação no respeito de um princípio de imparcialidade (Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Tomo I, Preliminares. O Estado e os Sistemas Constitucionais, 5.ª ed., Coimbra Editora, 1996, p. 303, nota 2). O artigo 24.º redunda na proibição da greve, ao consequenciar a demissão, “além de outras responsabilidades que a lei prescrever”, dos trabalhadores que se concentrem para suspender os “serviços públicos ou de interesse colectivo”. O artigo 25.º versa sobre as acumulações e incompatibilidades, estabelecendo um princípio de proibição de acumulações de empregos públicos e remetendo o das incompatibilidades para a definição da lei.

<sup>98</sup>. A Constituição, na sua versão actual, versa sobre o emprego público no título IX da parte III dedicado à “Administração Pública”, nos artigos 266.º, n.º 2, 269.º a 271.º; na Parte I da Constituição, no Título I (“Princípios gerais”), no artigo 15.º, n.º 2; no Título II, Capítulo I (em sede de “Direitos, liberdades e garantias pessoais”), no artigo 47.º, n.º 2; no Título III da Parte III (“Assembleia da República; “Organização do poder político”), no Título III (“Direitos e deveres económicos, sociais e culturais”; no artigo 77.º, n.º 1, nos artigos 180.º, n.º 3, e 181.º, no artigos 164.º, alínea o), 165.º, n.º 1, al. t) (“Reserva relativa de competência legislativa”); no Título IV da Parte III (“Governo”, *idem*), no artigo 199.º, al. e) (“Competência administrativa”); no Título V (“Tribunais”), no artigo 218.º, n.º 3, no artigo 243.º, n.º 2, inserto no Título VIII da Parte III sobre o Poder Local e no Título X (“Defesa nacional”) da Parte III, no artigo 275.º, n.ºs 5 e 6).

<sup>99</sup>. Cfr. a discussão, no Diário da Assembleia Constituinte, daquele que é hoje o artigo 269.º da CRP

4. No que toca à matéria de responsabilidade dos funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas, destaca-se a afirmação do princípio da responsabilidade civil, criminal e disciplinar, e, principalmente, da sua efectividade, pela extinção da garantia administrativa (: “não dependendo a acção ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica” - artigo 271.º, n.º 1<sup>100</sup>).

Em matéria de Direito disciplinar, divisa-se na Constituição um plano geral, um plano intermédio e um plano específico, que diferentemente abrangem o emprego público. O mais próximo é o da conexão nos n.ºs 2 e 3 do artigo 271.º entre a responsabilidade afirmada no n.º 1, a ordenação hierárquica e o dever de obediência. O plano intermédio reportamo-lo ao artigo 269.º, n.º 3. Ao versar sobre o regime da função pública, a Constituição deixa expresso que as garantias de audiência e defesa são devidas em “processo disciplinar”, revestindo a natureza de direito fundamental (um direito fundamental fora do catálogo), análogo aos «direitos, liberdades e garantias» do título II da Parte I<sup>101</sup>. Num plano geral, insere-se a reserva, à Assembleia da República, da definição do «regime geral de punição das infracções disciplinares” e a colocação do problema do exercício do poder disciplinar no esteio de um estatuto jus-fundamental procedimental, no âmbito de um direito constitucional em matéria de direito sancionatório processual (artigo 165.º, n.º 1, alínea d), e 32.º, n.º 10). Na alínea d) do n.º 1 do artigo 165.º, é separada a matéria disciplinar da matéria contra-ordenacional, reservada, quanto à primeira, o “regime geral de punição das infracções disciplinares” e, quanto à segunda, o regime geral dos actos ilícitos de mera ordenação social e do respectivo processo”. Apesar de cometer ao legislador a disciplina da matéria do processo criminal (artigo 165.º, n.º 1, al. c), parte final), a Constituição chamou a si o estabelecimento das garantias do processo criminal e *prima facie* apenas as garantias de processo criminal mereceram o seu cuidado: o artigo 32.º anuncia tratar das garantias do processo criminal e é este que é nomeado nas suas normas.

---

(DAC, n.º 112, 12 de Fevereiro de 1976, pp. 3690 a 3694; e DAC, n.º 128, de 30 de Março de 1976, pp. 4229 a 4239), in <http://debates.parlamento.pt>.

<sup>100</sup>. Acórdão do STA de 6 de Julho de 1999, recurso n.º 39 080 (que referencia o n.º 1 do artigo 271.º como contendo uma “proibição explícita da chamada «garantia administrativa»”)

<sup>101</sup>. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra, 3.ª edição, revista, Coimbra Editora, 1993, p. 948.

As garantias de defesa, entre as quais, a de audiência, são a manifestação de um direito a um «procedimento justo», isto é, a uma actuação correcta e imparcial, porque objectiva e ponderosa das razões e contexto de decisão do trabalhador arguido<sup>102</sup>. Porque assim é, nesta medida e na do possível, “as regras ou princípios de defesa constitucionalmente estabelecidos para o processo penal”<sup>103</sup> (artigo 32.º da CRP) são defendidas serem extensíveis ao procedimento disciplinar. As garantias de processo penal surgirão como o «magma» das garantias de um processo sancionatório público. O n.º 10 do artigo 32.º, na sua linearidade, afirma que, pelo menos, ou não afirma senão, consoante as interpretações, que, nos “processos de contra-ordenação” e, em geral, nos “processos sancionatórios”, ao arguido são assegurados “os direitos de audiência e defesa”. Por outro lado, as manifestações do poder punitivo têm carácter restritivo dos direitos individuais, colocando-se a aplicação daqueles como uma decorrência do princípio do Estado de direito (artigo 2.º da CRP): num Estado de Direito não pode haver uma tal interferência sem ser no respeito e na parametricidade de certos princípios e garantias, com a dignidade e a força de constitucionais<sup>104</sup>.

Importa, portanto, analisar com cautela a tese que tece «substantivização penal» do poder disciplinar. Enunciando a preocupação com o todo através da parte, podemos tomar o exemplo do princípio da verdade material no procedimento disciplinar. Em processo penal, vai orientado ao apuramento da culpa e da personalidade do agente (daí a relevância conexa do princípio da imediação das provas e da oralidade). Naquele, é refraccionado pelo princípio da prossecução dos interesses públicos a cargo do empregador público.

O fio comum do exercício do poder punitivo laboral não acarreta, igualmente, uma «substantivização privatista» do poder disciplinar. O primeiro insere-se numa relação jurídica privada de emprego, cuja regulação está entregue a normas que são de Direito

---

<sup>102</sup>. Sobre o “justo procedimento” e o princípio da imparcialidade, vide, respectivamente, Ivone Cacciavillani, *Il Diritto Disciplinare*, Padova, 1994, pp. 50 a 55.

<sup>103</sup>. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 3.ª edição, revista, Coimbra Editora, 1993, p. 947.

<sup>104</sup>. José Garbén Llobregar, *El Procedimiento administrativo sancionador*, comentarios al título ix de la Ley 30/1992 y al Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (Real Decreto 1398/1993), 2.ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 60 e 61, e Pedro Romano Martínez, “Poder de dirección: ámbito: Poder disciplinar: desrespeito de ordens. Comentário ao

privado, isto é, a normas que tutelam em primeira linha os interesses dos sujeitos privados (*spectat ad singulorum utilitatem*), embora possam, em segunda linha, também, tutelar interesses públicos; e aqueles sujeitos privados podem constituir relações jurídicas cujos efeitos jurídicos estão previstos na lei, mas igualmente podem inovar, estipular de *motu proprio* efeitos jurídicos nela não previstos<sup>105</sup>.

5. Se se pode dizer que o Direito não basta para “proporcionar a visão integral dos fenómenos administrativos” e que, por isso, importa considerar “os próprios factos estruturados e disciplinados e a sua problemática”, também é verdade que o desacerto da conformação jurídica em matéria de emprego público deve-se, em muito, ao menosprezo “dos factos e das circunstâncias que os justificam e explicam”<sup>106</sup>, à ausência de questionamento e reflexão sobre, designadamente, a adequação aos fins dos procedimentos e meios empregues, as “razões da eficiência ou da ineficácia; [e] os métodos de correcção ou de aperfeiçoamento dos defeitos da orgânica ou da actuação administrativa”<sup>107</sup>. O tecimento jurídico dos problemas e dimensões do emprego público não podem ser dissociados dos da organização de inserção<sup>108</sup> e da actividade da Administração Pública, dos modos por que pode ocorrer à satisfação das necessidades, “dos meios que lhe é possível utilizar, das condições em que deve empregá-los, da maneira de valorizar e corrigir os resultados obtidos”<sup>109</sup>, sendo de considerar que os agentes não deixam de ser “meios de actividade”<sup>110</sup>. Não pode, portanto, deixar de se recolher os ensinamentos relativos ao *modus operandi* da Administração, ao funcionamento (que é e aquele que deve ser) da

---

Acórdão do STJ de 20 de Outubro de 1999”; Revista de Direito e de Estudos Sociais, Agosto-Dezembro, 2000, Ano XLI (XIV da 2.ª Série), n.ºs 3 e 4, p. 405.

<sup>105</sup>. Manlio Mazziotti di Celso, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Parte I, Nozioni Generali sul Diritto e Sullo Stato, Milano-Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, pp. 45, 46 e 48.

<sup>106</sup>. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1982, Vol. I, p. 61.

<sup>107</sup>. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 60.

<sup>108</sup>. Está em causa a “própria organização administrativa, [o estudo] das suas fórmulas e do papel que os homens nela representam, bem como das condições óptimas do seu aproveitamento” (*Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 60).

<sup>109</sup>. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 60.

<sup>110</sup>. Marcello Caetano, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Reimpressão da edição Brasileira de 1977, Livraria Almedina, Coimbra, 1996, pp. 41 e 283.

máquina administrativa, em suma, “os contributos da Ciência da Administração”<sup>111 112</sup>. Até porque a “ciência” do direito se caracteriza por o próprio objecto material de estudo se colocar no interior “do sistema teórico de conhecimento que elabora”, pela determinação por pressupostos e “exigências funcionais de um subsistema da realidade funcional”<sup>113</sup>.

A análise económica do Direito é apontada como uma das perspectivas de renovação do Direito Administrativo. A ideia é a de que “em todos os seus aspectos, o direito administrativo há que ter presente a dimensão e o valor económicos”, na análise e procura

---

<sup>111</sup>. Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, Livraria Almedina, 1999, p. 11, e Alejandro Nieto, “Problemas capitales del derecho disciplinario”, in Revista de Administración Pública, n.º 63, Septiembre-Diciembre, Año 1970, pp. 41 e 42.

Como adverte Fesas Vital, a realidade não pode deixar de ser quando vista através do “espírito jurídico” e as hipóteses jurídicas devem ser elaboradas com o rigor dos factos (A situação dos funcionários. Sua natureza jurídica, Estudos de Direito Público, II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1915, pp. 30 e 31, em nota) e considerando “o impacto que uma determinada regulação pode ter para a organização administrativa e a elaboração das políticas públicas” (Oriol Mir Puigpelat, “El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional”, Revista de Administración Pública, n.º 162, Septiembre/Diciembre, 2003, pp. 58 e 59).

<sup>112</sup>. A ciência administrativa abrange, diz Lobo D’Ávila, “o conhecimento de todos os princípios, de todo o mecanismo e de todos os trabalhos relativos à administração (...), ensina o melhor modo de formar e exercer a administração ” (Estudos de Administração, Lisboa, Tipografia Universal, 1874, pp. 51 e 52). José Frederico Laranjo, estabelecendo a separação entre direito administrativo e “ciência administrativa”; explica que “o direito administrativo, considerado sob os dois aspectos, teórico e legal, estuda a organização racional e legal das instituições administrativas, a lei que a administração tem de aplicar, e nada mais; ao passo que a ciência administrativa tem também de estudar os conhecimentos necessários para aplicar essas leis e para se dirigir convenientemente, sempre que a intervenção da administração seja necessária.” Princípios e Instituições de Direito Administrativo, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1888, p. 13.

Georges Langrod regista que em “países onde, como na Alemanha, uma ‘ciência administrativa’ não andou de par com a ciência do direito administrativo, todo um aspecto da reforma ‘processual’ passou despercebida”. A falta da primeira não permite senão apreender o aspecto legal do problema, “subestimando o lado da técnica de trabalho, que merece no entanto atenção” (La Doctrine Allemande et la Procédure Administrative Non Contentieuse, Institut International des Sciences Administratives, Bruxelles, p. 19, nota 37); e citando Mayer destaca que ela permite “esclarecer o fenómeno da ‘acção administrativa’” (p. 88).

Javier Barnés, na apresentação da tradução espanhola do livro de Eberhard Schmidt-Assmann “Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee”, destaca que o Direito Administrativo e as Ciências da Administração exercem uma função auxiliar mútua, contribuindo para a respectiva multidisciplinaridade e aventa a possibilidade futura da sua interdisciplinaridade (La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, INAP e Marcial Pons, 2003, pp. XXIV e XXV).

Sobre a ciência da administração, a sua evolução em França, Espanha, países anglo-saxónicos e na Alemanha e as diferentes posturas metodológicas, ver Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, Vol. I, Parte General, Octava Edición, Estudios de Derecho y Administración, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, pp. 208 a 238.

<sup>113</sup>. João Baptista Machado, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Almedina, Coimbra, 1985, pp. 370 e 371.



de soluções para os respectivos problemas. O emprego público é precisamente um domínio onde essa avaliação releva<sup>114</sup>.

6. A realização unitária do Direito orientada pelo problema não permite uma delimitação rígida, estadual, interna, das fontes relevantes. O poder disciplinar coloca também um problema de fontes do direito que se articulam em relações de hierarquia, coadjuvação, subsidiariedade, em busca da justiça do critério material de decisão do caso concreto. Assim se compreende o recurso à aplicação de princípios constantes do artigo 6.º, § 1, da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e a consequente elevação da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, assim como a do Tribunal de Justiça das Comunidades, como fonte parâmetro ou fonte condicionante da definição e aplicação do quadro normativo<sup>115</sup>. No “caldo jurídico

---

<sup>114</sup>. Jean-Bernard Auby, “La bataille de San Romano”, *L’Actualité juridique - Droit Administratif*, n.º 11/2001, de 20 de Novembro de 2001, pp. 921 e 924.

Ver também, como exemplo do descurar da vertente económica no teste da proporcionalidade entre o interesse público do empregador público e o interesse legalmente protegido do particular, o Acórdão do Pleno da 1.ª Secção do STA, de 19 de Março de 1999, processo n.º 30896, in Apêndice ao DR de 4 de Maio de 2001.

Maria do Rosário Palma Ramalho destaca, igualmente, relativamente ao Direito do trabalho, que o “factor económico exerce uma profunda influência” no mesmo. Observa que a evolução do quadro económico pôs em causa “a configuração tradicional da relação de trabalho e a pretensão de universalidade do sistema protectivo. Por um lado, desenvolveram-se novas formas de organização do trabalho (...). Por outro lado, proliferaram as relações de trabalho marginais ... de tal modo que se torna obrigatório perguntar se a relação de trabalho clássica ou “típica” não terá perdido a sua posição dominante no sistema.” Cfr. *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Almedina, Setembro de 2000, pp. 9 e 10.

<sup>115</sup>. “Potestad sancionadora de la Administración y garantía del administrado: comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de Febrero de 1984: el caso Ozturk”, de María Gracia Rubio, in *Revista de Administración Pública*, n.º 104, pp. 375 e segs.; *Droit de la Fonction publique*, de Emmanuel Aubin, mémentos, Gualino éditeur, Paris, 2001, pp. 19 e 21 (o autor regista o impacto sobre o Direito da função pública francês da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos direitos do homem, por via, em grande parte, da adaptação da jurisprudência administrativa francesa), “Le recours aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale”; in *rfda*, janvier-février 2003, pp. 130 a 134, John Alder, *Constitutional and Administrative Law*, Mcmillan Professional Masters, 1989, pp. 51 a 53 e “Order of the Second Senate of 14 October 2004 – BvR 1481/04 –”, in [http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/rs20041014\\_2bvr148104en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/rs20041014_2bvr148104en.html) (“O texto da Convenção e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem [que “reflecte o estado actual de desenvolvimento da Convenção e dos seus protocolos” – I.1.c), considerando 37] constitui, no plano da Constituição, parâmetros de interpretação na determinação do conteúdo e fim dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, salvo quando restringir ou reduzir o âmbito de protecção dos direitos fundamentais do indivíduo” (I.1., alínea a), considerando 32; e I.4, considerando 62, e II.1, considerando 67), estando “todos os órgãos responsáveis pelo poder soberano vinculados pelas garantias da Convenção” (I.2, alínea d), considerando 46, I.3, alíneas a) e b), considerandos 51 e 52).

A vinculatividade das decisões do TEDH inclui os factos fixados e a ponderação dos direitos das partes, salvo quando: por terem tais factos se alterado, redundando numa violação clara da lei ou da constituição, em

européu, os direitos administrativos nacionais são influenciados pelo Direito Comunitário e influenciam-se mutuamente através deste último”<sup>116</sup> mas também por outras “normas e *standards* externos”, numa “dinâmica importante de permeabilização [e enriquecimento] do sistema jurídico”<sup>117</sup>. Na regulação da conduta da Administração Pública confluem, inúmeras vezes, normas de fontes internas, internacionais e as normas de Direito Comunitário<sup>118</sup>. Em particular, “[o]s direitos europeus dos dois sistemas que são o Conselho da Europa e a União europeia têm um efeito nivelador evidente: eles reconduzem todos os sistemas jurídicos que sofrem a sua supremacia, por diversos que sejam, a princípios comuns, o que permite, por sua vez, circunscrever estes últimos.”<sup>119</sup>

#### § 4 – Plano de trabalho

Traçados na nota prévia os parâmetros do objecto de estudo, identificado este nos seus limites e explicitadas as vias ou os elementos de direcção da elaboração, a investigação a que nos propomos estrutura-se em três capítulos. O primeiro capítulo versa sobre o conceito de disciplina e Direito disciplinar da função pública. Trata-se de procurar a sua delimitação material, a qual é também a dos componentes da proposição. Divisam-se aqui dois momentos, a que correspondem duas secções. A primeira, faz uma delimitação por referência e contraponto (Secção I). Considera-se o Direito disciplinar da função pública em face de outros domínios do Direito disciplinar no Direito administrativo e nas relações

---

particular os direitos fundamentais de terceiros, cujos interesses não se fizeram presentes no processo perante aquele tribunal (I.3, alínea a), considerando 49, e I.4., considerando 62).

<sup>116</sup>. Jean-Bernard Auby, “La bataille de San Romano”, AJDA, n.º 11/2001, de 20 de Novembro de 2001, pp. 923 e 922.

Destaca-se, pois, um trabalho de decantação de “princípios comuns da função pública” dos regimes jurídicos dos Estados membros, aplicáveis também à função pública das instituições comunitárias” - Georges Dellis e Spyros A. Pappas, “Le droit disciplinaire et son application dans les administrations publiques des Etats Membres”, in *The Meetings of the Directors General for Public Administration. Recalling the past and considering the future*, European Institute of Public Administration, DGAP, Portugal, 2000, p. 124.

<sup>117</sup>. Jean-Bernard Auby, “La bataille de San Romano”, cit., p. 913.

<sup>118</sup>. Paulo Otero, “A Administração Pública nacional como Administração comunitária: os efeitos internos da execução administrativa pelos Estados-Membros do Direito Comunitário”, cit., pp. 821 a 823, François Lichère, “Du droit comparé et du droit tout court”, AJDA, n.º 37/2004, de 1 de Novembro de 2001, p. 2017 (“Le droit comparé doit cesser d’être perçu comme une sorte de coquetterie intellectuelle dépourvue d’intérêt pratique”. Observa o autor que dada a sua influência sobre a actividade jurídica teórica e prática deve ser integrado em todas os ramos do direito e não confinar-se a ser tratado como um ramo autónomo de direito), e “Regard sur les évolutions du droit administratif italien. A propos du Traité de droit administratif dirigé par Sabino Cassese”, de Delphine Costa, AJDA, n.º 37/2004, de 1 de Novembro de 2004, p. 2031.

<sup>119</sup>. Delphine Costa, “Regard sur les évolutions du droit administratif italien. A propos du Traité de droit

de trabalho privadas (Subsecção I), do Direito penal (Subsecção II) e do Direito sancionatório administrativo (Subsecção III).

A segunda secção considera a disciplina e o Direito disciplinar da função pública em si (Secção II). Para circunscrever conceitualmente os primeiros, apura-se a substância da segunda, traçando um primeiro círculo delimitador. Depois, perscruta a evolução histórica do direito sobre que se cuida, como fonte das “causas” actuais e das suas “consequências”<sup>120</sup> e atende aos contributos de outros ordenamentos jurídicos comparados<sup>121</sup>, para então concluir numa caracterização primeira da responsabilidade disciplinar no referente da relação jurídica de emprego público (Subsecções I, II, III e IV).

O segundo capítulo centra-se no Direito disciplinar numa perspectiva dinâmica, a do exercício do poder disciplinar. Marcello Caetano em 1932 escrevia que o Direito disciplinar poderá “dizer-se jurisdicionalizado quando: (1.º) a lei especificar as faltas puníveis e as sanções correspondentes e (2.º) a prática de uma infracção der forçosamente origem a processo (3.º) que se instaure e siga com todas as garantias de prova a fim de permitir ao juiz independente, como árbitro entre a administração e o funcionário, declarar ou não verídico o facto incriminado e (4.º) proferir como consequência necessária uma decisão com valor de caso julgado”<sup>122</sup>. Com base na consideração dos testes que propõe, procura-se a caracterização desse exercício em cinco secções. A primeira secção fixa-se no poder disciplinar cujo exercício está em causa (Secção I), a segunda respeita aos seus limites, de competência, de forma e materiais (Secção II). Trata-se de delimitar do ponto de vista subjetivo o exercício do poder disciplinar, quer na perspectiva dos que o exercem, quer na

---

administratif dirigé par Sabino Cassese”, cit., p. 2032.

<sup>120</sup>. A história, como diz Almeida Garrett, entre outras virtualidades, “é o espelho que oferece à nossa vista os factos dos tempos passados... atraindo... a atenção dos homens pensadores para que meditem sobre as causas que produzem os acontecimentos, sobre as consequências destes e sobre a prosperidade e vicissitudes das diversas nações” (“O Cronista, n.º 13 [(27 de Maio a 2 de Junho), Lisboa, 1827], vol. I”, in Obras completas Almeida Garrett, Obra Política, Doutrinação da Soliciedade Liberal, 1827, com organização e notas de Maria Helena Costa Dias, Luís Augusto Costa Dias e João Carlos Faria, editorial estampa, 1992, p. 149). Ou, especificamente, relacionando a história e o as “leis”, Montesquieu: “Il faut éclairer l’histoire par les lois, et les lois par l’histoire” (Livro XXXI, ii, De l’esprit des lois, Garnier-Flammarion, Paris, 1979).

<sup>121</sup>. O conhecimento de outras ordens jurídicas como “instrumento de interpretação das leis” é louvado a Montesquieu, referido por Victor Goldschmidt (na Introdução à edição, de 1979, da Garnier-Flammarion, Paris, 1979, De l’esprit des lois, p. 19), como o “criador de uma ciência inédita, a que se chamará mais tarde direito comparado”, Montesquieu que, na “Défense de l’Esprit des lois”, em 1750, especificou ter as suas “pesquisas úteis, porque o bom senso consiste muito em conhecer as *nuances* das coisas”).

dos trabalhadores sujeitos ao respectivo exercício. saber quando se inicia e se deixa de se verificar, com carácter intermitente ou definitivo, a sujeição ao poder disciplinar. Por outro lado, está em causa a caracterização do poder no que toca à iniciativa do seu exercício, seja no aspecto subjectivo da competência, seja no da natureza do poder (vinculado ou discricionário) de o instaurar.

Na terceira secção, cabe a análise da dinâmica do poder, cuja actuação se expressa num «processus» (Secção III). Marcello Caetano, em 1932, referia que “o processo disciplinar deixa-se à boa fé dos superiores, sem normas para os funcionários administrativos e com ligeiras indicações quanto aos funcionários públicos”<sup>123</sup>. O procedimento, hoje, constitui um local fundamental de garantia da legalidade e da legitimidade da decisão. A consecução deste desiderato é, por um lado, fruto do projecto de justiça, de verdade e de garantia procedimental que o legislador estabelece. É, noutra feita, resultado da actuação de quem o realiza, seguindo um «caminho» trilhado na lei com alguma minúcia. A justiça de uma decisão disciplinar depende do seu conteúdo. Mas a bondade deste decorre directamente da observância das regras e princípios procedimentais, com função de parâmetro, e retira a sua legitimidade do aperfeiçoamento dessas regras e princípios, como tarefa imposta pelo princípio do Estado de Direito. O procedimento disciplinar é um “sistema interno princípios”<sup>124</sup>. Por isso opera como uma ordem teleológica aberta.

A quarta secção respeita ao acto no qual culmina o exercício do poder disciplinar; embora este possa ser ou não sancionatório, considera-se sobretudo este (Secção IV). A enumeração legal taxativa das sanções disciplinares é uma importante garantia da proscrição do arbítrio em sede do exercício da acção disciplinar. Mas não garante só por si o cumprimento do princípio da juridicidade e a necessidade de segurança jurídica. É que as sanções reportam-se a tipos abertos, delimitados e concretizados pelas exigências funcionais postas pela actividade em causa<sup>125</sup>, e não há uma relação unívoca, mas segundo critérios abertos, entre

---

<sup>122</sup>. Do Poder Disciplinar, cit., p.163.

<sup>123</sup>. Do Poder Disciplinar, cit., p.175.

<sup>124</sup>. Justifica-se, pois, a convocação da ideia de Canaris do “sistema” como ordem de “princípios gerais de direito”.

<sup>125</sup>. Em sede de infracções, o problema fundamental é o da sua definição; é-o numa tripla vertente: o da entidade definidora, o do momento da definição e o da densidade ou tessitura da definição, *rectius* trata-se de analisar a presença dos princípios da legalidade, da tipicidade, e da culpa na disciplina sancionadora.

elas e as infracções. A determinação e a medida da sanção disciplinar postulam uma relação de equilíbrio entre a gravidade da imputação subjectiva da conduta e a intensidade da reacção disciplinar, convocando para a análise os princípios da culpa e da proporcionalidade.

Marcello Caetano, registando que da aplicação das penas de advertência e repreensão verbal ou escrita não cabia, na legislação então vigente, qualquer recurso, aduzia ser tal consentâneo com “a natureza *doméstica*, íntima, dessas sanções morais”<sup>126</sup>. Outros são os quadros conceptuais e normativos próprios do Estado de Direito. Será, neste contexto, possível qualificar uma relação disciplinar, por ínfima que seja, como meramente interna? Será ela impermeável ao Direito e, por isso, dispensada do controlo jurisdicional? Importa, em suma, conhecer as garantias disponíveis contra as decisões do empregador público no exercício do poder disciplinar. Sobre as mesmas trata a Secção V do segundo capítulo.

Apurados os conceitos de disciplina e Direito disciplinar, escarpelizada a dinâmica do exercício do poder disciplinar, será então possível inferir se o mesmo consubstancia uma actividade materialmente jurisdicional e, portanto, de poder jurisdicional que foi «entregue» e permanece “nas mãos da Administração” empregadora<sup>127</sup>, se antes se está no domínio da função administrativa ou se, continuando “a ser [o direito disciplinar material] um domínio do Direito Administrativo, pela sua inserção no Direito da Função Pública” é, no entanto, quanto ao aspecto formal, pela seu grau de jurisdicionalização, direito jurisdicional<sup>128</sup>. Sobre tal se debruçará o terceiro capítulo (Capítulo III).

Para tanto, há que apurar, num primeiro momento, o sentido do princípio da separação de poderes no Estado de Direito, as suas exigências e estruturantes significantes e apreender os critérios de distinção das funções administrativa e jurisdicional, entre as quais é discutida a natureza da actividade disciplinar do empregador público (secção I). Num segundo

---

<sup>126</sup>. Do Poder Disciplinar, cit., p. 197.

<sup>127</sup>. Santiago Muñoz Machado, “La independencia judicial y el problema de la relación de la justicia con los demás poderes del Estado”, *Actualidad y Perspectivas del Derecho Publico a fines del siglo XX*, Homenaje al Profesor Garrido Falla, Editorial Complutense, 1992, p. 276.

<sup>128</sup>. Referindo esta dualidade entre “direito disciplinar material” como Direito Administrativo e “direito disciplinar formal” como próximo do “Direito Processual Penal”, ver Fausto Quadros, *Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa*, cit., pp. 33, 54 e 55.

momento, procura-se testar a aplicação de tais critérios, para situar materialmente o exercício do poder disciplinar e extrair a ilação da sua qualificação funcional (secção II).

### **Plano de investigação**

#### **Volume I**

##### **Capítulo I – O conceito de Direito disciplinar da função pública**

Secção I – Delimitação negativa

Secção II – O Direito disciplinar da função pública

#### **Volume II**

##### **Capítulo II – O exercício do poder disciplinar**

Secção I – O poder disciplinar

Secção II – Os limites do poder disciplinar

Secção III – O procedimento disciplinar

Secção IV – As sanções disciplinares

Secção V – As garantias de controlo

##### **Capítulo III – A natureza da actividade disciplinar do empregador público e o princípio da separação de poderes**

Secção I – O princípio da separação de poderes

Secção II – A natureza jurídica da actividade disciplinar

---

## **Capítulo I – O conceito de Direito disciplinar da função pública**

### **Secção I – Delimitação negativa**

1. A disciplina e o Direito disciplinar em geral
2. Princípios do Direito disciplinar
3. O problema da delimitação em face de Direitos próximos

### **Subsecção I – As relações jurídicas disciplinares excluídas de estudo**

- § 1 A relação jurídica própria das ordens profissionais
- § 2 A relação jurídica de reclusão em estabelecimento prisional
- § 3 A relação jurídica estudantil pública
- § 4 As relações jurídico-laborais privadas
- § 5 A relação jurídica disciplinar dos juízes e magistrados do Ministério Público

### **Subsecção II – O Direito penal**

### **Subsecção III – O Direito sancionatório administrativo**

### **Conclusões**

## **Capítulo I – O conceito de Direito disciplinar da função pública**

### **Secção I – Delimitação negativa**

#### **1. A disciplina e o Direito disciplinar em geral**

A disciplina tem a conotação de “boa ordem e respeito”, de “conjunto de leis ou ordens que regem certas colectividades”<sup>129</sup>. O Direito compreende o conceito de disciplina<sup>130</sup>: é nas relações sociais, “uma realidade de ordem”, uma “estrutura ordenadora”, de articulação e coesão<sup>131</sup>. A ordenação depende de um sentido; esse sentido no Direito só é concebível como sentido de “justiça”, reconhecido como tal por uma dada comunidade<sup>132</sup>. A sua coercibilidade funda-se nesse «sentido»; a heteronomia é, como tal, legítima. Inobservada a ordem é desconsiderado o «sentido», o «referente» é posto em causa e, com isso, uma certa «realidade»: a heteronomia é, pois (também), exigível<sup>133</sup>. O Direito disciplinar regula com sentido a «ordem» de um conjunto relacional, inculcando uma deverosidade; «ordem» esta que é condição da sua subsistência enquanto tal e que, por isso, deve ser pautada por esse referente; é também um instrumento “para alcançar os fins propostos”<sup>134</sup>. O Direito é sempre, na vertente exposta, «disciplinar»; é-o enfaticamente quando se trata de «ordem teleológica» das relações de um grupo organizado, público ou privado.

O Direito disciplinar, porém, autonomiza-se desta concepção diluidora. Por um lado, porque regula a própria disciplina, pois constitui um “complexo de normas jurídicas que têm por objecto a disciplina”, que serve a existência, vigência, eficácia e reintegração “de uma ainda mais complexa relação jurídica entre pessoas”, relativamente à qual tem uma

---

<sup>129</sup>. Grande Dicionário da Língua Portuguesa, Coordenação de José Pedro Machado, Vol. IV, Amigos do Livro Editores, 1981, p. 268.

<sup>130</sup>. O Direito é dotado de “um verdadeiro sentido disciplinar” - Vítor António Duarte Faveiro, “Esquema de uma teoria geral da infracção disciplinar”, in Ciência e Técnica Fiscal, Boletim da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Série A, 2.º Semestre de 1961, n.ºs 31 a 36, p. 854.

<sup>131</sup>. João Baptista Machado, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Almedina, Coimbra, 1985, p. 13.

<sup>132</sup>. O sentido de justiça tem de ser um “sentido “real”“, para ser ordenador ou dotado de eficácia.

<sup>133</sup>. João Baptista Machado, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, cit., pp. 31 e segs.

<sup>134</sup>. Parecer n.º 113/2005, do Conselho Consultivo da PGR, in DR., 2.ª série, n.º 128, de 5 de Julho de 2006, p. 9947.



função instrumental<sup>135</sup>. Por outro lado, associa-se-lhe a ideia de instituição<sup>136</sup>: só aquilo que é predisposto a permanecer carece de disciplina; a permanência é função dos valores ou fins a realizar. O plano pode ser, nestes termos, geral: compreende a “ordenação ... de todas as situações ... em que só de uma verdadeira e rigorosa ordem [pode] ... resultar a satisfação ou a realização de fins colectivos”<sup>137</sup>. De modo restrito, “a disciplina respeita à situação de deverosidade que liga uma pessoa física a uma instituição, e não implica necessariamente uma subordinação jurídica, sequer hierárquica, para com a instituição ou pessoa que juridicamente a personaliza”<sup>138</sup>.

O Direito penal estabelece a “disciplina da instituição primária - isto é, a Sociedade”<sup>139</sup>, dispondo “cada instituição secundária dum regime disciplinar específico constringente dos seus membros à finalidade da instituição”. Pode tratar-se de uma relação de trabalho, de uma “relação de serviço” (militar, por exemplo), da relação que nasce por força da admissão de um indivíduo a uma organização ou estabelecimento (v.g., utente de um serviço público, membro de uma profissão liberal, aluno de uma escola). Pressupõe, como se verifica, uma relação jurídica que coadjuva e garante e ou uma relação institucional (designadamente, “a inserção de uma pessoa física numa instituição”)<sup>140</sup>. Na relação

---

<sup>135</sup>. Carlo Lega, *Il Potere Disciplinare del Datore di Lavoro*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1956, p. 3.

<sup>136</sup>. A instituição “como complexo de elementos pessoais e materiais organizados, com leis e regulamentos (estatutos) próprios, em ordem a um determinado fim” (p. 14), “a estrutura organizacional (o grupo, a organização, o ‘papel’) destinada a pôr por obra os valores institucionalizados” (p. 15) - João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1985.

<sup>137</sup>. Vítor António Duarte Faveiro, “Esquema de uma teoria geral da infracção disciplinar”, cit., p. 854. A continuidade temporal segundo um programa é um “efeito e um objecto da disciplina”. Na palavras de Michel Foucault, “le petit *continuum* temporel de l’individualité-genèse semble bien être, comme l’individualité-cellule ou l’individualité-organisme, un effet et un object de la discipline.” *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Gallimard, 1975, p. 189.

<sup>138</sup>. Salvatore Terranova, *Il Rapporto di Pubblico Impiego*, Milano - Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, p. 199.

<sup>139</sup>. Georges Dellis e Spyros A. Pappas, “Le droit disciplinaire et son application dans les administrations publiques des Etats Membres”, in *The Meetings of the Directors General for Public Administration. Recalling the past and considering the future*, European Institute of Public Administration, DGAP, Portugal, 2000, p.123.

<sup>140</sup>. Salvatore Terranova, *Il Rapporto di Pubblico Impiego*, Milano - Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, p. 201 e 202, e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 263/94, de 23 de Março de 1994, Processo n.º 566/92, [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940263.html?impressao=1](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940263.html?impressao=1).

Na relação jurídica institucional, e a partir da identidade institucional, três princípios são decantados, “o princípio da autonomia institucional”, delimitável pela “natureza da instituição” e/ou “do direito à liberdade de associação”, “o princípio da especialidade” e o “princípio da subordinação aos interesses superiores da

jurídica de emprego, mediante a qual uma das partes se compromete a uma prestação de trabalho dada ou a uma certa disponibilidade laboral, a disciplina constitui o paradigma jurídico de cumprimento pelo trabalhador dos seus deveres e obrigações. O poder disciplinar é o poder do empregador agir, por si, em ordem a obter esse cumprimento. A sanção disciplinar surge como a consequência negativa dotada de intencionalidade punitiva imposta ao trabalhador por ter deixado de cumprir.

O Direito disciplinar tem várias manifestações nos vários ramos de direito, o que é exemplificado, no Direito constitucional, com o regimento parlamentar, no Direito processual, com os poderes do juiz na condução do processo civil<sup>141</sup> e penal<sup>142</sup>, no Direito civil com a disciplina das associações, no Direito do trabalho, com o exercício do poder disciplinar e a aplicação de sanções disciplinares. O Direito administrativo conhece diversas manifestações do Direito disciplinar, entre as quais é referenciada o da função pública e o relativo à relação dos membros de uma dada profissão com a respectiva ordem profissional<sup>143</sup>.

“Num regime disciplinar”, aduz Michel Foucault, aqueles sobre os quais se exerce o poder “tendem a ser mais fortemente individualizados”, sobretudo, através da vigilância, de “observações”, através de “medidas comparativas que tem a «norma» por referência”, e pelos “desvios”<sup>144</sup>. Nas diferentes disciplinas é possível reconhecer as ou algumas das “grandes funções disciplinares”, a saber, as funções de “repartição e de classificação, de extracção maximizada das forças e do tempo, de acumulação genética contínua [pelo exercício, organizado linear e progressivamente<sup>145</sup>], de composição óptima das

---

instituição”, no respeito dos limites do ordenamento jurídico estadual (para o qual, por exemplo, “os direitos fundamentais da pessoa humana são intangíveis”). Cfr. Carlo Lega, *Il Potere Disciplinare del Datore di Lavoro*, cit., p. 10.

<sup>141</sup>. Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 81/84, de 18 de Julho de 1984, Processo n.º 22/84, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 4.º volume, 1984, pp. 225 a 237.

<sup>142</sup>. Welzel fala em “penas disciplinares processuais”, que identifica como “penas processuais de ordem, por conduta indevida perante uma assembleia ou tribunal; pela não comparência de testemunha, e outros sujeitos semelhantes”, penas que, segundo refere, visam “obter pela força um determinado comportamento” (*Derecho Penal*, 1956, tradução espanhola, p. 23).

<sup>143</sup>. Carlo Lega, *Il Potere Disciplinare del Datore di Lavoro*, cit., pp. 3 e 4.

<sup>144</sup>. *Surveiller et punir*, Naissance de la prison, Gallimard, 1975, p. 226.

<sup>145</sup>. *Surveiller et punir*, Naissance de la prison, cit., p. 189.

aptidões”<sup>146</sup>. Ou seja, a disciplina organiza, potencia, progressa e articula na situação de relação a realidade disciplinada.

Em suma:

- a) O Direito compreende o conceito de disciplina.
- b) O Direito disciplinar regula a própria disciplina. É o complexo de normas jurídicas que tem por objecto a disciplina.
- c) A disciplina é a estrutura objectiva e relacional que assessoreia e garante uma relação jurídica complexa entre pelo menos duas pessoas.
- d) Esta relação jurídica tem uma vocação de permanência e tem inserção ou enquadramento institucional.
- e) Na disciplina, são especificamente individualizados os sujeitos sobre os quais se exerce o poder.
- f) A disciplina organiza, potencia, progressa e articula em relação a realidade disciplinada.

## 2. Princípios do Direito disciplinar

Em face das características expostas e da consideração transversal dos vários «normativos disciplinares», é possível percepcionar a presença de alguns mesmos princípios. Entre estes, destacam-se o princípio do respeito pelo direito de audiência e defesa, do princípio do contraditório, da legalidade sancionatória, da culpa, do respeito pelos direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade das sanções<sup>147</sup>.

Na revisão constitucional de 1997, depois de equacionada na de 1989<sup>148</sup>, foi introduzida, no artigo 32.º, a referência à garantia dos direitos de audiência e defesa do arguido nos

---

<sup>146</sup>. Surveiller et punir, cit., p. 192 ("La discipline n'est plus simplement un art de répartir des corps, d'en extraire et d'en cumuler du temps, mais de composer des forces pour obtenir un appareil efficace.") e p. 225.

<sup>147</sup>. "I - Não pode o Tribunal pronunciar-se sobre a justiça e oportunidade da punição em processo disciplinar movido a funcionário civil, por competir em exclusivo à Administração decidir da conveniência em punir ou não punir e do tipo e medida da pena. II – O juiz só tem que examinar se os factos são verdadeiros, se foram devidamente qualificados, e se a Administração incorreu em desvio de poder ou erro manifesto, designadamente por violação dos princípios da justiça e da proporcionalidade. III – Nada impede que os princípios referidos nos números anteriores se apliquem também no âmbito do processo disciplinar militar, *tudo indicando que eles têm vocação genérica*" (itálico nosso – Acórdão do STA de 21 de Abril de 1994, processo n.º 32 041, in BMJ n.º 436, p. 417).

<sup>148</sup>. Cfr. DAR, II Série, n.º 11-RC, de 12 de Maio de 1988, p. 302.

“processos sancionatórios” (n.º 10)<sup>149</sup>. Tida como pacífica a inclusão entre estes dois procedimentos disciplinares, foi discutida a localização da norma num preceito dedicado às garantias do processo criminal, na qual viria a permanecer por uma questão de economia normativa<sup>150</sup> e foi discutido o respectivo alcance, sendo por uns defendida a aproximação ao processo penal (fundamentalmente, pela gravidade de algumas sanções disciplinares e uma relativa gravidade de certas penas)<sup>151</sup> e por outros rejeitada, por terem os processos disciplinares, argumentou-se, “uma natureza completamente diversa dos processos crime”<sup>152 153</sup>. O “respeito dos «direitos de defesa» é exigível, quando a medida tomada contra o administrado tem o carácter de sanção”, mesmo na falta de «texto escrito»<sup>154</sup>. O direito de ser ouvido em procedimento disciplinar “não constitui uma simples forma

---

<sup>149</sup>. Entre os quais, para além do processo disciplinar laboral privado, do procedimento disciplinar da função pública, foram nomeados, fundamentalmente, os “processos de instituições e de entidades parapúblicas”, dos “partidos políticos” e dos grupos desportivos (v.g., DAR, II Série-RC, de 12 de Maio de 1988, p. 303, DAR, II Série-n.º 71-RC, de 2 de Fevereiro de 1989, pp. 2149 a 2153 e DAR de 22 de Maio de 1989, p. 3292, onde se refere que não há propriamente um *numerus clausus*).

<sup>150</sup>. Diário da Assembleia da República, II Série-RC, n.º 20, de 12 de Setembro de 1996, pp. 540, 541, 543 e 544, Diário da Assembleia da República, II Série-RC, n.º 78, de 23 de Abril de 1997, pp. 2284 e 2285, DAR, II Série, II Série, n.º 68-RC, p. 2079, DAR, II Série-RC, de 12 de Maio de 1988, p. 303 (significativas as palavras de Costa Andrade: as garantias de defesa “já estão asseguradas no artigo 269.º, pelo que o que artigo 32.º-A do PCP introduz de novo é, do meu ponto de vista, e salvo melhor opinião, inconveniente”. A proposta do artigo 32.º-A era a da “consagração do princípio segundo o qual nos «processos disciplinares e, em geral, nos processos sancionatórios devem ser asseguradas ao arguido as garantias do processo criminal»”; o PCP veio manifestar a vontade de a retirar, por terem sido levantadas objecções várias que deponham no sentido do seu não acolhimento, a que foi obstado que, tendo sido assumida pela Comissão Eventual de Revisão Constitucional, não poderia ser retirada unilateralmente, acabando por ser aprovada a sua enunciação quanto aos processos de contra-ordenação, com a declaração de que o legislador não quis “restringir garantias em matéria de processo disciplinar mas, tão-só, assegurar, também constitucionalmente, o mínimo de garantias para o processo de mera ordenação social” – DAR, I Série, n.º 68, de 22 de Abril de 1989, p. 3291 e DAR, II Série, n.º 79-RC, de 7 de Fevereiro de 1989, pp. 2353 e 2356; mesmo quanto à formulação do, então, n.º 8 que foi inserido no artigo 32.º - “Nos processos de contra-ordenação são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa” – foi observado pelo Deputado Costa Andrade que não tinham que ser assegurados “necessariamente com a conformação que têm no processo penal”).

<sup>151</sup>. António Filipe, Diário da Assembleia da República, II Série-RC, n.º 78, p. 2285.

<sup>152</sup>. Luís Marques Guedes, Diário da Assembleia da República, II Série-RC, n.º 78, de 23 de Abril de 1997, p. 2284. Cfr., também, DAR, II Série-RC, n.º 20, de 12 de Setembro de 1996, pp. 541 e 542.

<sup>153</sup>. Na segunda revisão constitucional, a inserção de um número no artigo 32.º sobre as garantias do processo disciplinar suscitou idêntica discussão. A redacção proposta mencionava a aplicação aos processos sancionatórios não criminais de todas as garantias do processo criminal “adaptáveis”, notando que este termo era, no entanto, equívoco, assim como não certo o seu alcance face ao n.º 3 do artigo 269.º da CRP (DAR, II Série, n.º 11-RC, de 12 de Maio de 1988, pp. 302 e 303).

<sup>154</sup>. A afirmação do Conselho de Estado francês, no acórdão Dame Trompier-Gravier marcou o início da jurisprudência administrativa francesa na matéria Michel Stassinopoulos, *Le Droit de la Défense Devant les Autorités Administratives*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976, pp. 49 e 57.

processual, mas uma faculdade fundamental própria da defesa, da própria dignidade humana e que contribui para a justiça” concreta<sup>155</sup>. Trata-se de um valor jurídico essencial do Direito disciplinar em geral, da ideia de Estado de Direito que, como tal, não carece de previsão legal expressa<sup>156</sup>. “É, pois, um princípio geral de direito, na nossa ordem jurídica”<sup>157</sup>.

Do preceito constitucional em referência resulta uma determinada conformação do procedimento administrativo sancionatório: i) a distinção entre órgão instrutor e órgão com competência de decisão; ii) a existência de um momento formal de notificação pessoal da acusação; iii) a previsão legal da instrução contraditória a requerimento do arguido; iv) a necessidade da fundamentação dos juízos probatórios e dos juízos de qualificação jurídica que sustentam a decisão final.

O desencadear da acção disciplinar pressupõe a vigência de norma jurídica que permita a identificação com segurança das condutas passíveis de sanção disciplinar. Concomitantemente, as disposições relativas à disciplina não devem ser retroactivas, por razões de previsibilidade, salvo se forem mais benéficas para o trabalhador arguido em procedimento disciplinar (artigos 2.º, 18.º, n.º 2, e 266.º, n.º 2, da CRP)<sup>158</sup>. Dentro do parâmetro da legalidade sancionatória, importa referir que, se, por um lado, pode não ser de exigir a previsão em lei formal das condutas censuráveis, por outro lado, nem toda a normação administrativa ou autonormação constitui título idóneo à identificação das mencionadas condutas (v.g., regulamentos internos, circulares)<sup>159</sup>.

---

<sup>155</sup>. Conselho de Estado helénico, em 1933.

<sup>156</sup>. Michel Stassinopoulos, *Le Droit de la Défense Devant les Autorités Administratives*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976, pp. 53, 56, 57 e 72.

Na revisão constitucional de 1997, na qual foi discutida a previsão do recurso de amparo, o domínio aventado para a sua aplicação foi o da “garantia do due process (do processo equitativo das garantias de defesa), isto é, daquelas decisões em que, flagrantemente, os direitos de defesa, do contraditório, de ser ouvido em processos, sobretudo em processos sancionatórios, tenha sido inobservado pelos tribunais comuns” (Diário da Assembleia da República, II Série-RC, n.º 19, p. 454).

<sup>157</sup>. Barbosa de Melo, Diário da Assembleia da República, II Série-RC, n.º 20, de 12 de Setembro de 1996, p. 543, e n.º 78, de 23 de Abril de 1997, p. 2284.

<sup>158</sup>. Francisco Cardona, “Foundations and procedures on discipline of civil servants”, Outubro de 2002, p. 3, in <http://www.oecd.org/dataoecd/27/45/37197156.pdf>.

<sup>159</sup>. Questão que se identifica como a dos limites inferiores da remissão normativa da lei.

A imputação subjectiva da conduta ilícita constitui um pressuposto da respectiva punição. A relevância da culpa é, no essencial, no Direito disciplinar duplamente conformada: i) o arguido não pode alegar falta de conhecimento das regras de disciplina a que se encontra sujeito<sup>160</sup>; ii) a construção ampla dos tipos desatende, amiúde, a distinção entre dolo e mera culpa; iii) a responsabilidade é excluída, no entanto, quando o trabalhador seja inimputável ou se verifique causa de força maior ou quando não tenha absolutamente querido praticar a acção punível<sup>161</sup>.

A responsabilidade disciplinar corresponde a uma garantia de um modelo de comportamento exigível a determinada pessoa no quadro de uma relação jurídica em que aquela é um dos sujeitos da mesma.

Os direitos fundamentais constituem um limite ao exercício da acção disciplinar quer do ponto de vista substantivo quer do ponto procedimental, porque, por um lado, nem toda e qualquer conduta pode, à luz dos mesmos, ser abstracta e concretamente qualificada como infracção disciplinar, nem ser prevista toda e qualquer reacção punitiva e, por outro lado, porque o apuramento da responsabilidade disciplinar implica a realização de um procedimento que deve corresponder a um processo equitativo e justo.

O princípio da proporcionalidade constitui um limite tanto na determinação normativa das infracções e das sanções, postulando uma sua disposição gradativa, como um limite à respectiva aplicação (artigos 18.º, n.º 2, e 266.º, n.º 2, da CRP)<sup>162</sup>. A sanção deve ser proporcionada, na tripla vertente de idoneidade, necessidade e razoabilidade, em relação à infracção e às circunstâncias em que ocorreu<sup>163</sup>. O princípio constitui um parâmetro de controlo jurisdicional do exercício do poder disciplinar, cuja amplitude é aceite com maior reserva no Direito Administrativo do que no Direito do trabalho<sup>164</sup>.

---

<sup>160</sup>. Francisco Cardona, “Foundations and procedures on discipline of civil servants”, Outubro de 2002, p. 4, in <http://www.oecd.org/dataoecd/27/45/37197156.pdf>.

<sup>161</sup>. Francisco Cardona, “Foundations and procedures on discipline of civil servants”, Outubro de 2002, p. 4, in <http://www.oecd.org/dataoecd/27/45/37197156.pdf>.

<sup>162</sup>. Francisco Cardona, “Foundations and procedures on discipline of civil servants”, citado

<sup>163</sup>. Cfr. declaração de voto de Rosendo Dias José ao Acórdão do STA de 19 de Fevereiro de 2002, processo n.º 042461, JSTA0005780 e SA120020219042461.

<sup>164</sup>. Francisco Cardona, “Foundations and procedures on discipline of civil servants”, citado.

### 3. O problema da delimitação em face de Direitos próximos

O Direito disciplinar da função pública é em geral considerado como o direito regulador da dimensão disciplinar de certas relações de trabalho na Administração Pública. A dimensão disciplinar compreende quer o aspecto substantivo, relativo à identificação das infracções e das sanções disciplinares, quer o aspecto orgânico-procedimental, atinente aos órgãos competentes e ao modo ou trâmites do exercício do poder disciplinar. As relações de trabalho consideradas são as relações tituladas por vínculos jurídico-administrativos e regidas pelo Direito administrativo. Os trabalhadores abrangidos são aqueles aos quais é tradicionalmente reconhecida a qualidade de funcionários públicos e de agentes administrativos. Dir-se-á, assim, que o Direito disciplinar da função pública é Direito administrativo. Nesta hipótese, caberá saber em que é que se distingue de outros Direitos disciplinares do Direito administrativo, entre os quais constituem referências o Direito disciplinar das ordens profissionais, da situação de reclusão em estabelecimento prisional, em face dos estudantes de estabelecimentos de ensino público, dos juízes e dos magistrados do Ministério Público, embora se possa discutir a exclusivo da relevância do Direito administrativo para a sua compreensão.

O Direito que rege a organização e a actividade administrativa não é apenas o Direito administrativo<sup>165</sup>. Entre outros, ganhou protagonismo o recurso ao Direito privado. Quanto às relações de trabalho, cresceu o número daquelas que têm vínculos e regimes jus-laborais privados. Estas não estão, no entanto, excluídas da atenção do Direito administrativo, como melhor se verá. Às primeiras (tituladas por vínculos jurídico-administrativos) são também, por seu turno, em alguns dos seus aspectos, aplicadas normas do Direito do trabalho. A questão que se coloca é, pois, a de saber se o Direito disciplinar da função pública se distingue e em que medida do Direito disciplinar das relações de trabalho jus-laborais privadas, objecto da atenção do Direito do trabalho.

---

<sup>165</sup>. A confluência, no Direito disciplinar, de normas de outros ramos de Direito, com destaque para o Direito administrativo (substantial, procedimental e processual) e o Direito Penal e Processual Penal é registada por vários autores. Cfr., entre outros, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Da Publicação da Matéria de Facto nas Condenações nos Processos Disciplinares*, Instituto de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2000, p. 5.

A confluência, no Direito disciplinar da função pública, de normas do Direito penal substantivo e processual ou a sua comum utilização como parâmetro de referência demanda o respectivo posicionamento em face deste.

O Direito contra-ordenacional situa-se como que a meio caminho entre o Direito penal e o Direito administrativo. Terá tomado o espaço do direito sancionatório administrativo. O Direito disciplinar da função pública é percebido sobretudo como Direito sancionatório. Naquela e nesta medida, importa posicioná-lo em relação àquele.



**Subsecção I – As relações jurídicas disciplinares excluídas de estudo****§ 1 A relação jurídica própria das ordens profissionais**

1. A regulação profissional e as ordens profissionais
2. As profissões organizadas em ordens
3. As funções e os poderes públicos das ordens profissionais
  - 3.1. A função disciplinar
    - 3.1.1. O controlo público do exercício do poder disciplinar
    - 3.1.2. A tipologia de deveres
    - 3.1.3. O exercício do poder disciplinar em relação à actividade organizada em ordem profissional, desenvolvida no quadro de uma relação jurídica de emprego público

**§ 2 A relação jurídica de reclusão em estabelecimento prisional**

1. A prisão e a evolução do regime penitenciário
2. Conceito e fundamento do regime disciplinar penitenciário
  - 2.1. Natureza do regime disciplinar penitenciário
3. Princípios do regime disciplinar penitenciário
  - 3.1. O princípio da legalidade
    - 3.1.1. As infracções disciplinares
    - 3.1.2. As sanções disciplinares
  - 3.2. O princípio da culpa
  - 3.3. O princípio *non bis in idem*
  - 3.4. O princípio da proporcionalidade
  - 3.5. Princípio da exigência de procedimento disciplinar prévio

**§ 3 A relação jurídica estudantil pública**

1. O direito fundamental à educação e sistema público de ensino
2. O regime disciplinar dos estudantes do ensino público não superior
3. O regime disciplinar dos estudantes do ensino público superior

**§ 4 As relações jurídico-laborais privadas**

1. O fundamento e as funções do Direito disciplinar nas relações laborais estabelecidas com um empregador privado
2. Manifestações de contratualização da matéria disciplinar no Direito do trabalho
3. Garantias do trabalhador no exercício do poder disciplinar

**§ 5 A relação jurídica disciplinar dos juízes e magistrados do Ministério Público**

1. A responsabilidade disciplinar dos juízes
2. A responsabilidade disciplinar dos magistrados do Ministério Público

**Subsecção II – O Direito penal**

1. Termos da delimitação
2. As referências substantivas
  - 2.1 A concepção da identidade material
  - 2.2 A concepção da diferença qualitativa
  - 2.3 Traços de delimitação e da relação entre o Direito disciplinar e o Direito penal

- 2.3.1. O âmbito material de intervenção
- 2.3.2. Os fins da intervenção penal e da intervenção disciplinar
- 2.3.3. A estrutura das normas jurídicas penais e disciplinares
- 2.3.4. Os princípios fundamentais da responsabilidade penal e da responsabilidade disciplinar
- 2.3.5. A coexistência do desvalor jurídico disciplinar e do desvalor jurídico-penal relativamente a uma mesma conduta
- 2.3.6. A pena acessória de “proibição do exercício de função” pública
- 2.3.7. O conceito de “matéria penal” no artigo 6.º da CEDH
- 3. A perspectiva adjetiva
  - 3.1. A referência do processo penal no procedimento disciplinar
  - 3.2. A aplicação de princípios gerais de Direito processual penal
  - 3.3. A aplicação de regras do Direito processo penal
  - 3.4. A suspensão judicial cautelar do exercício de função pública

### **Subsecção III – O Direito sancionatório administrativo**

- 1. O Direito contra-ordenacional
  - 1.1. O âmbito do Direito contra-ordenacional
  - 1.2. As sanções contra-ordenacionais
- 2. As sanções administrativas
  - 2.1. As sanções aplicadas pelas entidades administrativas independentes
- 3. Outras medidas administrativas
  - 3.1. Meios de execução forçada

3.2. Medidas de polícia administrativa

4. As sanções aplicadas no âmbito dos contratos

5. As medidas disciplinares

Conclusões

## Subsecção I – As relações jurídicas disciplinares excluídas de estudo

### § 1 – A relação jurídica própria das ordens profissionais

#### 1. A regulação profissional e as ordens profissionais

As associações públicas constituem uma das formas de organização da Administração Pública, de prossecução de modo descentralizado de necessidades públicas específicas<sup>166</sup>. Os correspondentes interesses públicos coexistem e comungam parcialmente com os interesses próprios dos associados<sup>167</sup>. A organização destes serve a prossecução daqueles<sup>168</sup>.

As ordens profissionais<sup>169</sup> - que correspondem a uma das opções estaduais face “à tendência auto-regulatória das [ou de certas] profissões”<sup>170</sup>, uma das formas organizativas

---

<sup>166</sup>. É “uma das formas de descentralização democrática preconizada no artigo 6.º” da CRP- Parecer da Comissão Constitucional n.º 2/78, *in* Pareceres da Comissão Constitucional, 4.º Volume, INCM, 1979, p. 174.

Cfr., também, artigo 267.º, n.ºs 1 e 4, da CRP.

<sup>167</sup>. Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições de Direito Administrativo*, Lisboa, 1994/1995, pp. 378 e segs.

<sup>168</sup>. A “prossecução dos interesses dos sócios é um motor da realização da tarefa pública” – Rogério Ehrhardt Soares, “A Ordem dos Advogados. Uma Corporação Pública”, *in* Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 124.º, n.º 3807, de 1 de Outubro de 1991, p. 163.

<sup>169</sup>. A distinção entre ordens e colégios ou câmaras profissionais não é, nota Alessandro Catelani, uma distinção rigorosa à qual se possam atribuir diferenças jurídicas. As primeiras surgem, em princípio, como aquelas para cujo ingresso é necessário uma licenciatura (*Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico*, Milano, Dott., A. Giuffrè Editore, 1976, Università di Firenze, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, 1976, p. 2, nota 1). Marcelo Rebelo de Sousa escreve que as ordens profissionais “englobam quer aquelas associações públicas que como tal se designam, quer as câmaras, uma e outras constituídas por pessoas singulares privadas, que exercem uma mesma profissão” e cujos objectivos são os mesmos (Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições de Direito Administrativo*, Lisboa, 1994/1995, p. 388).

O termo “ordem”, no contexto dos grupos profissionais, é localizado originariamente em França, para identificar os “agrupamentos de profissionais livres que anteriormente formavam os das corporações” (Piergiovanni Piscione, *Ordine e Collegi Professionali*, Milano, Dott. A. Editore, Università degli Studi di Roma, 1959, p. 3). A integração do indivíduo em grupos profissionais, no pós-revolução, é lido (havendo que preservar a liberdade dos indivíduos relativamente aos grupos) como fruto de um “contrato que livremente o profissional celebra com os outros colegas, em pé de igualdade, com vista à realização de um determinado objecto” (Piergiovanni Piscione, *Ordine e Collegi Professionali*, cit., p. 10). Os antepassados das ordens actuais são, especifica Marcelo Rebelo de Sousa, não as organizações de mestres medievais, mas, no liberalismo, “pessoas colectivas privadas de natureza associativa reunindo profissionais de uma mesma actividade liberal” (*Lições de Direito Administrativo*, cit., pp. 390 e 391).

<sup>170</sup>. Cfr. Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, p. 261. Seguindo Shuppert, assinala a publicização da associação profissional como uma alternativa estadual face à “vocação auto-regulatória das profissões”, sendo as outras a de se limitar a consentir a regulação privada e de a reconhecer “oficialmente e regulá-la”. Ver também Acórdão n.º 282/86 – Processo n.º 4/85, DR., I Série, n.º 260, de 11 de Novembro de 1986, p. 3389, e STC 225/2006, de 17 de Julho de 2006, p. 6, ponto II.2 (*in* <http://www.tribunalconstitucional.es> (“a inscrição obrigatória em corporações

pelas quais pode ser assegurada a respectiva regulação e disciplina<sup>171</sup> - são associações públicas de sujeitos privados que exercem uma mesma profissão, que postulam uma relação de confiança e credibilidade com o público e correspondem a interesses públicos específicos (por exemplo, os relativos ao acesso ao direito e à garantia do direito à saúde). Organizam a representação e defesa dos respectivos associados, designadamente na inter-relação com os poderes públicos, e a selecção, disciplina, conservação e regulação do respectivo exercício profissional<sup>172</sup>, independentemente de o ser como actividade privada<sup>173</sup>. “O bem público, o fim de interesse público, que a lei entende salvaguardar é

---

públicas é uma situação excepcional relativamente ao princípio essencial da liberdade; deve encontrar, por isso, justificação suficiente, seja nas disposições constitucionais, seja nas características dos fins de interesse público que prosseguem tais corporações, de que resulte a dificuldade de obter tais fins sem recorrer a uma adstricção forçosa a um ente corporativo”).

<sup>171</sup>. Dependendo do legislador, pode ficar directamente a cargo do Estado-Administração, ser cometida a entes da Administração indirecta do Estado, que consubstancia uma forma instrumental de protecção de alguns dos seus interesses e ser delegada “em pessoa colectiva privada representativa dos interesses de certa classe profissional, que assume estatuto de interesse público”. Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa, Lições de Direito Administrativo, cit., p. 389, e Alessandro Catelani, Gli Ordini e I Collegi Professionali, cit., pp. 52 a 54, e Piergiovanni Piscione, Ordine e Collegi Professionali, cit., pp. 11 e 13: nos anos cinquenta, em Itália, as ordens deixaram de ser associações de direito privado para passar a ser um “ente público associativo, necessário para o ordenamento do Estado”, da inscrição no qual depende a possibilidade de exercício de certas profissões). Ver, ainda, Carlos Blanco de Moraes, “As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 61, Janeiro 2001, p. 106, Jean-Marc Duval, “Faute personnelle, faute disciplinaire et faute pénale, en matière d’activité médicale hospitalière”, Revue du Droit Public, n.º 6, 2001, p. 1859, e Parecer da Comissão Constitucional n.º 2/78, in Pareceres da Comissão Constitucional, 4.º Volume, Lisboa, INCM, 1979, pp. 162 a 167, 172 e 173 (onde se destaca a “dupla face” do ponto de vista dos interesses da Ordem dos Médicos e se referenciam “especialidades e desvios aos princípios gerais das associações”, justificativas do seu tratamento em sede de Direito Administrativo).

<sup>172</sup>. Piergiovanni Piscione, Ordine e Collegi Professionali, cit., pp. 1 e 11, Marcelo Rebelo de Sousa, Lições de Direito Administrativo, cit., pp. 388 e 389, Vital Moreira, Auto-Regulação Profissional e Administração Pública, cit., p. 261 (“O que existe de singular nas ordens é o facto de serem simultaneamente associações de defesa de interesses profissionais e entes públicos reguladores.”) e Parecer da Comissão Constitucional n.º 2/78, citado, p. 163. Cfr. artigos 1.º, n.ºs 1 e 2, e artigo 3.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro. A lógica das ordens não é, pois, a lógica sindical, de defesa exclusiva dos interesses profissionais dos respectivos associados (Piergiovanni Piscione, Ordine e Collegi Professionali, cit., p. 94).

No Parecer da Comissão Constitucional n.º 2/78 prevaleceu o entendimento de que a ordem profissional (caso, a Ordem dos Médicos) “não é uma associação para efeito do artigo 46.º da Constituição”, com voto de vencido de Luís Nunes de Almeida (Pareceres da Comissão Constitucional, 4.º Volume, cit., pp. 184, 186 e 187).

<sup>173</sup>. Assim, observa o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no Acórdão proferido no caso König c. Alemanha, de 1978, que a responsabilidade “que cabe à profissão médica em face da sociedade inteira, não modifica no entanto o carácter privado da actividade do médico; apesar da grande importância social, ela é acessória da actividade do médico e encontra-se o equivalente noutras profissões de carácter inegavelmente privado” (considerando 93, p. 22). No entanto, os juizes Mtscher e Pinheiro Farinha acentuam o aspecto da

consubstanciado pelo resultado daquela actividade profissional”<sup>174</sup> e pela existência de garantias da prestação idónea do serviço que asseguram aos respectivos destinatários<sup>175</sup>. A organização de certas actividades profissionais em ordens traduz o reconhecimento pelo Estado da particular relevância pública do seu exercício e de um centro de interesses públicos próprios, que se auto-governa, representando-os e por eles se responsabilizando<sup>176</sup>

177 .

## 2. As profissões organizadas em ordens

---

regulação pública da profissão (p. 32 e p. 36, respectivamente - <http://cmiskp.echr.coe.int/>).

<sup>174</sup>. “Tornando-a objecto de uma particular disciplina publicística, o legislador mostra que a considera socialmente útil e juridicamente relevante a actividade dos singulares profissionais”. Cfr. Alessandro Catelani, *Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico*, cit., p. 30, nota 30, e p. 45.

Em França, desde “a jurisprudência Bouguen [, de 1943, que] é admitido que a organização e o controle do exercício da profissão médica constituem uma actividade de serviço público”. Cfr. Patrick Schultz, “Le Conseil d’État et les pouvoirs de l’Ordre des Médecins”, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L’Étranger*, Novembre-Décembre, 1976, n.º 6, p. 1427.

Rogério Soares fala numa vantagem negativa e numa vantagem positiva da escolha do Estado pela manifestação do seu “poder organizatório com a instituição duma corporação pública”, respectivamente, o desagravamento da “sua máquina própria” e, principalmente, “colocar ao serviço da satisfação do interesse público a diligência dos membros da corporação”. Cfr. “A Ordem dos Advogados. Uma Corporação Pública”, cit., p. 163.

<sup>175</sup>. Sobre a tutela do interesse geral da clientela ou destinatários do serviço prestado, ver Patrick Schultz, “Le Conseil d’État et les pouvoirs de l’Ordre des Médecins”, cit., pp. 1439 a 1442.

<sup>176</sup>. Sobre a contestação da ordem dos médicos em França e o questionamento da sua falta de representatividade, ver Patrick Schultz, “Le Conseil d’État et les pouvoirs de l’Ordre des Médecins”, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L’Étranger*, Novembre-Décembre, 1976, n.º 6, p. 1426. A título de exemplo, é significativa a definição legal da Ordem dos Advogados como “a instituição representativa dos licenciados em Direito que, em conformidade com os preceitos d[o respectivo] Estatuto e demais disposições legais aplicáveis, exercem a advocacia.” (n.º 1 do artigo 1.º do Estatuto, versão republicada pelo Anexo II à Lei n.º 80/2001, de 20 de Julho) e a afirmação da Ordem como “independente dos órgãos do Estado, sendo livre e autónoma nas suas regras.” (n.º 2 do artigo 1.º).

O Parecer n.º 1/78, da Comissão Constitucional, refere-se ao “interesse dos particulares, da sociedade dos membros da organização profissional que formam” (Pareceres da Comissão Constitucional, 4.º Volume INCM, 1979, p. 147).

<sup>177</sup>. Pertencem à categoria das “instituições sociais ou redes de relações auto-reguladas” (p. 27) reconhecidas como autónomas “instâncias de normaçoão e de resolução de conflitos”, para além do - e no reconhecimento do - ordenamento jurídico estadual e como importantes sustentáculos da convivibilidade social ordenada. Nesta ou para esta autonomia, o ordenamento jurídico estadual não é um opositor ou concorrente. Antes supõe a eficácia da ordem jurídica estadual, encontrando nela parametricidade, vigilância e promoção (António Manuel Hespanha, “Lei e Justiça: história e prospectiva de um paradigma”, in *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*, Lisboa, s/data, Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 27, 28, 34 e 35). António Hespanha equaciona se estas ordens disciplinares são verdadeiros “sistemas jurídicos” ou antes se aproximaram do *habitus* de P. Bourdieu, ou seja, são “condicionamentos irreflectidos de acção” (p. 28).

As ordens, como referido, são “expressão do interesse publicístico ao correcto exercício d[e] dada] profissão, não somente da classe, que o sentirá de modo particular, mas de toda a colectividade”<sup>178</sup>. Estão em causa as “clássicas profissões liberais”, que pressupõem uma especial habilitação e/ou capacitação e o “exercício independente e individual”, embora se tenha relativizado a correlativa prestação autónoma, pelo seu exercício assalariado e em moldes societários<sup>179</sup>. São, no entanto, profissões que se distinguem por três características cumulativas: (1) a dimensão ou o elemento intelectual da actividade, que exigem um “elevado grau de formação científica e técnica”<sup>180</sup>; (2) a autonomia técnica e mesmo a independência do seu exercício (ainda que realizada num contexto de subordinação jurídica)<sup>181</sup>; (3) e o relevo da “natureza particularmente pessoal dos interesses que o cliente confia ao profissional”<sup>182</sup>, impondo um particular “sentido de dever” para com os destinatários dos respectivos serviços<sup>183</sup>.

---

<sup>178</sup>. Alessandro Catelani, *Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico*, cit., p. 37, e Parecer da Comissão Constitucional n.º 2/78, citado, p. 178.

Os interesses do grupo profissional publicizam-se ou relevam no palco da satisfação de interesses públicos, de harmonia ou em contraste com os interesses a cargo de outros entes públicos (Piergiorgio Piscione, *Ordine e Collegi Professionali*, cit., 1959, p. 14). Nem a todos os grupos profissionais é reconhecida esta dimensão ou qualidade pública e existe o correlativo interesse estatal no controlo publicístico das respectivas profissões. É certo, constitui “interesse primário da ordem jurídica o desenvolvimento do associativismo (“público” ou “privado”), no qual é fundamental o respeito da posição do associado” e, no âmbito de procedimento disciplinar, devidamente tutelada a qualidade de arguido (Ivone Cacciavillani, *Il Diritto Disciplinare*, Cedam, 1994, Padova, p. 57), sem prejuízo da possibilidade de serem objecto de regulação estatal. Mas nem todos ascendem à qualidade de entes públicos (autónomos) e chegam a ser a expressão organizativa pública de uma profissão, tradicionalmente e ou em regra, liberal (Piergiorgio Piscione, *Ordine e Collegi Professionali*, cit., p. 127), com carácter de associação obrigatória.

<sup>179</sup>. O controlo do acesso à profissão e o controlo disciplinar dos associados existe para além da forma, juridicamente autónoma e subordinada, como é desenvolvida. Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições de Direito Administrativo*, pp. 392 e 393, e Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, pp. 260 a p. 264.

<sup>180</sup>. Parecer da Comissão Constitucional n.º 2/78, citado, p. 171.

<sup>181</sup>. No interesse dos respectivos profissionais e no da colectividade. Piergiorgio Piscione, *Ordine e Collegi Professionali*, cit., pp. 92 e 93, e Acórdão – Recurso extraordinário do Tribunal de Contas n.º 8/95, Decisão n.º 7262/94, publicado no DR., I Série, n.º 299, de 29 de Dezembro de 1995.

O Estatuto da Ordem dos Advogados, permitindo expressamente o “exercício da actividade em regime de subordinação”, enfatiza que esse exercício não pode afectar a “isenção e independência do advogado ... ou os princípios deontológicos da profissão” e confere à Ordem amplos poderes de controlo da respectiva salvaguarda. Cfr. artigo 68.º do Estatuto aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, e o artigo 55.º da versão anterior do mesmo Estatuto (Anexo II à Lei n.º 80/2001, de 20 de Julho).

<sup>182</sup>. Alessandro Catelani, *Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico*, cit., pp. 4 a 6, 89 a 96.

<sup>183</sup>. Parecer da Comissão Constitucional n.º 2/78, citado, p. 172.



### 3. As funções e os poderes públicos das ordens profissionais

As funções das ordens são, como resulta do exposto, fundamentalmente três: a função de regulação, a função disciplinar e a função de representação da profissão<sup>184</sup>.

As tarefas de regulação e disciplina justificam a atribuição às ordens profissionais de alguns poderes públicos, seja para o interior do grupo, seja no relacionamento exterior<sup>185</sup>, de que se destacam:

- (1) o poder de triar ou controlar o acesso ao e a permanência no exercício da respectiva profissão;
- (2) o poder de regulamentar o exercício da profissão, segundo determinados padrões deontológicos e *legis artis*;
- (3) o poder de fixar o montante das quotas, de as exigir e cobrar;
- (4) o poder de conciliação, pela resolução de determinados diferendos entre os seus membros e entre estes e os clientes; e
- (5) o poder disciplinar.

Quanto à função de regulação, trata-se quer de regular o acesso à profissão quer o respectivo exercício. A ordem determina aqueles que em cada momento a podem exercer, seja porque pressupõe a correspondente inscrição e a posse do título profissional, por si atribuído, seja porque afere da manutenção da respectiva vinculação<sup>186</sup>. A pertença

---

<sup>184</sup>. Alessandro Catelani (Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico, cit.) destaca as seguintes funções das ordens profissionais: a) “organização da categoria” profissional, *maxime*, pelo controlo das inscrições e do cancelamento das inscrições (p. 110); b) de representação (dos “interesses comuns ao grupo profissional e à colectividade nacional”: designação dos representantes noutros órgãos e instituições e emissão de pareceres pp. 111 a 114); c) função certificativa e de arquivo (pp. 114 a 116); d) função de conciliação (pp. 117 a 119); e) e função tributária, pela exigência de pagamento de quotas anuais e de taxas (de inscrição), as quais são de pagamento obrigatório porque o é o serviço prestado para quem exerce determinadas profissões (p. 120). Cfr., também, Rogério Ehrhardt Soares, “A Ordem dos Advogados. Uma Corporação Pública”, cit., pp. 164 e 165, Vital Moreira, Auto-Regulação Profissional e Administração Pública, cit., pp. 254 a 271, e Acórdão n.º 282/86 – Processo n.º 4/85, DR., I Série, n.º 260, de 11 de Novembro de 1986, p. 3389.

<sup>185</sup>. Piergiovanni Piscione, Ordine e Collegi Professionali, cit., pp. 14 e 15, e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 373/2004 – Processo .º 131/2002, DR., I Série-A, n.º 152, de 30 de Julho de 2004, pp. 3983 a 3986, *maxime*, p. 3985.

<sup>186</sup>. Cfr., a título de exemplo, artigos 3.º, alínea b), 77.º, 78.º, 86.º, alínea d), e 181.º do Estatuto da

necessária ao ente público profissional constitui o cardinal do sistema. Com efeito, “se os indivíduos não fossem obrigados a ser membros das respectivas ordens profissionais, para exercer certas profissões, os objectivos da sua disciplina não poderiam ser conseguidos”<sup>187</sup>. Por outro lado, é uma forma de inclusão participada dos respectivos membros, evitando a formal imposição aos não inscritos das respectivas prescrições<sup>188</sup>. Constitui uma restrição à liberdade de associação<sup>189</sup> e à liberdade de escolha da profissão ou do género de trabalho, justificada pelos fins públicos que tutela<sup>190</sup>. Tem, assim, que ser acautelado o “direito de

---

Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, e os artigos 3.º, n.º 1, alínea b), 53.º, n.º 1, 69.º, 73.º, 79.º, alínea e), e 156.º e do Estatuto anterior, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 84/84, de 16 de Março, na versão constante do anexo II à Lei n.º 80/2001, de 20 de Julho. Ver também Acórdão do TC n.º 282/86 – Processo n.º 4/85, DR., I Série, n.º 260, de 11 de Novembro de 1986, p. 3387, Acórdão n.º 495/2003/T. Const. – Processo n.º 264/2003, DR., II Série, n.º 270, de 21 de Novembro de 2003, pp. 17 505 a 17 507, e Parecer n.º 1/78, citado, pp. 143 e 144.

<sup>187</sup>. Alessandro Catelani, *Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico*, cit., pp. 73 e 74, e Rogério Ehrhardt Soares, “A Ordem dos Advogados. Uma Corporação Pública”, cit., pp. 163 e 164.

Marcello Caetano regista, relativamente às confrarias, que, tendo, com o decurso do tempo, “afrouxado a fé”, “a reprovação da conduta dos que se furtavam às obrigações de confrade deixou de ser suficiente para intimidá-los. Tornou-se necessário pedir providências ao Poder que, em diversos actos, declarou obrigatória para os mestres a inscrição obrigatória nas confrarias e irmandades - inscrição obrigatória que passou a constituir requisito indispensável para se poder ser admitido a exame de mestria.” - “Antecedentes do Corporativismo Moderno”, *História da Administração Central, Local e Corporativa e “A antiga organização dos mesteres da cidade de Lisboa”, História da Organização Administrativa de Lisboa, in Estudos de História da Administração Pública Portuguesa*, cit., p. 158. Ver, também, Patrick Schultz, “Le Conseil d’État et les pouvoirs de l’Ordre des Médecins”, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L’Étranger*, Novembre-Décembre, 1976, n.º 6, p. 1436.

<sup>188</sup>. Rogério Ehrhardt Soares, “A Ordem dos Advogados. Uma Corporação Pública”, cit., p. 164.

<sup>189</sup>. Jesús Jordano Fraga, *Nulidad de los Actos Administrativos y Derechos Fundamentales*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997, p. 287, Parecer da Comissão Constitucional n.º 2/78, cit., p. 176 (“O regime particular da Ordem dos Médicos [como o de organizações da mesma natureza em outras profissões] significa a subtracção ao domínio da liberdade garantida pelo artigo 46.º da Constituição de um objecto possível de associação dos cidadãos, subtracção justificada pelo cunho de universalidade que adquirem as suas funções específicas”) e Rogério Ehrhardt Soares, “A Ordem dos Advogados. Uma Corporação Pública”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 124.º, n.º 3809, de 1 de Dezembro de 1991, pp. 226 e 227 (o autor destaca que a criação de corporações públicas a que “atribua uma parcela das suas tarefas” inclui-se no “poder organizatório do Estado”, com o que “não se toca pois a liberdade de associação privada”).

<sup>190</sup>. Rogério Ehrhardt Soares, “A Ordem dos Advogados. Uma Corporação Pública”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 124.º, n.º 3809, de 1 de Dezembro de 1991, pp. 228 e 229. Os elementos do “direito à profissão” são “a escolha, a admissão, a assunção e aperfeiçoamento, como também o abandono da profissão.” (p. 228). A limitação reside fundamentalmente no fazer depender o acesso à profissão e a manutenção da mesma da observância de “condições subjectivas”, “directamente relacionadas com a pessoa do pretendente, tais como formação profissional, capacidade pessoal” (pp. 229 e 230, e Ano 124.º, n.º 3810, de 1 de Janeiro de 1992, p. 268). Cfr., também, Acórdão n.º 495/2003/T. Const. – Processo n.º 264/2003, DR., II Série, n.º 270, de 21 de Novembro de 2003, pp. 17 505 a 17 507, e Parecer da Comissão Constitucional n.º 2/78, cit., p. 185.

inscrição”, designadamente, pela definição legal dos requisitos de inscrição, tendencial vinculatividade do poder de a recusar, “direito de recurso para instâncias estranhas à Ordem em caso de recusa”<sup>191</sup>. À obrigatoriedade da inscrição e, portanto, da relação jurídica entre o associado e a ordem contrapõe-se, na relação jurídica de emprego público, a voluntariedade da respectiva constituição e vigência.

Uma vez nela admitido na ordem, o indivíduo fica submetido um estatuto jurídico no qual se destacam:

- a) O direito de exercer autonomamente certa profissão, a título de profissão liberal ou, em todo o caso, de a exercer “conservando a sua independência profissional”<sup>192</sup>, o que é também um privilégio, “porque o cliente é obrigado a recorrer às respectivas prestações, se quer dispor do serviço de sujeitos tecnicamente qualificados úteis aos fins por si pretendidos”<sup>193</sup>.
- b) O dever, noutro verso, de a exercer segundo certa disciplina, independentemente do vínculo jurídico que titule o respectivo exercício; a pertença à ordem funda a “exigência de comportamentos concretos cuja omissão pelo destinatário do acto determina a sua responsabilidade”<sup>194</sup>.

As ordens profissionais dispõem de autonomia regulamentar, no exercício de cujo poder normativo podem elaborar e aprovar regulamentos relativos à sua organização e funcionamento, ao exercício da profissão e às regras deontológicas e disciplinares<sup>195</sup>. Os

---

<sup>191</sup>. Parecer da Comissão Constitucional n.º 2/78, cit., pp. 179 e 180.

<sup>192</sup>. Jean-Marc Duval, “Faute personnelle, faute disciplinaire et faute pénale, en matière d’activité médicale hospitalière”, *Revue du Droit Public*, n.º 6, 2001, pp. 1850, 1844 e p. 1848 e Alessandro Catelani, *Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico*, cit., pp. 34, 43, 48 a 50 135 e 140, nota 5.

<sup>193</sup>. Alessandro Catelani, *Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico*, cit., p. 43.

<sup>194</sup>. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, Novena Edición, Thomson Civitas, 2004, p. 33 (: Os actos de admissão, mediante os quais um indivíduo “ingressa numa colectividade ou grupo (um colégio profissional, por exemplo), constituem exemplo de actos favoráveis que fundam a “exigência de comportamentos concretos cuja omissão pelo destinatário do acto determina a sua responsabilidade”. A “imposição de deveres e obrigações não é [, pois,] privativa dos chamados actos de gravame (ordens, mandatos, proibições, sanções)”), Alessandro Catelani, *Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico*, cit., pp. 135 e 143, e Jean-Marc Duval, “Faute personnelle, faute disciplinaire et faute pénale, en matière d’activité médicale hospitalière”, cit., pp. 1846 e 1848.

<sup>195</sup>. Cfr., a título de exemplo, o artigo 3.º, alínea a), 2.ª parte, o artigo 43.º, n.º 1, alínea h) – “Elaborar e aprovar o seu próprio regulamento” –, alínea j) – “Elaborar e aprovar o regulamento disciplinar”, artigo 45.º, n.º 1, alínea g) – “Elaborar e aprovar os regulamentos de inscrição dos advogados portugueses, o regulamento

regulamentos destes entes autónomos não podem, como qualquer outro regulamento, deixar de respeitar a lei e os regulamentos estatais e não podem incidir sobre matérias que não caibam dentro das respectivas finalidades institucionais. Seria, desta feita, inadmissível uma norma regulamentar que proibisse os respectivos elementos de formular críticas aos órgãos directivos ou que, para o exercício da profissão, colocasse condições não previstas na lei<sup>196</sup>.

A regulação do exercício da profissão pode envolver a resolução de controvérsias entre profissionais ou entre estes e clientes<sup>197</sup>.

A instituição “representa os interesses profissionais só enquanto sejam coincidentes com os da inteira colectividade e, portanto do conjunto daqueles que exercem a profissão”<sup>198</sup>, razão pela qual se entende que improcede, contra aquela função, a arguição de parcialidade<sup>199</sup>. No emprego público, os interesses em causa são os do empregador público, instrumentais à realização das atribuições e dos interesses públicos da pessoa colectiva correspondente.

As ordens dispõem de “poderes de natureza parafiscal”, que lhes permitem fixar o valor das quotas a pagar e de emolumentos pela emissão de documentos e pela prática de actos no

---

de registo e inscrição dos advogados provenientes de outros Estados membros da União Europeia, o regulamento de inscrição dos advogados estagiários, o regulamento de estágio, da formação contínua e da formação especializada, com inerente atribuição do título de advogado especialista, o regulamento de inscrição de juristas de reconhecido mérito, mestres e outros doutores em Direito, o regulamento sobre os fundos dos clientes, o regulamento da dispensa de sigilo profissional, o regulamento do trajo e insígnia profissional e o juramento a prestar pelos novos advogados” - do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro.

<sup>196</sup>. Piergiovanni Piscione, *Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico*, cit., p. 86.

<sup>197</sup>. Cfr., por exemplo, artigos 3.º, alínea f), 40.º, alíneas a) a c), 43.º, n.º 3, alínea e), 55.º, n.º 1, alínea d), do Estatuto da Ordem, aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, e os artigos 3.º, n.º 1, alínea e), 40.º, n.º 1, alínea m), 42.º, n.º 1, alínea t), 47.º, n.º 1, alínea i), e 48.º-C, alíneas c) e d), do anterior Estatuto.

<sup>198</sup>. Piergiovanni Piscione, *Ordine e Collegi Professionali*, cit., p. 118.

Nas ordens profissionais, a prossecução de específicos interesses públicos, determinando a existência e actuação do ente profissional, é uma incumbência estadual.

<sup>199</sup>. Alessandro Catelani, *Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico*, cit., p. 175 (: os poderes da ordem devem ser exercidos em conformidade com as exigências do interesse público e não funcionalizados aos interesses de parte da categoria de profissionais que agrupa e representa), Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, cit., p. 265 (: “as funções de regulamentação pública se hão-de traduzir pelo menos em estritas limitações às funções de representação e defesa dos interesses profissionais”) e Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 388 (: Os poderes recebidos, “em regra pertencentes ao Estado-Administração”, são-no “em atenção ao interesse público da profissão considerada”, cuja regulação e disciplina é cometida à ordem, sem que o seu objectivo primacial deixe de ser a “representação dos seus associados”).

âmbito de serviços prestados<sup>200</sup>. Constitui dever dos associados o pagamento pontual das quotas e outros encargos, cuja inobservância pode acarretar, por exemplo, a perda de direitos de participação, como o de eleger e ser eleito para órgãos da ordem<sup>201</sup>.

### 3.1. A função disciplinar

À necessidade de regular o exercício de profissão organizada em ordem liga-se o respectivo poder disciplinar<sup>202</sup>. “O direito disciplinar – escreve Pierre Lambert – nasceu antes mesmo da intervenção dos poderes públicos, da vontade de desenvolver no seio das organizações profissionais de regras éticas e de solidariedade”, “direito que se incorporou naturalmente na organização do Estado, assim que o legislador reconheceu as ordens profissionais e lhes delegou certas prerrogativas”<sup>203</sup>. A pertença necessária é instrumental relativamente às “funções disciplinares”<sup>204</sup>. Na expressão de Rogério Soares, a inscrição “só ganha sentido [à luz do interesse público prosseguido] se a corporação dispuser dum efectivo poder de disciplina e controlo sobre os [membros da ordem]”<sup>205</sup>.

O inverso se passa na relação jurídica de emprego público, em que o poder disciplinar é aí instrumental. A relação jurídica disciplinar ordena-se à garantia dos deveres e obrigações do trabalhador naquela<sup>206</sup>.

---

<sup>200</sup>. Cfr. Parecer da Comissão Constitucional n.º 2/78, cit., pp. 185 e 186, e, por exemplo, artigo 45.º, n.º 1, alíneas l) e m), do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro).

<sup>201</sup>. Cfr., por exemplo, artigo 86.º, alínea e), da Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro.

<sup>202</sup>. Jean-Marc Duval observa que, “frequentemente, no direito administrativo repressivo a função de regulação (...) impõe a função de retribuição (...). E, isto, particularmente em matéria profissional, e singularmente no domínio médico, na medida em que *o poder disciplinar da ordem aparece intimamente ligado ao poder de regulamentação de uma profissão que lhe é reconhecida por delegação do Estado*”. Cfr. “Faute personnelle, faute disciplinaire et faute pénale, en matière d’activité médicale hospitalière”, *Revue du Droit Public*, n.º 6, 2001, p. 1859 (itálico nosso).

<sup>203</sup>. “L’interdiction professionnelle dans le droit disciplinaire des ordres et des instituts professionnels, en Belgique”, in *Liber amicorum* Raymond Screvens, *L’Interdiction professionnelle en Droit Comparé* Editions Nemesis, Bruxelles, 1986, p. 166.

<sup>204</sup>. Piergiorgio Piscione, *Ordine e Collegi Professionali*, cit., p. 141 (a ligação social do grupo, isto é, da instituição é o fundamento do poder disciplinar).

<sup>205</sup>. Rogério Ehrhardt Soares, “A Ordem dos Advogados. Uma Corporação Pública”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 124.º, n.º 3810, de 1 de Janeiro de 1992, p. 267. No mesmo sentido, Vital Moreira, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, cit., pp. 194 e 195 (“... uma das principais justificações da administração autónoma profissional é justamente a de exonerar o Estado dessas tarefas [da “capacidade de definir e/ou julgar as infracções às leis e aos regulamentos e aplicar as competentes sanções aos membros ou agrupamento auto-administrado”], confiando-as à própria profissão.”).

<sup>206</sup>. Alessandro Catelani, *Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico*, cit., p. 157, nota 18.

As ordens têm “jurisdição disciplinar exclusiva” sobre os seus membros<sup>207</sup>. O membro da ordem fica sujeito ao respectivo poder disciplinar, que acautela, no essencial, o correcto exercício da profissão<sup>208</sup>, de acordos com as respectivas regras deontológicas e regras funcionais instrumentais<sup>209</sup>. Desta feita, é um instrumento de conservação da sua ordem jurídica e de ordenação e regulamentação do exercício da profissão<sup>210</sup>.

O ajuizamento “interno”, pelos órgãos próprios, da observância de tais regras é potencialmente melhor informado pelo respectivo conhecimento técnico<sup>211</sup>. Aqueles que nela têm interesse, que são todos os associados, organizam o respectivo exercício<sup>212</sup>, sob o “olhar atento da comunidade” (Marcello Caetano)<sup>213</sup>.

---

Na relação jurídica de emprego público, existem outras formas de garantir o cumprimento dos deveres e obrigações, como, por exemplo, através da classificação de serviço e associando-lhe efeitos desfavoráveis em termos de evolução na carreira.

<sup>207</sup>. Cfr. artigos 3.º, n.º 1, alínea g), 109, n.º 1, do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro), o artigo 3.º, n.º 2, alínea h), do Estatuto da Ordem dos Enfermeiros, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 104/98, de 21 de Abril.

<sup>208</sup>. Acentua Alessandro Catelani que “toda a organização profissional roda em torno da inscrição, e as funções dos entes profissionais, que tais organizações personalizam caracterizando os respectivos fins institucionais” (Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico, cit., pp. 135 e 157, nota 18). “Nas profissões em particular (...), o poder disciplinar é importantíssimo: na verdade, como todos sabemos, *trata-se do único modo de exercitar um controlo e fazer justiça num campo delicadíssimo e técnico*. É evidente que sobre o comportamento de um médico é só o poder disciplinar aquele que conta, porque nenhum juiz estará em condições de saber onde [e] como o profissional errou” - Cammelli *apud* Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, cit., p. 104, nota 160 (itálico nosso).

<sup>209</sup>. Cfr., a título de exemplo, os artigos 54.º, alíneas a) e b), e 118.º, do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro) e os artigos 53.º, n.º 3, e 55.º, n.º 1, Estatuto da Ordem dos Enfermeiros (Decreto-Lei n.º 104/98, de 21 de Abril).

<sup>210</sup>. Alessandro Catelani, Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico, cit., pp. pp. 69 a 71, 154 e 155, 209 e 210, Jean-Marc Duval, “Faute personnelle, faute disciplinaire et faute pénale, en matière d’activité médicale hospitalière”, cit., p. 1849 (“enquanto médicos, inscritos na Ordem profissional, estão submetidos ao Código deontológico médico e sob a alçada da disciplina profissional”) e artigos 3.º, n.º 1, alínea c), 83.º e 110.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro).

<sup>211</sup>. Piergiovanni Piscione, Ordine e Collegi Professionali, cit., pp. 83 e 140, e Alessandro Catelani, Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico, cit., pp. 164 e 165 e 237. É diluída a fundamentação do exercício de tais poderes em invocada “relação organizatória na qual, do ponto de vista passivo, se encontra [o profissional] numa situação de sujeição particular, de direito público” face ao poder de supremacia especial da instituição”.

<sup>212</sup>. Marcello Caetano, referindo-se às confrarias sob as quais se organizavam certos ofícios, informa que os mestres e oficiais elegiam, anualmente, de entre eles, um ou dois elementos para juizes (e um para escrivão), exercendo estes o respectivo poder disciplinar, fiscalizando a observância dos “*regimentos disciplinares do ofício e a perfeição das obras produzidas*” e aplicando as sanções que se justificavam (; eram também examinadores e vedores ou inspectores) – “Antecedentes do Corporativismo Moderno”, História da Administração Central, Local e Corporativa e “A antiga organização dos mesteres da cidade de Lisboa”, História da Organização Administrativa de Lisboa, cit., p. 349 e pp. 138 e 145 (itálico nosso). Ver, também,

Na relação jurídica de emprego público, a separação entre os interesses do trabalhador visado, do empregador público e dos demais trabalhadores da instituição, mesmo no plano simbólico (para além de no plano jurídico-formal e substantivo) é marcada; os interesses são heterogéneos. Os interesses são tendencialmente homogéneos nas ordens profissionais.

### 3.1.1. O controlo público do exercício do poder disciplinar

No exercício do poder disciplinar nesta sede, está em causa “matéria sensível e melindrosa..., que toca no santuário de direitos e deveres de cada profissional [-destacando-se o direito fundamental de escolha da profissão ou género de trabalho (artigo 47.º, n.º 1, da Constituição)<sup>214</sup>-], no sentido de responsabilidade de cada um na sua assunção e no reduto de liberdade e dignidade da pessoa humana perante comportamentos que a sociedade visa evitar e reprimir”<sup>215</sup>. Constituem limites jurídicos ao exercício do poder disciplinar e vertentes do respectivo controlo público, designadamente, os seguintes:

- a) O enquadramento legal da definição e aplicação dos normativos disciplinares<sup>216</sup>, sem prejuízo do poder da ordem de elaborar e aprovar o regulamento disciplinar<sup>217</sup>, que inclui a definição, naquele quadro, dos ilícitos<sup>218</sup>, “nos domínios deontológicos e

---

Parecer da Comissão Constitucional n.º 2/78, cit., p. 172.

<sup>213</sup>. Quando não se constituía uma confraria, porque era pequeno o número de mestres e oficiais, “era a própria Câmara que nomeava os juizes, examinadores e vedores” e mesmo quando os grêmios formavam uma Câmara profissional (como era a Casa dos vinte e quatro, em Lisboa e Porto), com o seu juiz do povo escrivão, a Câmara Municipal tinha nela os seus procuradores de cujo voto dependiam, por vezes, certas deliberações – Marcello Caetano, “Antecedentes do Corporativismo Moderno”, História da Administração Central, Local e Corporativa, cit., p. 349.

<sup>214</sup>. Alessandro Catelani, *Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico*, cit., p. 174.

<sup>215</sup>. Acórdão do STA de 31 de Outubro de 2002, Proc. n.º 0517/02, N.º Convencional JSTA0001326 e N.º do Documento SA1200210310517, in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta), p. 11.

Patrick Schultz, dando conta das dificuldades da implementação, em França, da Ordem dos Médicos, observava, em 1976, que “o poder disciplinar constitui o fermento da hostilidade à Ordem” - “Le Conseil d’État et les pouvoirs de l’Ordre des Médecins”, cit., pp. 1430 e 1447.

<sup>216</sup>. De molde a evitar que se confunda com o espaço da ordenação social o espaço da ordenação profissional, o que acontece quando o espaço da jurisdição penal e civil é importado ou reduplicado para a esfera da ordenação profissional. Esta uma das razões que suscitaram, em França, em 1975, vivas reacções por parte de médicos contra a existência de uma ordem - Patrick Schultz, “Le Conseil d’État et les pouvoirs de l’Ordre des Médecins”, cit., pp. 1449 e 1450.

<sup>217</sup>. Cfr. artigos 43.º, n.º 1, alínea j), 109.º a 173.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro).

<sup>218</sup>. A Constituição reserva à competência legislativa da Assembleia da República o regime geral de punição das infracções disciplinares, que o das próprias infracções disciplinares (artigo 165.º, n.º 1, alínea d),

disciplinar sempre que se trate de impor deveres ou cominar sanções que não afectem direitos fundamentais, pois de contrário, esbarrar-se-á com o artigo 165.º, n.º 1, al. b), da Constituição”<sup>219</sup>.

- b) A submissão da punição disciplinar aos princípios da culpa, da proporcionalidade e *non bis in idem*.
- c) A fixação de garantias procedimentais ao exercício do poder disciplinar<sup>220</sup>. Como em qualquer processo sancionatório, ao membro da ordem arguido em procedimento disciplinar são assegurados os direitos de audiência e defesa (artigo 32.º, n.º 10, da CRP).
- d) A “existência de um organismo disciplinar específico, separado dos órgãos representativos e executivos (separação de funções)”<sup>221</sup>.
- e) A existência de “dois graus de jurisdição disciplinar interna, através de um órgão de recurso”<sup>222</sup>.
- f) A sindicabilidade judicial do exercício de tal do poder<sup>223</sup>. A “ideia da autojurisdição” anda associada às “ideias de auto-regulação e de autodisciplina profissional” e vice-

da CRP).

<sup>219</sup>. J. Casalta Nabais, “Considerações sobre a autonomia financeira das universidades portuguesas”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Douto Ferrer-Correia, III, Coimbra, 1991, p. 336, nota 30, e Vital Moreira, Administração Autónoma e Associações Públicas, Coimbra Editora, 1997, pp. 194 a 196.

<sup>220</sup>. De modo, designadamente, a afastar a possibilidade desse exercício ser “relativamente rodeado de mistério”, designadamente, por falta de publicidade, ou seja, que seja uma mal sucedida “justiça dos pares” - Patrick Schultz, “Le Conseil d’État et les pouvoirs de l’Ordre des Médecins”, cit., pp. 1447 e 1450.

Cfr., a título de exemplo, os artigos 63.º e segs. do Estatuto da Ordem dos Enfermeiros (Decreto-Lei n.º 104/98, de 21 de Abril) e os artigos 109.º e segs., *maxime*, artigos 151.º a 153.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro).

<sup>221</sup>. Vital Moreira, Auto-Regulação Profissional e Administração Pública, cit., p. 73, e Vital Moreira, Administração Autónoma e Associações Públicas, 1997, p. 196.

<sup>222</sup>. Vital Moreira, Auto-Regulação Profissional e Administração Pública, cit., p. 73, e, por exemplo, artigo 43.º, n.º 3, alínea a), do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro).

<sup>223</sup>. A tecnicidade da actuação sob avaliação, a valoração da prova que sustenta a materialidade apurada e a gravidade da falta não têm especificidades face ao exercício do poder disciplinar noutros “contextos” ou no quadro de outras relações jurídicas. Assim, por exemplo, não procede a rejeição liminar do controlo do desvio de poder e do “controlo da exactidão dos factos”, com fundamento na “tecnicidade dos factos”. Sobre um dado entendimento jurisprudencial em sentido contrário e a crítica ao controlo limitado ou diminuído da legalidade nestes casos, ver Patrick Schultz, “Le Conseil d’État et les pouvoirs de l’Ordre des Médecins”, cit., pp. 1462 e 1463.



versa<sup>224</sup>. A sua aplicação encontra-se, entre nós, prejudicada pelo elenco fechado de categorias de tribunais (artigo 209.º da CRP) e a reserva do exercício da função jurisdicional (artigo 202.º, n.ºs 1 e 2, da CRP). Sem prejuízo, o n.º 4 do artigo 202.º da CRP vem permitir a institucionalização, por lei, de “instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos”. Esta composição não jurisdicional de conflitos tende a ser rodeada de garantias próprias da composição jurisdicional, tomando-se como parâmetro destas o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH.

As sanções ou algumas das sanções aplicadas pelas ordens profissionais são referenciados, na doutrina, como “actos para-jurisdicionais”. Seja a afectação de “direitos, liberdades e garantias pessoais” que consubstanciam, seja o divisar, nalgumas, de uma invocada natureza “próxima de verdadeiras penas criminais” e, bem assim, o facto de o contencioso administrativo não ser, tradicionalmente, um contencioso de plena jurisdição leva a que seja questionada a sua não aplicação e/ou controlo pelos tribunais judiciais<sup>225</sup> ou à defesa da «jurisdicionalização» dos órgãos internos da respectiva aplicação<sup>226</sup>.

A impraticabilidade e a inidoneidade do cometimento aos tribunais da aplicação de sanções disciplinar, a densidade das garantias que rodeiam a sua aplicação no seio dos órgãos próprios de «jurisdição disciplinar» e o possível controlo jurisdicional, não meramente cassatório, sopesados, depõem contra o sentido da sugestão doutrinária referida. Acresce que o esforço de jurisdicionalização da sua «aplicação interna» das sanções será sempre inglório, pelo contexto e natureza administrativos das ordens, não sendo susceptível de compensar ou substituir o controlo “por um tribunal em processo público”<sup>227</sup>.

---

<sup>224</sup>. Vital Moreira, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, cit., pp. 196 e 197.

<sup>225</sup>. Vital Moreira, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, cit., pp. 198 e 199 (o autor destaca a afectação de “direitos, liberdades e garantias pessoais (por exemplo, a liberdade de exercício da profissão), como sucede com a pena de cancelamento da inscrição nas ordens, que implica automaticamente uma inabilitação profissional”) e Parecer da Comissão Constitucional n.º 2/78, cit., p. 181 (o cancelamento da inscrição é referido como sanção administrativa, motivado, por exemplo, pelo não pagamento das quotas durante certo período de tempo), p. 182 e p. 187.

<sup>226</sup>. Georges Vedel e Pierre Devolvé, *Droit administratif*, tome 2, 12.º édition, 1992, *Thémis Droit Public*, p. 60.

<sup>227</sup>. Vital Moreira, *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*, cit., p. 269.

### 3.1.2. A tipologia de deveres

A “homogeneidade profissional” e a “acção recíproca dos elementos do grupo” geram uma ética de actuação, “regras de conduta profissional”, normativizando um conjunto de deveres<sup>228</sup>, como sejam deveres relativos ao modo de exercício da profissão, deveres para com os clientes (ligados, por exemplo, ao “humanismo médico” e ao “assegurar cuidados segundo as aquisições da ciência”<sup>229</sup>) e para com os colegas<sup>230</sup>. Aqueles que querem exercer a profissão e, portanto, pertencer à ordem, ficam vinculados ao respeito de um conjunto de deveres inerentes à estrutura organizada da profissão e aos princípios e deveres do respectivo código deontológico e sujeitos às sanções que lhe podem ser aplicadas pela sua inobservância<sup>231</sup>. A coesão do grupo passa pelo carácter preceptivo de tais deveres e o mesmo pela sua eficácia (percepção das respectivas normas) e punibilidade da sua violação<sup>232</sup>.

---

<sup>228</sup>. Piergiovanni Piscione, *Ordine e Collegi Professionali*, cit., pp. 80 e 202, e Parecer da Comissão Constitucional n.º 2/78, cit., p. 171 (os “membros de certa classe profissional” participam “na definição e na observância das regras específicas que lhes dizem respeito”).

<sup>229</sup>. Jean-Marc Duval, “Faute personnelle, faute disciplinaire et faute pénale, en matière d’activité médicale hospitalière”, cit., p. 1852. Cfr. artigos 79.º e segs. do Estatuto da Ordem dos Enfermeiros (Decreto-Lei n.º 104/98, de 21 de Abril).

<sup>230</sup>. Piergiovanni Piscione, *Ordine e Collegi Professionali*, cit., pp. 97 e segs., e Jean-Marc Duval, “Faute personnelle, faute disciplinaire et faute pénale, en matière d’activité médicale hospitalière”, cit., pp. 1849 a 1851.

<sup>231</sup>. *Gli Ordini e I collegi Professionali nel Diritto Pubblico*, cit., pp. 165 e 166.

Por exemplo, os enfermeiros estão sujeitos a dois grandes tipos de deveres: deveres enquanto “membros efectivos” da Ordem dos Enfermeiros (artigo 76.º do Estatuto da Ordem dos Enfermeiros, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 104/98, de 21 de Abril) e deveres deontológicos. Quanto a estes, eles de três espécies: a) deveres gerais, “para com a comunidade”, de observar os “valores humanos” especificamente enunciados no Estatuto, de observar, conforme também especificado, os “direitos à vida e à qualidade de vida”, de respeitar o “direito ao cuidado”, o “dever de informação”, o “dever de sigilo”, o dever de “respeito pela intimidade”, o dever de “respeito pelo doente terminal”, o dever de “excelência do exercício”, o dever de “humanização dos cuidados”; b) “deveres para com a profissão” e c) “deveres para como outras profissões” (artigos 79.º a 88.º do respectivo Estatuto). De modo semelhante, cfr. artigos 83.º a 108.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro).

<sup>232</sup>. Piergiovanni Piscione, *Ordine e Collegi Professionali*, cit., p. 104, Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições de Direito Administrativo*, cit., p. 393, e Alessandro Catelani, *Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico*, cit., p. 166.

O avultar de exigências éticas ou de “maiores exigências éticas” e o foco nos “«valores» deontológicos violados”<sup>233</sup> “implica uma tipificação das condutas sancionáveis tendencialmente mais laça do que a estabelecida nos restantes direitos sancionatórios”<sup>234</sup>, determinada, fundamentalmente, por referência aos deveres enunciados<sup>235</sup>.

### **3.1.3. O exercício do poder disciplinar em relação a actividade organizada em ordem profissional, desenvolvida no quadro de uma relação jurídica de emprego público**

O exercício de uma actividade enquadrada em ordem profissional no âmbito de uma relação de emprego público, a título principal ou em acumulação, possibilita a relevância disciplinar dupla de algumas das respectivas condutas. Para além dos deveres e obrigações em geral do trabalhador, que inclui o exercício de uma actividade, o trabalhador obriga-se para com o empregador a exercer a respectiva actividade profissional de forma técnica e deontologicamente correcta, de acordo com o que postula o código correspondente; os deveres deontológicos e as regras das *legis artis* integram as suas obrigações enquanto trabalhador por conta de outrem. Por outro lado, as “infracções à deontologia e ao exercício da profissão” constituem o domínio disciplinar típico das ordens<sup>236</sup>. Mesmo que da relação jurídica de emprego e regime aplicável não decorra a expressa submissão da respectiva prestação laboral a tais deveres e regras, ela resulta: i) da dependência do exercício da profissão à inscrição na ordem; ii) das características da própria profissão. Sem prejuízo, o reenvio que conste de disposições daquele regime pode “completar, reforçar e mesmo atenuar” tal submissão, respectivamente, por exemplo, precisando as regras relativas ao consentimento para a prática de um acto médico e admitindo que o médico cometa a um

---

<sup>233</sup>. Ivone Cacciavillani, *Il Diritto Disciplinare*, Cedam, 1994, Padova, p. 500.

<sup>234</sup>. Federico A. Castillo Blanco, *Función Pública y Poder Disciplinario del Estado*, cit., pp. 268 e 269, Alessandro Catelani, *Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico*, cit., p. 167 (“A lei do Estado não pode disciplinar em cada momento o comportamento dos elementos do grupo, nem seguir, neste aspecto, a evolução dos tempos, quando a criação, a tutela e a observância das regras de deontologia profissional são remetidas inteiramente para a sensibilidade da classe e dos seus órgãos expoentes”), Jean-Marc Duval, “Faute personnelle, faute disciplinaire et faute pénale, en matière d’activité médicale hospitalière”, cit., p. 1854, e artigos 55.º, n.º 1, e 62.º do Estatuto da Ordem dos Enfermeiros, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 104/98, de 21 de Abril).

<sup>235</sup>. Cfr. artigo 110.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro).

<sup>236</sup>. Parecer da Comissão Constitucional n.º 2/78, cit., p. 181.

interno, sob a sua vigilância, cuidados médicos que o estatuto da ordem postule sejam prestados pelo próprio médico<sup>237</sup>.

O âmbito da responsabilidade disciplinar para com a ordem e para com o empregador pode ser geometricamente representado por dois círculos que se interceptam, com uma parte de sobreposição e duas partes distintas. Relativamente à esfera de sobreposição, pode questionar-se se aplicação de uma sanção disciplinar laboral e de uma sanção disciplinar pela ordem não constitui uma dupla punição pela prática dos mesmos factos. Crê-se que em geral a questão não procede: em face do empregador público, o trabalhador responde por incumprimento de dever laboral e em face da ordem, por inobservância de um específico padrão quanto ao modo de exercício da profissão, de modo que as correspondentes sanções não só serão diferentes, e, principalmente, terão efeitos ou alcance diferente. Importa, no entanto, ter presente que situações há em que o que está sobretudo em causa é um juízo de valor disciplinar que, pela sua complexidade técnica, melhor pode ser feito em procedimento conduzido pela ordem.

De referir que a identificação de infracção disciplinar laboral centrada na violação de deveres deontológicos pode requerer a obtenção de parecer técnico pelos órgãos próprios sobre o respectivo desvalor do comportamento do trabalhador.

O próprio empregador não fica desobrigado perante as normas deontológicas, na medida em que assegura prestações no âmbito do exercício da actividade profissional regulada, servindo aquelas de referência para aferir da responsabilidade do serviço (por exemplo, os pacientes tem o direito de esperar “garantias médicas” do serviço público hospitalar)<sup>238</sup>.

---

<sup>237</sup>. Patrick Schultz, “Le Conseil d’État et les pouvoirs de l’Ordre des Médecins”, cit., p. 1427, e Jean-Marc Duval, “Faute personnelle, faute disciplinaire et faute pénale, en matière d’activité médicale hospitalière”, cit., pp. 1850 e 1851. A submissão às normas deontológicas decorre da inscrição obrigatória na ordem. Sem prejuízo, por vezes, as próprias normas reguladoras dos deveres e obrigações do trabalhador na relação jurídica de emprego remetem, expressa ou indirectamente, para aquelas, “para as completar, reforçar, por vezes mesmo atenuar” (p. 1850).

<sup>238</sup>. Na expressão de Jean-Marc Duval, a deontologia médica é “fonte de obrigações administrativas para o serviço”. Cfr. “Faute personnelle, faute disciplinaire et faute pénale, en matière d’activité médicale hospitalière”, cit., pp. 1849 e 1851.

## § 2 – A relação jurídica de reclusão em estabelecimento prisional

Da liberdade não podem os indivíduos ser privados “a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança” (artigo 27.º, n.º 2, da CRP). A este princípio, exceptuam-se contadas situações de privação de liberdade penalmente «cautelares», instrumentais e com finalidades de não punição penal (artigo 27.º, n.º 3, da CRP). A execução das decisões privativas de liberdade, em função dos seus fundamentos, pode ter lugar em espaços de reclusão sem essa específica vocação ou tendencialmente abertos (; é o caso, por exemplo, do “internamento em estabelecimento terapêutico adequado”, em “estabelecimento adequado” à aplicação de “medidas de protecção, assistência ou educação” e da privação de liberdade de curta duração em “postos de detenção”<sup>239</sup>). A reclusão determinada judicialmente para cumprimento de pena de prisão ou de medida de segurança privativa de liberdade ou da medida de coacção prisão preventiva é mais agressiva ou intrusiva da esfera de liberdade das pessoas, pelo carácter tendencialmente fechado dos estabelecimentos destinados à respectiva execução<sup>240</sup>, pelas restrições que importam aos direitos dos reclusos e pela natureza sancionatória da reclusão, no caso das primeiras.

---

<sup>239</sup>. Cfr. artigo 27.º, n.º 3, alíneas h), e), f) e g), da CRP e artigo 164.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto (define o regime jurídico da “execução das medidas privativas de liberdade” nos “estabelecimentos dependentes do Ministério da Justiça”). O diploma foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 49/80, de 22 de Março, e pelo Decreto-Lei n.º 414/85, de 18 de Outubro.

<sup>240</sup>. Os estabelecimentos prisionais são abertos e fechados, podendo estes ter secções de regime aberto (artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto). O critério é o da segurança oferecida pelo estabelecimento e o da segurança que é exigível em função do grau de perigosidade dos reclusos e do seu comportamento. A colocação em estabelecimento ou secção de regime aberto pressupõe que “não seja de recear que ele se subtraia à execução da pena ou que se aproveite das possibilidades que tal regime lhe proporciona para delinquir” (n.º 2 do artigo 14.º). “O internamento em regime aberto é executado prescindindo-se, total ou parcialmente, de medidas contra o perigo de evasão dos reclusos.” (n.º 5 do artigo 14.º) “O internamento em regime fechado é executado em condições de segurança capazes de prevenir o perigo de evasão dos reclusos” (n.º 4 do artigo 14.º). Na previsão legal, os “estabelecimentos regionais destinam-se ao internamento de reclusos em regime de prisão preventiva e ao cumprimento de penas privativas de liberdade até seis meses” (artigo 158.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto).

A “Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho sobre os direitos dos reclusos na União Europeia (2003/2188/INI)”, aprovada em 9 de Março de 2004, na qual recomenda ao Conselho que promova “a elaboração de uma Carta Penitenciária Europeia comum aos países membros do Conselho da Europa”, que inclua regras no sentido do “recurso, sempre que seja possível, a prisões abertas e semi-abertas” (para além de no sentido da “promoção de medidas alternativas à detenção, como, por exemplo, o serviço comunitário”). Ver recomendação in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//TEXT+TA+P5-TA-2...>.

É a reclusão em estabelecimento prisional que é objecto da nossa atenção e apenas na perspectiva da regulação do poder disciplinar exercido sobre os presos.

### 1. A prisão e a evolução do regime penitenciário

A prisão é um «palco» de referência do Direito penal e a disciplina um instrumento fundamental do funcionamento do sistema penitenciário<sup>241</sup>. Como bem o traduz Gilles Deleuze, “toma a seu cargo os objectivos do direito penal (...) efectua[ndo] a um alto grau as exigências do diagrama de disciplina”<sup>242</sup>. Para além da explicação que vê na prisão uma “técnica disciplinar que faz aplicar ...[os] novos mecanismos de sanção normalizadora”<sup>243</sup>.

A prisão como sanção penal é nomeada como fazendo parte do movimento de humanização do sistema penal e penitenciário<sup>244</sup>, localizável nos finais do século XVIII, substitutivo das penas intimidatórias, corporais e infamantes<sup>245</sup>. As novas valorações político-sociais importavam uma “reactualização” do sistema repressivo, segundo as ideias de “contratualismo”, “utilitarismo” ou “funcionalismo”, “secularização” e “legalismo/garantismo”<sup>246</sup>. A prisão priva(va) o homem do bem supremo - a liberdade<sup>247</sup>,

---

<sup>241</sup>. O funcionamento efectivo do sistema penitenciário depende da disciplina. Cfr. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, Tirant lo Blanch, 2005, 2.ª edição, p. 213.

<sup>242</sup>. Gilles Deleuze, Foucault, tradução de José Carlos Rodrigues, Vega, 1987, p. 67. Sendo um paradigma de disciplina, observa Gilles Deleuze, no entanto, que “não é certo que as sociedades disciplinares a deixem conservar esse alto grau coeficiente se encontrarem na sua evolução outros meios de realizarem os seus objectivos penais, e de efectuarem o diagrama em toda a sua extensão: daí a temática de uma reforma penitenciária que penetrará cada vez mais o campo social e, em última análise, acabará por destituir a prisão da sua exemplaridade fazendo-a regredir até ao estado de agenciamento localizado, restrito, separado”.

<sup>243</sup>. Para Michel Foucault (Surveiller et punir, Naissance de la prison, Gallimard, 1975, pp. 215 e 216) a explicação é outra: “O funcionamento jurídico-antropológico que revela toda a história da penalidade moderna não tem a sua origem na sobreposição à justiça criminal das ciências humanas e nas exigências próprias desta nova racionalidade ou no humanismo que trás com ela; tem o cerne da sua formação nesta técnica disciplinar que faz aplicar estes novos mecanismos de sanção normalizadora.”

<sup>244</sup>. “Concedam-se todas as garantias à humanidade que não forem incompatíveis com os deveres de justiça, e com a tranquilidade individual”, explicitava Lopes Praça, Direito Constitucional Português, Estudos sobre a Carta Constitucional e Acto Adicional de 1832, Coimbra, Imprensa Litteraria, 1878, edição facsimilada, 1997, p. 36.

<sup>245</sup>. Michel Foucault Surveiller et punir, cit., pp. 87 a 90, e Gilles Deleuze, Foucault, cit., p. 55.

<sup>246</sup>. Américo A. Taipa de Carvalho, Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003, pp. 42 a 45 e p. 125, e Rui Manuel de Figueiredo Marcos, “A Legislação Pombalina”, BFDUC, Suplemento Vol. XXIII, Coimbra, 1990, pp. 139, 140, 145 e 146 (Entre as “notícias legislativas humanitaristas procedentes do domínio carcerário”, é referenciado, a Provisão de 1755, a obrigação dos corregedores averiguarem se eram tratados com «tirania» os “presos religiosos regulares” e a

sendo, como tal, juridicamente rodeada de um conjunto de garantias<sup>248</sup>. Não obstante, a organização das prisões ressentiu-se ainda do sistema intimidatório e expiatório anterior. O regime penitenciário estruturava-se segundo as ideias de severidade e férrea disciplina<sup>249</sup>, do isolamento (modelo de Filadélfia ou Pensilvânia ou ainda *solitary system*) e do silêncio (modelo de Auburn ou *silent system*)<sup>250</sup>, para cujo conhecimento atravessou Alex Tocqueville o Atlântico (1831-1832)<sup>251</sup>.

Na linha do contexto internacional, o liberalismo, em Portugal, acolheu a concepção da prisão como a sanção penal por excelência e preocupou-se com a forma e condições do seu

---

Alvará de 1758, a previsão de punição dos carcereiros cuja conduta revelasse “uma certa desumanidade” (por exemplo, “não dessem comida suficiente aos escravos presos ou que os acorrentassem em trabalhos”).

<sup>247</sup>. Anabela Rodrigues, A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade. Seu Fundamento e Âmbito, Coimbra, 1982, pp. 9 a 12, Filipe Renart García, “El sistema de sanciones en el régimen disciplinario penitenciario”, in La Ley, Año XXXIII, n.º 5476, 5 de febrero de 2002, pp. 0 e 1, disponível em [www.unifr.ch/derechopena/articulos/pdf/Renart4pdf](http://www.unifr.ch/derechopena/articulos/pdf/Renart4pdf), e Maria José Moutinho Santos, A Sombra e a Luz, Biblioteca das Ciências do Homem, Edições Afrontamento, p. 1999, pp. 31 e 32, 36, 39, 40 e 44 (nota 37). No período medievo, a prisão era uma forma de garantir a presença do acusado no julgamento e de forçar ao pagamento de dívidas e de multas (p. 32). Não obstante, algumas vezes, era convertida em instrumento de punição (pp. 32 a 34). São várias as motivações apontadas para o surgimento da prisão. Desde a apresentação do ideal reformador por Beccaria (1760), ao contributo de Jonh Howard que a viu, apoiado na sua investigação empírica, como natural forma de castigo (1777), ao modelo de prisão panóptica de Bentham e, mais tarde, o discurso sobre o poder de Michel Foucault, com a prisão interpretada como manifestação nua, mais excessiva e moral do poder, passando pela leitura, de Michael Ignatieff, como produto (de defesa da “desordem social” resultante) da industrialização e a sua explicação à luz do circunstancialismo histórico-político (Guy Petit, Robert Badinter) - Maria José Moutinho Santos, A Sombra e a Luz, cit., pp. 17 a 19 e pp. 38 a 43. Como formas antecedentes de privação de liberdade, reconhecem-se a prisão eclesiástica (a reclusão daquele que fosse condenado por tribunal eclesiástico) e as casas de trabalho e correcção (instrumentos de controlo social de certas categorias de indivíduos, servindo “para a correcção de muitos delitos, para conter a liberdade dos maus costumes, de génios inquietos e díscolos e para servir de freio a toda a qualidade de delito, que perturbe a paz pública e ofenda a política do Reino”) – idem, pp. 37 e 38, nota 25.

<sup>248</sup>. Estas garantias são elencadas por Lopes Praça (por referência à Carta Constitucional) da seguinte forma: “a ordem de prisão deve realizar-se legalmente”; “só a autoridade competente pode sentenciar (§ 10) por virtude de lei anterior; e essa autoridade competente, o poder judicial, é independente (§ 11); e a lei porque se deve regular será fundada na justiça e equidade (§ 17), ficando exterminadas as penas arbitrárias e cruéis (§ 18); bem como as penas e crimes não pessoais (§ 18); guardando-se a devida justiça quanto às casas de prisão, ou cadeias (art.º 20)”. Cfr. Direito Constitucional Português, Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1832, Coimbra, Imprensa Litteraria, 1878, pp. 33 e 34. Na versão reimpressa no Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 1997, cfr. pp. 39 a 41.

<sup>249</sup>. Anabela Rodrigues, A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade, cit., p. 12.

<sup>250</sup>. D. Francisco D’ Almeida, “Breves considerações sobre a necessidade e meios de melhorar as prisões de Portugal (1834)”, Revista do Ministério Público, Ano 24, Jul./Set. 2003, n.º 95, pp. 195 e segs., e Paulo Pinto de Albuquerque, Direito Prisional Português e Europeu, Coimbra Editora, 2006, pp. 24 e 25, nota 26, 41 e 42, 53 e 54, 97, 122, 149, 161, 162, 165

<sup>251</sup>. Da Democracia na América, rés, tradução de Maria da Conceição Ferreira da Cunha. Cfr. Introdução de Paulo Ferreira da Cunha, p. VII.

cumprimento<sup>252 253</sup>. O sistema prisional foi ao longo do século objecto de inúmeros projectos, estudos e actos normativos, cuja eficácia, seja por dificuldades financeiras, seja pela resistência da realidade existente, ficou sempre aquém do pretendido, numa conformação jurídica lenta do sistema<sup>254</sup>. Objecto de reiterada atenção foram as questões dos deveres dos presos e da punição dos mesmos pela sua violação<sup>255</sup>.

Apesar das intenções de reforma prisional, enquadradas pelas disposições da Constituição de 1822, dedicadas às “cadeias”, a regulamentação penitenciária manteve-se fundamentalmente a anterior. Seria já no período subsequente à Constituição de 1838 que a reforma viria a ter visibilidade. Em 20 de Novembro e em 20 de Dezembro de 1839, através de despachos do ministro da justiça, foram estabelecidas as bases legais de inspecção às cadeias, com previsão de visitas por magistrados, na perspectiva da respectiva auditoria e da promoção dos procedimentos disciplinares para os infractores das leis e regulamentos. No entanto, a repressão disciplinar, a cargo dos “carcereiros” encontrava-se “à discrição” destes e do “zelo dos magistrados em superintende[ss]em], dentro das cadeias, à administração da justiça”<sup>256</sup>.

---

<sup>252</sup>. De que é significativo o texto de D. Francisco D’Almeida, “Breves considerações sobre a necessidade e meios de melhorar as prisões de Portugal (1834)”, cit., pp. 195 e segs., os artigos 196.º a 211.º, *maxime*, artigos 208.º a 211.º da Constituição de 1820, e o § 20.º do artigo 145.º da Carta Constitucional de 1826. A Constituição de 1838 não dedica ao assunto qualquer preceito. O vintismo fica marcado pela abolição de penas como “a infâmia, os açoutes, o barão e pregão, a marca de ferro quente, a tortura, e todas as mais penas cruéis e infamantes” (artigo 12.º, última parte, da Constituição de 1822), pela produção de textos de definição de reforma do sistema penitenciário e a criação de Comissões de exame e melhoramento das cadeias. A Constituição de 1826 acrescentou a seguinte previsão: “As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes” (artigo 154.º, § 20). As intermitências na assentada liberal constituíram força de atrito na concretização de mudança prisional.

Sobre o assunto, pode ver-se, ainda, a descrição de Paulo Pinto de Albuquerque, in *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., pp. 11 e segs.

<sup>253</sup> Em 1834, Francisco D’Almeida escrevia esperar que a preocupação do Governo com o “melhoramento físico das prisões”, cuja incumbência dera ao “Senhor Bernardo José Vieira da Motta”, trouxesse não só tais melhoramentos, “de que tanto carecem as prisões, mas também todas as reformas tendentes a conseguir os fins essenciais das prisões, a saber: 1.º A segurança da sociedade sem o deterioramento da saúde e forças do preso; 2.º A correcção do delinquente”. Cfr. “Breves considerações sobre a necessidade e meios de melhorar as prisões de Portugal (1834)”, cit., p. 195.

<sup>254</sup>. Maria José Moutinho Santos, *A Sombra e a Luz*, cit., pp. 46 a 55, Paulo Pinto de Albuquerque, *ob. cit.*, pp. 37 a 44.

<sup>255</sup>. Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., pp. 14 e 15, 29, 31, 33, 36, 39, 41, 55, 62, 63, 70 e 71.

<sup>256</sup>. Maria José Moutinho Santos, *A Sombra e a Luz*, cit., p. 219.



Pelo Decreto de 12 de Janeiro de 1843 foi definido o “Regulamento Provisório de Polícia das Cadeias”. Cometia ao “carcereiro” a competência para “corrigir ‘a faltas cometidas pelos presos contra as disposições do mesmo Regulamento pelo modo nele consignado, reprimindo de pronto quaisquer actos ou excessos [por exemplo, os presos “desobedientes, soberbos ou brigosos, que possam arriscar a segurança da Cadeia”] com a prisão em separado dos presos por um até três dias”<sup>257</sup>. O “carcereiro” podia ainda aplicar outras sanções, como a repressão verbal, o “isolamento do detido, incomunicável ou não, num segredo ou quarto disciplinar”. A “transferência do preso para uma prisão «inferior» à que lhe competia pelo seu crime e estatuto social” era da competência de magistrado<sup>258</sup>. O carcereiro ficava obrigado a noticiar, em sede de inspecção, as decisões disciplinares que tomava e os seus fundamentos<sup>259 260</sup>. O Código Penal, aprovado em Dezembro de 1852, consagrava às prisões dois artigos, um, enunciando os diferentes tipos de cadeias, segundo a pena e considerando a “retenção dos pronunciados até à condenação” e, outro, estabelecendo que a “conveniente separação dos presos e a policia das prisões, assim como as penas disciplinares contra os presos, que usarem de ameaças, injúrias ou violências contra os Carcereiros... ou contra outros presos ... serão determinadas nos Regulamentos administrativos do Governo...”<sup>261</sup>. Em 1 de Julho de 1867, foi publicada a lei de “reforma penal e das prisões”. Após mais de uma década de estudos e discussões, consagrou o sistema de Filadélfia<sup>262</sup>, cuja aplicação prática só se começou a fazer sentir em 1885<sup>263</sup>, -

<sup>257</sup>. *Apud* Maria José Moutinho Santos, *A Sombra e a Luz*, cit., p. 219.

<sup>258</sup>. Maria José Moutinho Santos, *A Sombra e a Luz*, cit., p. 220.

<sup>259</sup>. Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit. pp. 36 a 38.

<sup>260</sup>. O Projecto de Lei acerca das Prisões Centrais Penitenciárias, da autoria de José Maria Grande, apresentado às Cortes em Novembro de 1844 não viria a ser acolhido pela despesa pública que implicava num quadro de *deficit* e pela dificuldade da sua execução. Entretanto, a década de quarenta terminaria sem avanços na matéria e com o questionamento da bondade do sistema de Filadélfia, não obstante o apoio que reunia. (Maria José Moutinho Santos, *A Sombra e a Luz*, cit., p. 1999, pp. 46 a 55, Paulo Pinto de Albuquerque, pp. 37 a 44).

<sup>261</sup>. Maria José Moutinho Santos, *A Sombra e a Luz*, cit., p. 56.

<sup>262</sup>. De isolamento absoluto dos presos por celas individuais.

<sup>263</sup>. Ficando a sua execução prejudicada pela inadequação das cadeias existentes e pela falta dinheiro para construir novas. Por Decreto de 12 de Dezembro de 1872, foi aprovado um novo regulamento provisório das cadeias civis do Continente do Reino e Ilhas Adjacentes (Deste segundo regulamento provisório, destaca-se o facto de a “administração, inspecção e polícia” das cadeias ter passado a constituir competência dos procuradores régios e dos seus delegados, com separação da administração da justiça. Em 24 de Abril de

depois de ter sido determinada, por dois Decretos de 20.11.1884, a execução parcial do sistema penitenciário celular previsto na lei de 1867, fixando como data do início dessa execução o dia 15.1.1885<sup>264</sup> - quando ele já tinha sofrido severas críticas da doutrina<sup>265</sup>. Quanto à repressão disciplinar, proibia sanções disciplinares como os açoites, as algemas, a privação de alimentação e qualquer forma de tortura<sup>266</sup>. Enunciava um conjunto de deveres dos presos, previa a possibilidade do director determinar a mudança de cela por motivos disciplinares<sup>267</sup>, estando previstas como sanções disciplinares a “privação de trabalho, leitura, gratificações e visitas até um mês”, a “alimentação a pão e água até oito dias”, o internamento em cela especial ou em cela escura e a “perda de recompensas”. A aplicação de sanção dependia de prévia audição do preso, no entanto, sem possibilidade de “discussão contraditória acerca da falta”<sup>268</sup>. Se o internamento em cela disciplinar (especial ou escura) tivesse duração de quinze dias ou superior, a competência para a sua aplicação cabia ao ministro da justiça, sob proposta do director<sup>269</sup>.

Na década de 90 do século XIX, foi instituída a liberdade condicional (Lei de 6 de Julho de 1896 e Decreto de 16 de Novembro de 1893), que o ministro da justiça apontou como uma forma de evitar que a “nobre prerrogativa régia de perdoar ou moderar as penas” se

---

1873, o Governo foi autorizado a construir “uma cadeia geral penitenciária no Distrito da Relação de Lisboa”. Entrou em funcionamento em 2 de Setembro de 1885 e permitiria dar corpo ao sistema de Filadélfia. O mesmo não veio a ter aplicação efectiva, o que a acontecer consubstanciaria uma transição radical do regime pelo qual vinha sendo cumprida a pena de prisão e estava já a ser ultrapassado noutros países pelo sistema irlandês ou progressivo. Maria José Moutinho Santos, *A Sombra e a Luz*, cit., pp. 55 a 71, e Paulo Pinto de Albuquerque, ob. cit., pp. p. 72 e 76). “A reforma prisional foi concretizada com muitas dificuldades, quer no foro civil quer no militar. Só no ano de 1885, depois da construção da cadeia penitenciária de Lisboa, da publicação da respectiva lei do pessoal e da revisão das penas aplicáveis aos crimes comuns, se começou finalmente a executar o programa reformador de 1867 no foro civil.

<sup>264</sup>. Com a “reforma do sistema das penas ..., o ministro Lopo Vaz de Sampaio e Mello determinou, por dois Decretos de 20.11.1884, a execução parcial do sistema penitenciário celular previsto na lei de 1867, fixando como data do início dessa execução o dia 15.1.1885, estabelecendo os critérios para a admissibilidade de presos na nova cadeia [penitenciária de Lisboa] e aprovando do mesmo passo o regulamento provisório da mesma”. Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., p. 90.

<sup>265</sup>. Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., p. 80 e Maria José Moutinho Santos, *A Sombra e a Luz*, cit., p. 64 (“Concretizava-se, assim, a nossa primeira realização penitenciária, já quando a eficácia do «solitary system» era há muito posta em causa.”).

<sup>266</sup>. Maria José Moutinho Santos, *A Sombra e a Luz*, cit., p. 220 e Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., pp. 64 e 71.

<sup>267</sup>. Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., p. 93.

<sup>268</sup>. Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., p. 95.

<sup>269</sup>. Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., p. 95.

convertesse numa “mera providência de disciplina carcerária”<sup>270</sup>. Por Decreto de 21 de Setembro de 1901, foi aprovado o “Regulamento das Cadeias Civas do Continente do Reino e Ilhas Adjacentes”<sup>271</sup>. Entre os seus objectivos, destaca-se o de pôr termo ao recrutamento de empregados das cadeias de entre os presos e o de enunciar recompensas (v.g., “a remoção para uma cadeia melhor”, “a gratificação pelo trabalho”, a “recomendação para indulto”) e “os castigos disciplinares” (a saber, “remoção para uma cadeia pior, perda de favor concedido, proibição de visitas de familiares ou outras pessoas, de receber e enviar correspondência durante um mês e reclusão no segredo até quinze dias”)<sup>272</sup>.

No regime penitenciário, aprovado pela Lei de 29 de Janeiro de 1913, particular importância foi dada à ocupação laboral do preso, com a previsão de “prémios de trabalho” e a aplicação das sanções disciplinares mais graves para o preso que se recusasse a trabalhar. As sanções disciplinares mais graves eram identificadas ser as de privação de recreio, visitas e outras concessões, o internamento em isolamento até dez dias e a expulsão das cadeias correcionais<sup>273</sup>.

O Decreto n.º 14.549, de 10 de Novembro de 1929 (revisto pelo Decreto n.º 20.877, de 13 de Março de 1932), introduziu o sistema penitenciário progressivo nas prisões da metrópole<sup>274</sup>. A “organização penitenciária comum” foi significativamente alterada pelo Decreto-Lei n.º 26.643, de 28 de Maio de 1936, adoptando com “maior elasticidade o sistema progressivo”<sup>275</sup>. “O regime de execução da pena de prisão visava a intimidação e a readaptação social do preso, devendo a conduta do preso ser avaliada não tanto pela submissão aos regulamentos, mas pela ‘vontade, persistente e aptidão manifestadas para a

---

<sup>270</sup>. Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., p. 98.

<sup>271</sup>. Arguindo o legislador que “o facto de não existirem no país prisões apropriadas ao estabelecimento de um bom regime penal não é motivo para protahir por mais tempo a publicação do seu regulamento geral”. *Apud* Maria José Moutinho Santos, *A Sombra e a Luz*, cit., p. 71, e Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., p. 141.

<sup>272</sup>. Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., pp. 141 e 142.

<sup>273</sup>. Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., pp. 148, 151 e 153.

<sup>274</sup>. Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., pp. 163, 165, 166, e Rafael Damaceno de Assis, “Evolução histórica dos regimes prisionais e do sistema penitenciário”, de 8 de Maio de 2007, *in* Última Instância, Revista Jurídica, *in* [http://ultimainstancia.uol.com.br/imprime\\_noticia.php?idNoticia=37699](http://ultimainstancia.uol.com.br/imprime_noticia.php?idNoticia=37699).

<sup>275</sup>. Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., pp. 170 e 171.

vida honesta”<sup>276</sup>. Devia ser “tratado com justiça e humanidade, por forma que, sentindo a severidade necessária da pena, não sofra humilhações inúteis ou influências prejudiciais à sua readaptação social”<sup>277</sup>. As decisões várias relativas à vida penitenciária do preso deveriam ser tomadas, considerando, não só as finalidades expostas, mas também as exigências de “ordem e disciplina internas do estabelecimento”<sup>278</sup>. Significativamente, a ausência injustificada ao trabalho, a simulação de doença para justificar a falta e a “negligência no trabalho ou na aprendizagem” eram passíveis de punição disciplinar<sup>279</sup>. O Decreto-Lei n.º 26.643, de 28 de Maio de 1936, previa como sanções disciplinares a repreensão particular ou pública, a perda parcial ou total de concessões feitas, a proibição de visitas ou de correspondência entre um a três meses e entre dois a seis meses, na hipótese de reincidência, a proibição de dispor de dinheiro próprio de um a três meses, a proibição de exercício ao ar livre de um a sete dias, a privação de luz artificial, da cama ou outras peças de mobiliário na cela ou de outras condições de conforto até um mês, “prisão na própria cela ou em cela disciplinar de um dia a um mês” ou de “dois meses a sessenta dias”, “com privação de uma das refeições”, na situação de reincidência, a “prisão em cela disciplinar a pão e água”, “regresso a um período anterior de execução da pena “ e “transferência para um estabelecimento de preso de difícil correcção com sujeição ao respectivo regime de prorrogação ilimitada da pena de prisão.” Esta última sanção era da competência do “Conselho Superior dos Serviços Criminais”; as demais cabiam ao director

---

<sup>276</sup>. Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., pp. 173 e 178, 181. A atenção dada à reinserção social do recluso revela-se na regulamentação da “associação do patronato das prisões”, semi-pública, a quem cabia, designadamente, promover a ligação entre o mesmo e a sua família, antecipar as “possibilidades de colocação dos presos depois de libertados” e acompanhá-los na fase subsequente à libertação. Os “assistentes e auxiliares sociais” passavam a constituir uma categoria importante de funcionários prisionais (Paulo Pinto de Albuquerque, *ob. cit.*, p. 193). A associação deu lugar a uma secção da “repartição dos serviços económicos e do trabalho prisional e correcional”, em 1951, e a um “serviço de assistência social das prisões”, em 1956 (Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., 194, 202 a 204).

<sup>277</sup>. De acordo com o artigo 229.º e § único do Decreto-Lei n.º 26.643, de 28 de Maio de 1936. Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., pp. 186 e 188 (na escolha do trabalho, o director deveria ponderar “as possibilidades da sua colocação futura e a influência moralizadora que o trabalho pudesse ter sobre o preso”).

<sup>278</sup>. Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., pp. 172, 173, 174, 175, 179, 183, 188 e 189.

<sup>279</sup>. Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., p. 188.

do estabelecimento prisional, com facultativa audição prévia do conselho técnico. A visita do médico era devida quando as sanções contendessem com a saúde do preso<sup>280</sup>.

Na última década da primeira metade do século XX, verificou-se uma evolução significativa com a jurisdicionalização da execução das penas e das medidas de segurança, de que se destaca a criação, em 1944, pela Lei n.º 2.000, de 16 de Maio, dos tribunais de execução das penas. O pendor administrativo acentuou-se, no entanto, em 1966, com o Decreto-Lei n.º 47.216, de 24 de Setembro, que alargou as competências do ministro da justiça e do ultramar sobre a execução das penas e medidas de segurança<sup>281</sup>.

Em 1979, foi aprovado um novo regime jurídico, ainda vigente, da “execução das medidas privativas de liberdade” nos “estabelecimentos dependentes do Ministério da Justiça”<sup>282</sup>. De acordo com o respectivo preâmbulo, a “reforma continua a partir da ideia da corrigibilidade de todos os condenados”, o que – prossegue –, “corresponde a uma nobre tradição do nosso direito, sem afectar as ideias de prevenção impostas pela defesa social”. O aperfeiçoamento da regulação dos diversos aspectos da vida penitenciária pretende-se que tenha lugar, segundo é expressamente referido também no preâmbulo, “no quadro de regras de disciplina não arbitrária, mas regulada de forma, tanto quanto possível vinculada”. À “execução das medidas privativas de liberdade” são assinaladas duas finalidades, a da “reintegrar o recluso na sociedade, preparando-o para, no futuro, conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem que pratique crimes” e a “defesa da sociedade”, pela prevenção da “prática de outros factos criminosos”<sup>283</sup>. Este enquadramento finalístico, vigente, foi, sem prejuízo, sendo reinterpretado com o evoluir do Estado social. Se a reinserção social dos condenados é nomeada como “a melhor das garantias para a segurança e para uma vida pacífica no seio da sociedade”, a mesma passa, percebe-se, em grande medida, pela (re)aprendizagem de competências pessoais e sociais, com a execução da pena de prisão a centrar-se no objectivo de conduzir o recluso a adoptar

---

<sup>280</sup>. Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., pp. 190 e 191.

<sup>281</sup>. Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., p. 194, 223 e segs.

<sup>282</sup>. Cfr. artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto.

<sup>283</sup>. Cfr. artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto.

“uma vida de cidadão responsável”<sup>284</sup>. Por outro lado, a prisão – no confronto com a importância dada a outras penas alternativas e à pacificação social por via da reparação<sup>285</sup> – é reajustada na perspectiva da personalização da execução da pena ou medida de segurança e da sua abertura à comunidade<sup>286</sup>.

Na vivência prisional, traduz-se na procura de equilíbrio entre as “condições de vida do preso e a preocupação de manter a disciplina e a segurança nos estabelecimentos prisionais”<sup>287</sup>. Estas são parte ou instrumentos da «socialização» pretendida<sup>288</sup>.

## 2. Conceito e fundamento do regime disciplinar penitenciário

Os indivíduos reclusos ou detidos ingressam num estabelecimento prisional, não por um acto de vontade, mas por força de uma decisão judicial, para cumprir pena de prisão ou medida de segurança ou em execução da medida de coacção prisão preventiva<sup>289</sup>. A

---

<sup>284</sup>. “De nouveaux défis pour la pédagogie dans le cadre carcéral - un colloque du 15 au 17 Septembre 1999 à Bad Boll (Allemagne)”, in Office fédéral de la justice/Informations sur l’exécution des peines et mesures, n.º 2/1999, p. 23, e “Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho sobre os direitos dos reclusos na União Europeia (2003/2188/INI)”, aprovada em 9 de Março de 2004, na qual se defende que, numa futura Carta Penitenciária Europeia, cuja elaboração é recomendada ao Conselho, sejam estabelecidas “regras detalhadas e obrigatórias para os Estados-Membros” relativas “às actividades de reeducação, formação, reabilitação e reinserção social e profissional”.

Ver Recomendação in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//TEXT+TA+P5-TA-2...>.

<sup>285</sup>. O “projecto de ‘detenção reparatória’ funda-se sobre estudos penalistas e da vitimologia recentes, de acordo com os quais ‘entende-se por reparação o processo interactivo entre o autor, a vítima e a sociedade pelo qual as partes se esforçam por chegar a uma certa pacificação por via da comunicação” (L. Robert e T. Peters *apud* Pierre Moutin, em recensão à obra “Panorama européen de la prison”, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, avril/juin 2003, n.º 2, p. 471). Uma “justiça restaurativa” procura “conciliar o imperativo da ressocialização do infractor condenado com a restauração social da vítima traumatizada pelo acto criminal” (Robert Cario, “Victimologie”, *idem*, p. 468).

<sup>286</sup>. Paulo Pinto de Albuquerque, *Direito Prisional Português e Europeu*, cit., p. 7.

<sup>287</sup>. A procura deste equilíbrio é perceptível na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - Stéphanie Rabiller *apud* Pierre Moutin, texto citado, cit., pp. 470 e 471.

<sup>288</sup>. Este objectivo constitui um elemento estruturante do vigente regime de execução das medidas de liberdade e é reafirmado no projecto de proposta de lei da autoria da comissão da respectiva revisão, presidida por Anabela Rodrigues (Américo A. Taipa de Carvalho, *Direito Penal, Parte Geral*, cit., pp. 126 a 128). Cfr., também, no mesmo sentido, o § 10 da exposição de motivos e artigo 2.º, alínea c) e d), da “Proposta de lei-quadro da reforma do sistema prisional”, apresentada na sequência do trabalho da “Comissão para o Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional”, presidida por Freitas do Amaral, in <http://portugal.gov.pt/Portal/Print.aspx?guid={B2939A8A-C98C-4FCB-A837-...}>.

<sup>289</sup>. O artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, refere que o internamento num estabelecimento prisional tem lugar por “determinação escrita do juiz, do Ministério Público ou das demais autoridades da Polícia Judiciária, nos termos da lei processual”, por “apresentação voluntária”, por “transferência ordenada pela Direcção-Geral dos Serviços Prisionais”, “em trânsito para outro

respectiva decisão judicial tem a “condição de título executivo” da “relação jurídica penitenciária”<sup>290</sup>. “Compete ao Ministério Público promover a execução das penas e das medidas de segurança”<sup>291</sup>. Para a sua consecução, incluindo a execução da prisão preventiva, é possível o recurso, “quando tal se revelar necessário”, “à força pública”<sup>292</sup>.

Com o ingresso no estabelecimento prisional, o “recluso deve ser informado das disposições legais e regulamentares que interessam à sua conduta”, entre as quais, “as que definam o regime do estabelecimento”<sup>293</sup> e as do regime disciplinar, o qual constitui “um sector de especial significado no ordenamento penitenciário”<sup>294</sup>. É “constituído por aquelas normas básicas” cuja violação é punida com sanções que importam um agravamento temporário, para o seu autor, da situação jurídica penitenciária, “de um *status libertatis* já limitado pelo próprio cumprimento da pena”<sup>295</sup>. Desde o momento do ingresso, o recluso fica submetido à disciplina própria da instituição penitenciária e respectivas exigências de funcionamento<sup>296</sup>. Os “imperativos de disciplina e de eficácia são particularmente importantes”<sup>297</sup>. São instrumentais às finalidades da execução das medidas privativas de liberdade e parametrizadas pela posição jurídica do recluso, que “mantém a titularidade dos

---

estabelecimento” e por “recaptura” (n.º 1). As situações identificadas não afastam a necessária precedência ou pressupõem uma decisão judicial (artigo 478.º do CPP). A apresentação voluntária, como explica o n.º 4, refere-se a “alguém que declare ter cometido um crime ou que contra ele haja ordem de prisão”, implicando no primeiro caso a sua apresentação em juízo. A intervenção do Ministério Público e de “autoridades da Polícia Judiciária”, ou pressupõem uma situação de detenção para ser presente em juízo nos prazos legais ou uma situação de ausência ilegítima de estabelecimento prisional.

<sup>290</sup>. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, cit., p. 58. Cfr., também, artigo 467.º, n.º 1, do CPP.

<sup>291</sup>. Cfr. artigos 469.º e 55.º do CPP.

<sup>292</sup>. Cfr. artigos 210.º e 115.º do CPP.

<sup>293</sup>. Cfr. artigo 6.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, e considerando n.º 137 do acórdão do TEDH proferido no “Caso Kuznetsov v. Ucrânia”, processo n.º 39042/97 (<http://cmiskp.echr.coe.int/>).

<sup>294</sup>. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, cit., p. 212.

<sup>295</sup>. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, cit., p. 212.

<sup>296</sup>. Eugenio Mele destaca que “a responsabilidade disciplinar no âmbito carcerário parece radicar-se sobretudo numa exigência organizatória que obriga os sujeitos passivos daquela responsabilidade, tutelando exigências que estão fora da sua esfera jurídica” - Responsabilità dei Dipendenti e degli Amministratori Pubblici, Milano, Giuffrè Editore, 2000, Quinta Edizione p. 123.

<sup>297</sup>. Bruno Bachini, “La décision de transférer un détenu d’un établissement à un autre n’est pas une mesure d’ordre intérieur.”, anotação ao Acórdão da “Cour administrative d’appel de Paris”, de 19 de Dezembro de 2005, M. Boussouar c/ Garde des Sceaux, n.º 05PA00868”, in AJDA n.º 12/2006, p. 656.

direitos fundamentais” (artigo 30.º, n.º 5, da CRP). Dito de outra forma, “o sistema penitenciário para funcionar efectivamente depende da disciplina”<sup>298</sup>.

A disciplina a que fica submetida a pessoa reclusa num estabelecimento prisional tem uma tripla dimensão:

- a) Por um lado, trata-se da regulação da vida penitenciária, a qual compreende a definição e a observância dos horários de abertura e fecho das celas de habitação ou espaços de alojamento, das refeições, dos tempos e locais de recreio e lazer, de regras de circulação interna e de relacionamento inter-pessoal, das regras de organização do trabalho e de actividades ocupacionais. Pretende-se uma vivência ordenada, a “organização da vida comunitária”<sup>299</sup>, num quadro marcado pela “hostilidade do meio e a agressividade subjectivo-ambiental que comporta a situação”<sup>300</sup>.
- b) Por outro lado, a disciplina assenta na observância de regras orientadas para a reinserção social do recluso, regras que regulam o quotidiano no interior e em face do exterior e a participação em actividades dirigidas à sua recuperação ou aprendizagem de competências pessoais e sociais<sup>301</sup>.
- c) Existe ainda uma disciplina que é ditada pelos imperativos de segurança. A Administração penitenciária tem o dever de “salvaguardar a vida e a integridade

---

<sup>298</sup>. “Applcation/Requête n.º 7754/77, X. v/Switzerland x. c/ Suisse”, ponto 2, in <http://cmiskp.echr.coe.int/>, e STC n.º 2/1987, de 21 de Janeiro de 1987, registo n.º 940 e 949/1985 ([http://boe.es/g/es/bases\\_datos\\_tc](http://boe.es/g/es/bases_datos_tc)).

<sup>299</sup>. Curso de Derecho Penitenciario, de Josep Tamarit Sumalla, , Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, cit., p. 213, e Acórdão n.º 161/95, de 23 de Março de 1995, Processo n.º 498/92, [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950161.html?impressao=1](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950161.html?impressao=1).

<sup>300</sup>. Pascual Martínez *apud* Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, cit., p. 212, nota 1.

<sup>301</sup>. Ilustrativo é o disposto no n.º 2 do artigo 108.º (“Princípios fundamentais” do Título XI, dedicado à “Segurança e ordem”) do Decreto-Lei n.º 265/79, de 22 de Março: “A ordem e a *disciplina* devem ser mantidas com firmeza, no interesse da segurança e de uma vida em comunidade devidamente organizada, na medida em que constituem *condição indispensável de um tratamento adequado*.” De igual o modo o n.º 3 que determina que as “limitações impostas ao recluso em nome da ordem e da *disciplina* devem ser graduadas de acordo com os fins visados ...” (itálicos nossos).

A regulação do comportamento e a inserção na comunidade prisional, a que se ordena a disciplina, são instrumentais à reinserção social pretendida. Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 263/94, de 23 de Março de 1994, Processo n.º 566/92, [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940263.html?impressao=1](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940263.html?impressao=1).



física dos reclusos”<sup>302</sup> e dos que aí trabalham e se deslocam<sup>303</sup>, assim como os respectivos os bens<sup>304</sup>. Tem, por outro lado, o dever de guardar os indivíduos privados de liberdade, assegurando o cumprimento da respectiva decisão judicial e que, portanto, não fujam, com eventual prejuízo para a segurança exterior da colectividade<sup>305</sup>.

Uma existência regulada e pacífica da vida prisional e a reinserção social do recluso não são possíveis na desordem e na insegurança, sendo a terceira dimensão assinalada determinante das mesmas. Com efeito, a “segurança e a ordem do estabelecimento (...) são “valores fundamentais e predominantes do regime de execução da prisão, mesmo preventiva” e “as prisões são locais ... onde a menor cedência a regras de fiscalização pode ser factor de instabilidade e de consequente quebra da segurança interna do estabelecimento” (Parecer n.º 49/2003, da PGR)<sup>306</sup>. Tal não significa que as exigências de

---

<sup>302</sup>. A Administração Penitenciária, observa Ricardo Rivero Ortega, “deve ser uma das mais vigilantes, pela sua própria natureza”. Na Sentença do Tribunal Supremo espanhol de 18 de Novembro de 1996, foi dado provimento a acção de responsabilidade civil intentada contra a Administração Penitenciária pelo falecimento de um recluso por ter sido fortemente golpeado por outros reclusos, sem que os guardas prisionais se tivessem dado conta do que sucedia. A Sentença, comenta o autor, “parece associar o direito à indemnização à intensidade do dever de prevenção.” Cfr. *El Estado vigilante. Consideraciones Jurídicas sobre la Función Inspectora de la Administración*, Editorial Tecnos, Madrid, 2000, pp. 229 e 230. Ver, também, artigo 110.º, n.ºs 5 e 6, do Decreto-Lei n.º 265/79, de 22 de Março, e segundo travessão da alínea c) do n.º 1 da “Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho sobre os direitos dos reclusos na União Europeia (2003/2188/INI)”, citada, na qual se defende que, numa futura Carta Penitenciária Europeia, sejam estabelecidas “regras detalhadas e obrigatórias para os Estados-Membros”, relativas, designadamente “ao direito à integridade mental e física, em particular à protecção contra a violência dos outros reclusos e à prevenção do suicídio”.

<sup>303</sup>. Cfr. artigo 110.º, *maxime*, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 265/79, de 22 de Março.

<sup>304</sup>. Assim, por exemplo, o Tribunal Administrativo de Caen, de 24 de Janeiro de 2006, M. M., n.º 0401325, condenou o Estado a pagar as despesas de reparação do computador de um recluso, assim como 100 euros de indemnização, pela privação do mesmo durante dois meses e alguns dias, em que esteve em reparação, porquanto o mesmo, funcionando antes da transferência do recluso para outro centro penitenciário, não funcionava na chegada a este (AJDA n.º 13/2006, p. 727).

<sup>305</sup>. Na previsão do n.º 3 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 22 de Março, [n]a modelação da execução das medidas privativas de liberdade não devem ser criadas situações que envolvam perigos para a defesa da sociedade ou da própria comunidade prisional”. Cfr., igualmente, com interesse, o artigo 217.º do mesmo diploma.

<sup>306</sup>. DR, 2.ª série, n.º 135, de 14 de Julho de 2006, p. 11 269. O Conselho Consultivo da PGR analisou a questão de saber se a “utilização de detectores de metais, mediante passagem no pátio ou por detector manual, em relação a advogado que acede ao interior de estabelecimento prisional, para comunicar com cliente seu ... colide com os direitos constitucionais e legais que lhe assistem no exercício da sua profissão”, tendo concluído que não (pp. 11 264 a 11 271).

Expressivamente, também o Acórdão Campbell e Fell c. Reino Unido, de 28 de Junho de 1984, processos

organização e correcto funcionamento do estabelecimento prisional absorvam os interesses dos indivíduos privados de liberdade de forma a, em nome ou no interesses destes, se justificar o respectivo poder disciplinar. O que sobreleva são os interesses da instituição, o interesse relativo à sua capacidade para guardar quem lhe foi incumbido que guardasse e o da sua capacidade para prevenir o regresso social criminógeno<sup>307</sup>.

### 2.1. Natureza do regime disciplinar penitenciário

“O Ministério Público envia ao tribunal de execução das penas – cuja competência “é regulada em lei especial”<sup>308</sup> – e aos serviços prisionais e de reinserção social, no prazo de cinco dias após o trânsito em julgado, cópia da sentença que aplicar pena privativa da liberdade”<sup>309</sup>. A sua execução é assegurada pela e função do “protagonismo da Administração penitenciária na [sua] condução”<sup>310</sup>.

“O Direito penitenciário tem por objecto central a execução penal”, regula os termos desta, sendo uma extensão da realidade regulada pelo Direito penal material e processual, que é seu pressuposto. Da “concretização do cumprimento penitenciário depende [em parte] o conteúdo e a duração da pena realmente imposta”; “não se trata meramente de uma individualização administrativa, contraposta à individualização legal e à individualização judicial, mas de um processo de concretização que parte, como a sentença, de um marco legal e deve ser controlado judicialmente” (Mir Puigpelat)<sup>311</sup>.

---

n.ºs 7819/77 e 7878/77 (<http://cmiskp.echr.coe.int/>), n.º 69, p. 19. O Tribunal “não ignora que no contexto carcerário razões práticas e de política militam a favor de um regime disciplinar especial, por exemplo considerações de segurança, o interesse de ordem, a necessidade de reprimir a má conduta dos detidos *com toda a prontidão possível*, a existência de sanções ‘sob medida’ que as jurisdições de direito comum não podem assegurar e o objectivo das autoridades penitenciárias terem assegurada a disciplina nos seus estabelecimentos” (itálico nosso).

<sup>307</sup>. A inserção não voluntária do indivíduo no aparelho administrativo e a estruturação da responsabilidade disciplinar em função das exigências de correcto funcionamento do estabelecimento prisional são os aspectos característicos destacados por Eugenio Mele, *La Responsabilità dei Dipendenti e degli Amministratori Pubblici*, cit., pp. 122 e 123.

<sup>308</sup>. “A competência do tribunal de execução das penas é regulada em lei especial.” (artigo 18.º do CPP).

<sup>309</sup>. Cfr. artigo 477.º, n.º 1, do CPP.

<sup>310</sup>. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Alberó, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, *Curso de Derecho Penitenciario*, cit., p. 50.

<sup>311</sup>. *Apud* Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Alberó, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, *Curso de Derecho Penitenciario*, cit., p. 50.

A intervenção e ou o controlo judicial nesta fase está a cargo do tribunal de execução das penas<sup>312</sup>, dos “juízes de vigilância penitenciária”<sup>313</sup>, os quais devem garantir os direitos dos presos e “corrigir os abusos e desvios que ocorram no cumprimento dos preceitos do regime penitenciário”<sup>314</sup>. O juiz da execução das penas, no entanto, não é apenas um órgão de controlo, mas um órgão que intervém na execução penitenciária. Tem um triplo papel: é um órgão da administração penitenciária, um órgão de recurso e um órgão de fiscalização da actuação da administração penitenciária. Quanto à primeira função, a sua intervenção jurisdicionaliza a própria administração penitenciária. Enquanto na segunda das enunciadas funções, ele conhece em via de recurso de decisões tomadas pela Administração Penitenciária (expressivamente, no exercício do poder disciplinar), na primeira, ele toma “em primeira instância determinadas decisões relativas à concessão ou limitação de liberdade dos presos”<sup>315</sup>. Quanto à terceira função, cabe-lhe fazer visitas aos estabelecimentos prisionais, atender os reclusos que requeiram ser por ele ouvidos e promover a resolução das pretensões que lhe sejam formuladas, “de acordo com os directores dos estabelecimentos”, e, em caso de desacordo, levando o assunto à deliberação do conselho técnico, que é um órgão administrativo<sup>316</sup>.

Em face do exposto, a questão que se coloca é a de saber qual a natureza jurídica, administrativa ou judicial, da execução das decisões judiciais privativas da liberdade. Para Adolfo Merkl, “é sempre administração”<sup>317</sup>; figuras como as da liberdade condicional, da

---

<sup>312</sup>. O n.º 2 do artigo 207.º da Constituição dispõe que a “lei poderá estabelecer a intervenção de juízes no julgamento de questões ... de execução de penas ou outras [questões] em que se justifique uma especial ponderação dos valores sociais ofendidos”. A “apreciação de litígios que tenham por objecto a impugnação de (...) actos relativos ao inquérito e instrução criminais, ao exercício da acção penal e à execução das respectivas decisões”, atenta a matéria em causa, não cabem por natureza aos tribunais administrativos (alínea c) do n.º 2 do artigo 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais).

<sup>313</sup>. Na expressão espanhola.

<sup>314</sup>. STC n.º 2/1987, de 21 de Janeiro de 1987, registo n.º 940 e 949/1985 ([http://boe.es/g/es/bases\\_datos\\_tc](http://boe.es/g/es/bases_datos_tc)).

<sup>315</sup>. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, cit., pp. 51 e 52.

<sup>316</sup>. O conselho técnico integra o director do estabelecimento, que ao mesmo preside, salvo no caso em análise, e, em regra, por cinco funcionários, designados pelo Ministro da Justiça, sob proposta do director-geral dos Serviços Prisionais, ouvido o director do estabelecimento. Cfr. artigos 139.º, 145.º, 186.º e 187.º, alínea d), do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto.

<sup>317</sup>. Adolfo Merkl, Teoría General del Derecho Administrativo, cit., p. 346.

modificação ou revogação de medida de segurança e outras decisões relativas à pena na sua fase de execução são, na perspectiva do autor, uma “residual ingerência do poder executivo na jurisdição penal”<sup>318</sup>.

A razão parece-nos estar com Hinojosa Segovia, quando afirma que “a natureza jurídica da execução penal tem carácter misto, jurisdicional-administrativo”, não se verificando, não obstante, no Direito penitenciário positivo português “um predomínio claro do [carácter] jurisdicional” (que referencia)<sup>319</sup>.

Em matéria disciplinar, dificilmente se pode falar, sequer, num carácter misto, por o predomínio da Administração penitenciária ser quase absoluto, como a seguir melhor se verá<sup>320</sup>.

Em termos gerais, à punição disciplinar de recluso em sede de execução das medidas privativas de liberdade, não é reconhecido carácter jurisdicional, no quadro do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, para o efeito de, ao procedimento disciplinar, serem aplicadas as garantias, aí consagradas, de um processo justo relativo a “acusação em matéria penal” (a que subsumir acusação em matéria disciplinar), sendo, no entanto, discutida a pertinência dessa subsunção no caso da aplicação da sanção disciplinar de internamento em cela disciplinar. O Acórdão “Campbell c. Reino Unido”, que constitui uma referência na matéria, concluiu no sentido da abrangência em tal preceito da punição disciplinar de que foi objecto o Senhor M. Campbell na prisão, “pela natureza e grau de severidade da sanção”. No entanto, a sanção em causa implicava, em verdade, um prolongamento do tempo de prisão, por “perda de remissão da pena” que esperava cumprir, aquando da decisão<sup>321</sup>.

---

<sup>318</sup>. Giuliano Vassallini, “Potestà punitiva”, *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, Giuffrè Editore, p. 811.

<sup>319</sup>. *Apud* Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Alberó, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, *Curso de Derecho Penitenciario*, cit., p. 51. Ver, também, Acórdão do Tribunal dos Conflitos, de 29 de Março de 2007, processo n.º 017/06, onde o tribunal qualificou o internamento em secção de segurança como “uma medida administrativa”.

<sup>320</sup>. O Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 263/94, afirma que o “direito disciplinar de natureza penitenciária configura-se como uma modalidade do direito disciplinar administrativo” (Ac. de 23 de Março de 1994, processo n.º 566/92, [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940263.html?impressao=1](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940263.html?impressao=1)).

<sup>321</sup>. “Prolongando a detenção bem para lá do que seria o caso sem ela, a sanção aparenta-se a uma privação da liberdade, mesmo se juridicamente não a constitui.” Cfr. Acórdão Campbell e Fell c. Reino Unido, de 28 de Junho de 1984, processos n.ºs 7819/77 e 7878/77 (<http://cmiskp.echr.coe.int/>), considerando 72, p. 21.

Os juízes Thór Vilhjálmsson e Gölcüklü, no seu voto de vencido, contestam que o prolongamento da

### 3. Princípios do regime disciplinar penitenciário

Os termos do cumprimento da decisão judicial privativa da liberdade podem variar curso em aspectos, como, por exemplo, a amplitude de movimentos no espaço prisional, a afectação, reafectação ou desafectação de uma actividade laboral ou ocupacional, a disponibilidade, no estabelecimento, de certos bens e de dinheiro, o gozo de licenças e saídas precárias e a própria duração concreta do tempo da privação da liberdade. As decisões da Administração Penitenciária que importam esta variação podem ter ou não razões disciplinares. Quando agravem tais termos, afectando a situação jurídica penitenciária do recluso, devem ser fundamentadas e objecto de controlo jurisdicional<sup>322</sup>. A acção disciplinar no interior dos estabelecimentos prisionais, como outras decisões<sup>323</sup>, confronta-se especialmente com a necessidade de acautelar a protecção dos respectivos direitos fundamentais, dada a complexidade que introduz o quadro institucional prisional.

As exigências de ordem e segurança são invocadas, geralmente, para justificar mitigações significativas na aplicação dos princípios da legalidade, da tipicidade das infracções e do princípio *non bis in idem*, traduzidas na sua previsão em textos sem natureza legal, num elenco meramente exemplificativo das faltas disciplinares, na abertura da sua formulação e na possibilidade de aplicação de mais do que uma sanção disciplinar<sup>324</sup>.

#### 3.1. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade em matéria sancionatória postula a previsão legal dos ilícitos e das sanções e a sujeição aos “ditames das leis que [os] descrevem, ... impedindo a sanção de comportamentos não previstos na norma correspondente mas similares aos que

---

duração da prisão retire à perda de remissão o carácter disciplinar do procedimento intentado contra o requerente. “Com efeito, o tempo passado na prisão não pode ultrapassar o período determinado pela condenação original, e a remissão de pena faz parte integrante de um sistema que repousa sobre medidas disciplinares” (pp. 37 e 38). De igual modo, o juiz Vincent Evans, notando ainda que a possibilidade de poder haver lugar, também, a responsabilidade penal pelos factos objecto de punição disciplinar mostra que esta não pode ser incluída na “matéria penal” (p. 39).

<sup>322</sup>. Isto mesmo decorre da jurisprudência francesa na matéria, de que nos dá conta Jean-Frédéric Millet, “Le déclasséement d’emploi des détenus”, in AJDA, n.º 35/2005, pp. 1950 e 1951.

<sup>323</sup>. Designadamente, alimentação de preso em greve de fome, a transferência para outro estabelecimento prisional, a aplicação de uma medida interna de segurança.

<sup>324</sup>. Éric Massat, “Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l’administration. Contribution à une étude sur le pouvoir administratif visant les usagers des services publics”, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, n.º 4, octobre / décembre, pp. 753 e 754.

contempla”. A decisão sancionatória tem de ser, atentas “as razões de segurança jurídica e de legitimidade democrática da intervenção punitiva”, “fruto previsível ... do decidido pela soberania popular”. Violam o princípio da legalidade, desta feita, os actos sancionatórios que se fundam “numa subsunção dos factos alheia ao significado possível dos termos da norma aplicada” e os que “pelo seu fundamento metodológico – por uma argumentação ilógica ou indiscutivelmente extravagante – ou por serem alheios aos valores que informam a nossa Constituição, conduzem a soluções essencialmente opostas à orientação material da norma e, por isso, imprevisíveis para os seus destinatários”<sup>325 326</sup>.

Entre nós, é exigível a definição por lei ou decreto-lei autorizado do regime comum ou normal da punição das infracções disciplinares<sup>327</sup>. Se a criação, alteração ou eliminação das infracções disciplinares não se inserem no âmbito daquela reserva, o mesmo já não se poderá dizer relativamente aos tipos de sanções aplicáveis e aos seus limites e aos princípios estruturais relativos à sua aplicação<sup>328</sup>. Pode mesmo questionar-se se existe reserva de lei, isto é, se não é de admitir a definição regulamentar dos ilícitos disciplinares. As “Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos”, Anexo à Recomendação (87) 3, do

---

<sup>325</sup>. O que ocorre quando, a partir da motivação da decisão, é perceptível uma “extensão da aplicação do tipo sancionatório a um pressuposto de facto manifestamente alheio ao sentido dos elementos que o integram, assim como também quando, prescindindo de toda a motivação e por uma decisão meramente voluntarista, se priva a sanção do suporte que exige o princípio da legalidade” (STC 138/2004, de 13 de Setembro de 2004, ponto 3, §, in <http://www.tribunalconstitucional.es/STC2004/stc2004-138.htm>).

<sup>326</sup>. O Tribunal constitucional espanhol considerou violar o princípio da legalidade a decisão que puniu um recluso que, na sequência do indeferimento de pedido de permanência na cela, para preparar exames, nas horas de saída para o pátio, comunicou que fazia, em reacção, greve de fome, subsumindo o seu comportamento ao artigo 108 b) do Regulamento penitenciário de 1981 - De acordo com a alínea b) do artigo 108.º (faltas muito graves) do Regulamento Penitenciário n.º 190/96, de 9 de Fevereiro, constitui infracção “[a]lgredir, ameaçar ou coagir qualquer pessoa dentro do estabelecimento, ou as autoridades ou funcionários judiciais ou de instituições penitenciárias, tanto dentro como fora do estabelecimento durante saída permitida e aqueles se encontrem no exercício das suas funções ou por ocasião desse exercício” - por considerar inexistir, no caso, a utilização de meios coactivos previstos na norma e, portanto, ter sido aplicado um “tipo sancionatório a um pressuposto de facto manifestamente alheio ao sentido dos elementos que o integram”. Cfr. STC 138/2004, de 13 de Setembro de 2004, ponto 4, § 1, in [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es).

<sup>327</sup>. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Tomo V, Actividade Constitucional do Estado, Coimbra Editora, 1997, p. 232. Cfr., ainda, artigo 165.º, n.º 1, alínea d), da CRP.

<sup>328</sup>. Da alínea d) do n.º 1 do artigo 165.º ficam de fora, segundo sugere o seu enunciado, o elenco das infracções disciplinares. Cfr., *mutatis mutandis*, o Acórdão n.º 386/2003/T.Const. – Processo n.º 81/2003, DR., II Série, n.º 246, de 23 de Outubro, pp. 16 010 e 16 011.

Nesta medida, as normas correspondentes do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, respeitantes aos aspectos destacados no texto, não precedidas de autorização da Assembleia da República são, do ponto de vista orgânico, supervenientemente inconstitucionais (cfr. artigo 167.º da CRP, versão inicial, artigo 168.º, n.º

Comité dos Ministros do Conselho da Europa, de 12 de Fevereiro de 1987, postulam, no seu número 35, que “... pontos devem ser determinados por lei ou por regulamento da autoridade administrativa competente: // a) a conduta que constitui infracção disciplinar; // b) o género e a duração das sanções disciplinares que podem ser impostas; // c) a autoridade competente para decidir estas sanções; // d) a autoridade a quem se dirigir e o processo a seguir para recorrer destas decisões”<sup>329</sup>.

A lei, escreve Jorge Miranda, “é o meio de acção essencial do poder sobre a vida social. Com a lei trata-se de programar e promover, pelas suas prescrições, uma ordem político-social; trata-se de legitimar e normalizar, juridicamente, uma política global do Estado. Conteúdo adequado ou apropriado à forma de lei há-de ter, em princípio, especial relevância para os particulares e/ou para a comunidade”<sup>330</sup>. A punição de certas condutas em meio prisional restringe ainda mais o espaço de liberdade, já de si restringido pela prisão, tendo especial relevância para as pessoas submetidas, contra a sua vontade, a uma relação de sujeição para com as autoridades penitenciárias. Por outro lado, não se compreenderia que à exigência de reserva de lei parlamentar quanto ao regime geral de punição se contrapusesse a inexigência de lei para a definição das infracções disciplinares, ainda que, quanto a estas, seja de admitir a formulação regulamentar concretizadora ou densificadora e as “remissões regulamentares para complementar o conteúdo da conduta proibida”<sup>331</sup>. Na perspectiva da segurança jurídica, é duplamente essencial a “acessibilidade”, por parte dos sujeitos a quem dizem respeito, às normas jurídicas parametrizadoras dos respectivos comportamentos, no quadro da relação jurídica

---

1, alínea d), da CRP, versão de 1989, e artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP).

<sup>329</sup>. *In site* do Conselho da Europa. Ver também Normas 2 e 4 das “Normas para a Aplicação Efectiva das Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos”, Resolução n.º 1984/47, do Conselho Económico e Social da ONU, *in* Compilação das Normas e Princípios das Nações Unidas em Matéria de Prevenção e de Justiça Penal, Separata autónoma do Boletim Documentação e Direito Comparado, n.º duplo 61/62, 1995, PGR, GDDC, pp. 154 a 163, *maxime*, p. 157, “princípio 30” do “Conjunto de princípios para a protecção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão”, adoptado, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, pela resolução n.º 43/173, de 9 de Dezembro de 1988 ([http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h\\_com36\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_com36_sp.htm)).

<sup>330</sup>. Manual de Direito Constitucional, Tomo V, Actividade Constitucional do Estado, Coimbra Editora, 1997, p.136.

<sup>331</sup>. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Alberó, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, cit., p. 216, nota 4, e STC n.º 2/1987, de 21 de Janeiro de 1987, registo n.º 940 e 949/1985 ([http://boe.es/g/es/bases\\_datos\\_tc](http://boe.es/g/es/bases_datos_tc)).

penitenciária<sup>332 333</sup> e a sua “formulação com suficientemente precisão para lhe permitir ... prever, em medida razoável atentas as circunstâncias da causa, as consequências que podem resultar de um acto determinado”<sup>334</sup>.

### 3.1.1. As infracções disciplinares

O recluso incorre em infracção disciplinar quando viola culposamente os deveres a que está, na situação de reclusão, obrigado, entre os quais se inclui o de abster-se de adoptar conduta contrária à “ordem e [à] disciplina do estabelecimento” e aos “fins tidos em vista na execução da medida privativa da liberdade”<sup>335</sup>, o que acontece nas situações legalmente elencadas (por exemplo, “inobservância das ordens dadas ou atraso injustificado no seu cumprimento”, “instigação e participação em desordens, sublevações ou motins”, “contratos não autorizados pelo director com outros reclusos, funcionários ou pessoas estranhas ao estabelecimento”<sup>336</sup>) e noutras que a lei admite por subsunção à cláusula geral. O regime legal de execução das medidas privativas de liberdade, para além da abertura já reportada do ponto de vista do princípio da legalidade sancionatória, suscita algumas reservas, não tanto por essa abertura (ainda previsível), mas por parecer admitir o ajustamento extra-legal, por determinação regulamentar e por determinação concreta, de deveres disciplinares. Com efeito, o recluso incorre em infracção disciplinar, não apenas

---

<sup>332</sup>. Do ponto de vista do conhecimento das normas jurídicas aplicáveis, não é de descurar o chamado regulamento interno do estabelecimento prisional, pelo mais fácil e concreto conhecimento que dele podem ter e, em geral, têm os reclusos. O regulamento interno do estabelecimento deve ser entregue ao recluso aquando do seu ingresso e, bem assim, ser-lhe dado a conhecer, em geral, as “disposições legais e regulamentares que interessam à sua conduta”, inclusive aos que não saiba ler e aos reclusos estrangeiros. De igual modo, deve estar disponível na “biblioteca ou noutro local a que os reclusos possam ter acesso” (artigo 6.º, n.º 2, e 185.º, n.ºs 2 a 6, do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto).

<sup>333</sup>. Cfr. “princípio 30”, n.º 1, do “Conjunto de princípios para a protecção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão”, adoptado, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, pela resolução n.º 43/173, de 9 de Dezembro de 1988 ([http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h\\_com36\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_com36_sp.htm)): na aplicação das sanções as “autoridades competentes ... determinar-se-ão pela lei ou pelos regulamentos emanados conforme ao direito e devidamente publicitados”.

<sup>334</sup>. “Affaire Lavents c Letónia”, processo n.º 58442/00, de 28 de Novembro de 2002, p. 44, *in* <http://cmiskp.echr.coe.int/coe>.

<sup>335</sup>. Na previsão legal, a “reintegração do recluso na sociedade” e a “defesa desta”. Cfr. artigo 2.º (“Finalidades da execução”) do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto.

<sup>336</sup>. Cfr. artigo 132.º, alíneas n), o) e q), do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto.



quando infringe deveres legais, nas também “os deveres que lhe são impostos”<sup>337</sup>. Se se pode admitir um “alcance diferente [do princípio da legalidade] em matéria de tipificação do ilícito”<sup>338</sup> – por se tratar de equilibrar a previsão (e segurança) que o recluso deve ter sobre as consequências das suas condutas e a previsão possível de condutas contrárias à ordem e segurança e aos fins da execução das medidas privativas de liberdade e, portanto, a eficácia destas e a capacidade de “auto-ordenação” das autoridades penitenciárias<sup>339</sup> – também se deve ter o cuidado de, em atenção ao seu fundamento, não prejudicar as respectivas exigências, atenção que a actual lei não tem.

Entre as propostas de reforma do regime em referência, regista-se a da tipificação das infracções disciplinares, não só pela sua enunciação concreta ou seguramente perceptível, mas também pela proibição do recurso à analogia em desfavor do arguido<sup>340</sup>.

### 3.1.2. As sanções disciplinares

Ao invés das infracções, as sanções disciplinares<sup>341</sup> são objecto de enunciado legal típico (“repreensão, perda parcial ou total de concessões feitas”<sup>342</sup>, “privação de recreio e de

---

<sup>337</sup>. Cfr. artigo 128.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto.

<sup>338</sup>. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, cit., p. 216.

<sup>339</sup>. O critério para fundamentar a modelação do princípio da tipicidade é frequentemente o da invocada qualificação da relação penitenciária como “relação de sujeição especial”. Cfr. STC n.º 2/1987, de 21 de Janeiro de 1987, registo n.º 940 e 949/1985 ([http://boe.es/g/es/bases\\_datos\\_tc](http://boe.es/g/es/bases_datos_tc)): Atente-se no seguinte extracto: “O recluso integra-se numa instituição preexistente e que projecta a sua «autoridade» sobre quem, à margem da sua condição comum de cidadão, adquire o *status* específico de indivíduos sujeitos a um poder público que não é o que, com carácter geral, existe sobre o comum dos cidadãos, e em virtude da efectividade que importa esse submetimento singular ao poder público, o *ius puniendi* não é o genérico do Estado, e em tal medida a própria reserva de lei perde parte do seu fundamento material, dado o carácter de certo modo insuprimível do poder regulamentar, expressivo da capacidade de auto-ordenação correspondente, para determinar em concreto as previsões legislativas abstractas sobre as condutas identificáveis como anti-jurídicas no seio da instituição.”

<sup>340</sup>. Cfr. as referências a este Projecto de proposta de lei de execução das penas, de Fevereiro de 2001, descritas por Paulo Pinto de Albuquerque, Direito Prisional Português e Europeu, cit., p. 341, nota 112.

<sup>341</sup>. Na expressão da lei “medidas disciplinares”.

<sup>342</sup>. No Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, designadamente no artigo 133.º, que elenca os “tipos de medidas disciplinares”, não existe menção expressa à suspensão ou perda de trabalho ou formação profissional como sanção disciplinar. Podem, no entanto, constituir sanção disciplinar por força da alínea b) do n.º 1 do artigo 133.º, ou seja, uma forma de “perda parcial ou total de concessões feitas”, se considerarmos que não constituem um direito (artigos 63.º a 70.º e artigo 79.º do mesmo diploma).

O artigo D. 251-1 do Código de Processo Penal francês (que integra o regime jurídico da execução das penas e sistema penitenciário) prevê como sanção disciplinar o “*déclassement d’un emploi ou d’une formation, lorsque la faute disciplinaire a été commise au cours ou à l’occasion de l’activité considérée*”,

espectáculos por tempo não superior a dois meses”, “proibição de beber vinho ou cerveja por tempo não superior a três meses”<sup>343</sup>, “proibição de dispor do fundo disponível em proveito próprio por tempo não superior a três meses”, “reversão do fundo disponível para o fundo de reserva por tempo não superior a três meses”, “perda de coisas e dinheiro na sua posse em contravenção das normas regulamentares, dando-se o destino que estas determinarem”<sup>344</sup>, “internamento em quarto individual até um mês”, “internamento em cela disciplinar até um mês”<sup>345</sup>). Não existe, não obstante, qualquer correspondência entre infracções e sanções disciplinares<sup>346</sup>.

A sanção de internamento em cela disciplinar é a mais gravosa das sanções<sup>347</sup> e a que suscita maiores reservas<sup>348</sup>. No caso “Koskinen v. Finland”, a Comissão Europeia dos Direitos Humanos rejeitou queixa apresentada por recluso Jarmo Koskinen, designadamente, por não considerar procedente a invocação de que o isolamento da comunidade prisional constituía por si uma forma de tratamento desumano e degradante. Afirmou que, embora essa separação seja indesejável, a contrariedade ao artigo 3.º da Convenção<sup>349</sup> depende das “particulares condições da sua aplicação, incluindo as suas

---

assim como o artigo D. 99 do mesmo Código, dispõe que “les détenus, quelle que soit leur catégorie pénale, peuvent demander qu’il leur soit proposé un travail. L’inobservation par les détenus des ordres et instructions donnés pour l’exécution d’une tâche peut entraîner la mise à pied ou le déclassement de l’emploi.” (Jean-Frédéric Millet, “Le déclassement d’emploi des détenus”, in AJDA, n.º 35/2005, pp. 1950 e 1951).

<sup>343</sup>. “É proibido aos reclusos o uso de bebidas alcoólicas, excepto de vinho ou cerveja, cujo consumo pode ser autorizado nas quantidades e observados os requisitos previstos pelo regulamento interno do estabelecimento” (artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto).

<sup>344</sup>. O Tribunal Constitucional espanhol, no “ATC 238/1985”, rejeitou que constituísse uma forma de tratamento degradante e desumano, dado o seu carácter económico - Jesús Jordano Fraga, Nulidad de los Actos Administrativos y Derechos Fundamentales, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997, p. 273.

<sup>345</sup>. Cfr. artigo 133.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto.

<sup>346</sup>. Diferentemente acontece no regime penitenciário espanhol, cujo Regulamento de 1996 (embora não a lei, o que suscita críticas) concretizou, em significativa medida, a “disponibilidade das sanções a aplicar, assim como a sua duração, segundo se trate de faltas muito graves, graves ou leves”. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Alberó, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, cit., p. 234.

<sup>347</sup>. Cfr. artigo 133.º, n.º 1, alínea i), do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto. Tem a duração máxima de um mês. Sobre a cela disciplinar, ver artigo 134.º do mesmo diploma.

<sup>348</sup>. Cfr. ponto 7 dos “Princípios fundamentais para o tratamento dos reclusos”, adoptados pela Assembleia-geral das Nações Unidas, através da resolução n.º 45/111, de 14 de Dezembro de 1990 ([http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h\\_com35\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_com35_sp.htm)).

<sup>349</sup>. Que dispõe: “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou

limitações, duração ou fim, assim como [d]os efeitos na pessoa a que respeita”, não importando normalmente, quando ditada por razões de segurança, disciplinares ou protectivas, tratamento ou punição desumanos<sup>350</sup>.

Nestes termos, justifica-se, não só a delimitação legal das condições de cumprimento (relativas à assistência médica, visitas e condições da cela onde é cumprida<sup>351</sup>), mas, também, uma “regulação legal restritiva” da sua aplicação, assente em pressupostos específicos, de modo a só ser utilizada “em casos extremos”<sup>352</sup>. O internamento em cela disciplinar enquanto sanção suscita a discussão sobre a sua natureza jurídica. Constitui, diz-se, uma privação de liberdade dentro da própria privação de liberdade e, como tal, uma típica sanção penal, que, surgindo no quadro da primeira, partilha da sua natureza. Argumenta-se ainda que exponencia a compressão da liberdade, consubstanciando “uma privação de liberdade absoluta”, porque o recluso “fica privado das condições necessárias ao livre exercício das faculdades inerentes à vida normal dentro do estabelecimento

---

degradantes.”

<sup>350</sup>. Acórdão de 30 de Agosto de 1994, proferido no processo n.º 20560/92, in <http://cmiskp.echr.coe.int/>. Também no acórdão proferido, em 29 de Abril de 2003, no “Caso Kuznetsov v. Ucrânia”, processo n.º 39042/97, o TEDH considerou que os maus tratos, para efeitos de subsunção ao conceito de tratamento desumano ou degradante do artigo 3.º da CEDH, devem atingir um “mínimo de gravidade”, o que depende “das circunstâncias do caso, como a duração do tratamento, os seus efeitos físicos e mentais e, nalguns casos, o sexo, a idade e o estado de saúde da vítima”, sendo relevante ainda, em regra, atender à intenção ou objectivo com que foram infligidos e à afectação da personalidade do visado (considerando n.º 111); cfr. acórdão in <http://cmiskp.echr.coe.int/>.

A privação da liberdade envolve, tendencialmente, por si, sofrimento e humilhação. O Estado deve garantir que as condições, maneira ou método de execução de medida privativa de liberdade devem ser compatíveis com o respeito da dignidade humana e não causem sofrimento e privação superiores ao que já são inevitáveis (considerando n.º 112 do acórdão).

<sup>351</sup>. Cfr. artigo 134.º, 135.º e 137.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto.

<sup>352</sup>. STC n.º 2/1987, de 21 de Janeiro de 1987, registo n.º 940 e 949/1985 ([http://boe.es/g/es/bases\\_datos\\_tc](http://boe.es/g/es/bases_datos_tc)).

No Regulamento Penitenciário espanhol n.º 190/96, de 9 de Fevereiro, a sanção disciplinar correspondente, dita de “isolamento em cela”, não pode exceder 14 dias, salvo em caso de reincidência, em que pode ir até 21 dias, e a sua aplicação depende dos seguintes requisitos: a) a infracção praticada tem de ser grave ou muito grave (não pode ser aplicada a “infracções leves”); b) tem de existir “evidente agressividade ou violência por parte do recluso” ou situação em que este “altere, reiterada e gravemente, a normal convivência no estabelecimento”; c) no caso de isolamento por falta grave, o mesmo é limitado de segunda-feira a sexta-feira, por período de cinco ou menos dias; d) exige-se a prévia aprovação pelo juiz de execução das penas, no caso de isolamento superior a 14 dias, ainda que de sanções sucessivas se tratem; e) o recluso cumpre a sanção na sua cela de habitação, salvo se a partilhar com outros ou por razões ligadas à “sua própria segurança e boa ordem”, casos em que a cumpre noutra cela, de “análogas características”. Ver Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Alberó, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, *Curso de Derecho Penitenciario*, cit., pp. 230 a 233.

prisional”, e, diz-se também, que é censurável por ser homogénea, isto é, invariável no seu modo de execução<sup>353</sup>.

Os argumentos não procedem. Em primeiro lugar, a privação da liberdade não é de todo absoluta: por força da conciliação e salvaguarda dos direitos fundamentais do recluso ou do núcleo essencial do direito, restringido, à liberdade pessoal, o recluso em cumprimento de medida disciplinar de internamento em quarto individual e em cela disciplinar nunca pode deixar de ter um período mínimo de tempo de permanência a céu aberto<sup>354</sup>. Depois, não fica prejudicada a assistência médica, religiosa e por advogado e o direito de recurso para o juiz do tribunal de execução das penas<sup>355</sup>. A tutela dos direitos fundamentais não se coloca aí em termos diferentes dos termos gerais<sup>356</sup>. Tendo o princípio da proporcionalidade

---

<sup>353</sup>. José Manuel VilaLonga, “A constitucionalidade das medidas disciplinares aplicadas aos reclusos. Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 161/95”, in *Themis*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano I, n.º 1, 2000, p. 209.

Na STC do Tribunal Constitucional espanhol de 13 de Setembro de 2004, proferida no recurso de amparo n.º 1579-2001, o recorrente invocou violação do direito à liberdade pessoal, alegando que a “sanção de um fim semana isolado em cela que lhe foi imposta por ter sido reputado autor de uma falta muito grave do artigo 108.º b) do Regulamento penitenciário, impôs-lhe um importante agravamento da situação de privação da liberdade ..., sem que tal agravamento [tivesse tido] ... apoio suficiente em qualquer preceito legal” – in [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es) (p. 6 e p. 9).

No “Caso Ezeh e Connors c/ Reino Unido”, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em decisão de 15 de Julho de 2002, “atendendo à natureza dos factos censurados (ameaça verbal contra um guarda prisional) e das sanções aplicáveis e aplicadas (40 dias suplementares e 14 dias de isolamento celular, 14 dias de perda de trabalho e 14 dias de perda de direitos, por um lado; 7 dias suplementares e 3 dias de isolamento celular), considerou que os procedimentos disciplinares em causa eram de qualificar como processos penais para efeitos do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”. Dessa feita, afirmou o direito dos reclusos arguidos ao patrocínio por advogado e que o director do estabelecimento prisional não era um “tribunal independente e imparcial”. A decisão, informa Nicky Padfield, causou preocupação na função pública penitenciária, estando a ser preparada, em consequência um novo “mecanismo no que toca à disciplina penitenciária” - “Actualités du droit pénal en Angleterre et au Pays de Galles (2002)”, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, avril/juin 2003, n.º 2, pp. 443 e 445.

<sup>354</sup>. Cfr. artigo 106.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, a Circular n.º 4/95/DEP/1, que especifica que o permanência a céu aberto deve ser isolada, isto é, sem contacto com outros reclusos e pelo período mínimo de uma hora, e n.º 86 das “Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos”, Anexo à Recomendação (87) 3, do Comité dos Ministros do Conselho da Europa, de 12 de Fevereiro de 1987.

No Regulamento Penitenciário espanhol, de 1996, “foi aumentado a duas horas o tempo de passeio isolado”. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Alberó, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, *Curso de Derecho Penitenciario*, cit., p. 232.

<sup>355</sup>. Cfr. artigos 133.º, n.º 3, e 137.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, e as regras do n.º 38 “Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos”, Anexo à Recomendação (87) 3, do Comité dos Ministros do Conselho da Europa.

<sup>356</sup>. Em que se coloca relativamente aos sujeitos não condenados.

presidido à determinação da sanção disciplinar, não deixa de acompanhar o seu cumprimento, o que sobreleva a sua homogeneidade tendencial.

A regulação da vida prisional compreende, em si, regras de circulação e permanência nos espaços do estabelecimento prisional. A aplicação de medida de internamento em cela de habitação ou em cela disciplinar consubstancia o estreitamento destas regras, fundada na prática pelo recluso de facto disciplinarmente ilícito.

Não faz sentido falar-se numa alteração qualitativa, porque, na realidade, o “internamento do recluso em cela disciplinar intensifica a execução da pena de prisão”<sup>357</sup>. Se intensifica, a alteração será, então, antes, quantitativa, não deixando de estar no quadro desta. Trata-se do agravamento dos termos de execução da pena de prisão e não da aplicação de uma nova sanção. O que há é uma alteração temporária no regime de cumprimento da pena ou das “condições da prisão”, *maxime*, uma “restrição à liberdade de movimentos dentro do estabelecimento”<sup>358</sup>. Em suma, a aplicação de medida de internamento em cela disciplinar (ou em cela de habitação) coloca-se no plano da execução de medida privativa de liberdade e do regime desta e não no da aplicação de uma nova medida privativa de liberdade<sup>359</sup>.

As sanções disciplinares redundam, em geral, num agravamento ou aumento dos limites do regime penitenciário relativamente ao recluso infractor. “Os condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos

---

<sup>357</sup>. José Manuel VilaLonga, “A constitucionalidade das medidas disciplinares aplicadas aos reclusos. Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 161/95”, cit., p. 210.

<sup>358</sup>. A sua vida penitenciária, por um período certo, que nunca pode ir além dos trinta dias, passa a estar sujeita a um regime mais rigoroso, securitário. No sentido de que a “sanção não implica privação da liberdade, mas modificação das condições da prisão”, se pronunciou o TC espanhol (STC n.º 2/1987, de 21 de Janeiro de 1987, registo n.º 940 e 949/1985 ([http://boe.es/g/es/bases\\_datos\\_tc](http://boe.es/g/es/bases_datos_tc)) e a Comissão Europeia de Direitos do Homem. Esta em particular, destacou que “medidas disciplinares aplicáveis a quem está a cumprir uma sentença não podem considerar-se constitutivas de privação de liberdade, porque todas as medidas são tão só modificações da sua detenção legal” – “Application/Requête n.º 7754/77, X. v/Switzerland x. c/ Suisse (ponto 2), in <http://cmiskp.echr.coe.int/>, e Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, p. 231 e nota 26.

<sup>359</sup>. Sobre a questão debruçou-se já o Tribunal Constitucional concluindo que a sanção de internamento do recluso em cela disciplinar consubstancia “uma típica sanção disciplinar, análoga às sanções suspensivas que surgem no do direito disciplinar da função pública ou a certos utentes dos serviços públicos, e que se traduz num carácter mais gravoso da forma de execução de uma pena criminal privativa da liberdade do recluso”. Ver Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 263/94, de 23 de Março de 1994, Processo n.º 566/92, [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940263.html?impressao=1](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940263.html?impressao=1), e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 161/95, de 23 de Março de 1995, Processo n.º 498/92, in [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950161.html?impressao=1](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950161.html?impressao=1).

direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução” (artigo 30.º, n.º 5, da CRP)<sup>360</sup>. A determinação das sanções disciplinares não pode perder de vista esta titularidade e os fundamentos de restrição do respectivo exercício. O que significa, por exemplo, que é de afastar a proibição de correspondência como sanção disciplinar, assinalada como contrária ao artigo 8.º da CEDH, pelo TEDH, no “caso McCallum v. Reino Unido”, de 1991<sup>361</sup>, e o rapar do cabelo “aquando de uma punição de isolamento celular”, considerado, no “caso Yankov v. Bulgária”, de 2003, ser “um tratamento injustificado de uma gravidade suficiente para ser qualificado de degradante no sentido do artigo 3.º da CEDH”<sup>362</sup>.

A lei, proibindo as “sanções colectivas”, estabelece a possibilidade de determinação de “alterações ao regime do estabelecimento” prisional, “relativamente a certo grupo de reclusos ou, se for caso disso, a toda a população reclusa do estabelecimento”, quando não possam “ser identificados os autores de infracções disciplinares” “que ponham em risco a manutenção da ordem e disciplina”<sup>363</sup>. Estas alterações devem ser reconduzidas às “medidas especiais de segurança” e seguir o respectivo regime<sup>364</sup>. De outra forma, podem na verdade revelarem-se como “sanções colectivas”, contrárias desde logo ao princípio da culpa.

---

<sup>360</sup>. A privação da liberdade, em si, é já uma restrição ao exercício de certos direitos fundamentais. No “Affaire Lavents c Letónia”, por exemplo, o TEDH observou que “toda a detenção regular importa pela sua natureza uma restrição à vida privada e familiar do interessado, sendo no entanto essencial ao respeito da vida familiar que a administração penitenciária e as outras autoridades competentes ajudem o detido a manter um contacto com a sua família próxima” processo n.º 58442/00, de 28 de Novembro de 2002, p. 36 (<http://cmiskp.echr.coe.int/coe>).

<sup>361</sup>. Acórdão de 30 de Agosto de 1990, considerandos 10, 11, 30 e 31, processo n.º 9511/81, <http://cmiskp.echr.coe.int/>.

<sup>362</sup>. Cfr. Acórdão de 11 de Dezembro de 2003, *maxime*, considerando 120, processo n.º 39084/97, <http://cmiskp.echr.coe.int/>. A prática de rapar o cabelo aos reclusos é, no acórdão, considerada, em princípio, injustificada. Quanto às restrições às visitas, ver diferentemente, referência no “Caso Kuznetsov v. Ucrânia”, processo n.º 39042/97, considerando 132 (<http://cmiskp.echr.coe.int/>).

<sup>363</sup>. Cfr. artigo 133.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, e o n.º 37 do Anexo à Recomendação (87) 3, do Comité dos Ministros do Conselho da Europa, que aprovou as “Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos” (: “As sanções colectivas, as penas corporais, a colocação em «segredo escuro», bem como todas as punições cruéis, desumanas ou degradantes devem ser completamente proibidas como sanções disciplinares.”).

<sup>364</sup>. Cfr. artigos 111.º do 121.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto.

### 3.2. O princípio da culpa

Apenas o recluso que violar, de forma culposa, os deveres a que está obrigado incorre em infracção disciplinar e pode ser-lhe aplicada sanção disciplinar<sup>365</sup>. Ainda que não estivesse expressamente previsto na lei, a necessidade de actuação culposa não é objecto de discussão no direito sancionatório em geral. Constitui “um limite não franqueável à intervenção punitiva disciplinar”, que pressupõe, não só que o recluso tenha agido com culpa, mas, também, que seja imputável e que não possa ser descurado o erro<sup>366</sup>. Por outro lado, a culpa constitui um critério de aferição da sanção e da sua medida e, portanto, de proporcionalidade<sup>367</sup>.

### 3.3. O princípio *non bis in idem*

O princípio impede à aplicação de mais do que uma sanção a um mesmo sujeito pelos mesmo factos e “sempre que o fundamento da imposição seja o mesmo”. Assenta na “tripla identidade de sujeito, facto e fundamento”<sup>368</sup>.

O regime legal penitenciário não veda a aplicação de mais do que uma sanção pela prática de infracção disciplinar, antes a sua tipologia propicia a respectiva acumulação (v.g., “repreensão” e “privação de recreio por tempo não superior a três meses”)<sup>369</sup>. Nada dispõe sobre o tratamento unitário de vários comportamentos infractivos, o que permite a “imposição de várias sanções num único procedimento ou em procedimentos distintos”<sup>370</sup>. No entanto, sendo as sanções do mesmo tipo, deve, por força do princípio da proporcionalidade, aplicar-se uma única<sup>371</sup> e, na medida em que “não exista ruptura do

---

<sup>365</sup>. Cfr. artigo 128.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto.

<sup>366</sup>. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, cit., p. 218.

<sup>367</sup>. Cfr. artigo 130.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto.

<sup>368</sup>. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, cit., p. 220.

<sup>369</sup>. Cfr. artigos 128.º a 137.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto.

<sup>370</sup>. Esta mesma possibilidade regista-se no regime penitenciário espanhol. Cfr. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, cit., p. 233.

<sup>371</sup>. Para o concurso de infracções disciplinares, dispõe o regime jurídico penitenciário espanhol de regras (cfr. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, cit., pp. 236 e 237).

nexo causal entre os actos, devem ter-se por subsumíveis a uma única infracção”, com a aplicação de uma única sanção<sup>372</sup>. Considere-se ainda que entre as “Regras mínimas para o tratamento dos reclusos”, de 1955, da ONU, figura, em matéria de “disciplina e sanções” que um “recluso só poderá ser sancionado conforme às prescrições da lei ou regulamento, sem que nunca o possa ser duas vezes pela mesma infracção”<sup>373</sup>.

A qualificação como infracção disciplinar de facto previsto na lei como crime é questionada, com base no argumento de que redundaria no apuramento de responsabilidade criminal fora do processo penal, com “transferência dos poderes do tribunal para o director do estabelecimento”<sup>374</sup> <sup>375</sup>. A prática de facto previsto na lei como crime é obrigatoriamente comunicado pelo director do estabelecimento prisional ao Ministério Público<sup>376</sup>. O apuramento da responsabilidade criminal far-se-á, pois, no plano judiciário. A efectivação da responsabilidade disciplinar por factos previstos na lei como crime e a sua configuração não importa a punição do recluso a título criminal, mas disciplinar, releva para “os restritos efeitos disciplinares”<sup>377</sup>. Não prejudica o apuramento da responsabilidade

---

<sup>372</sup>. STC n.º 2/1987, de 21 de Janeiro de 1987, citada.

<sup>373</sup>. As regras mínimas em causa foram “adoptadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, celebrado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Económico e Social nas suas resoluções 663C (XXIV) de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII) de 13 de Maio de 1977. Cfr. texto in [http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h\\_com34\\_sp.htm](http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h_com34_sp.htm)”.

<sup>374</sup>. Maria Fernanda Palma, em voto de vencido, deixou expresso o entendimento de que as normas das alíneas q) e r) do artigo 132.º – que prevêem a aplicação de medidas disciplinares aos “reclusos cuja conduta contrarie a ordem e a disciplina do estabelecimento e os fins tidos em conta na execução da medida privativa de liberdade”, traduzida, respectivamente, na evasão e na prática de “factos previstos na lei como crime”, do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto (Lei de Execução das Medidas Privativas da Liberdade) são inconstitucionais na medida em que a decisão disciplinar assenta num apuramento de responsabilidade criminal fora do processo penal. Declaração de voto ao Acórdão n.º 161/95, de 23 de Março de 1995, Processo n.º 498/92, in [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950161.html?impressao=1](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950161.html?impressao=1), e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 263/94, de 23 de Março de 1994, processo n.º 566/92, [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940263.html?impressao=1](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940263.html?impressao=1).

<sup>375</sup>. No Acórdão “Campbell e Fell c. Reino Unido”, o Tribunal observou que “um comportamento contrário ao regulamento penitenciário constitui por vezes adição de uma infracção penal” e que o facto de ter lugar no estabelecimento prisional não é obstáculo de tal qualificação. Cfr. Acórdão “Campbell e Fell c. Reino Unido”, de 28 de Junho de 1984, processos n.ºs 7819/77 e 7878/77 (<http://cmiskp.echr.coe.int/>), considerando 71, p. 20

<sup>376</sup>. Cfr. artigo 128.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto.

<sup>377</sup>. Ver parecer de 20 de Fevereiro de 2006, do Conselho Superior da Ordem dos Advogados (relator: Alberto Jorge Silva), in <http://www.oa.pt>. No caso da punição disciplinar pela prática de factos que consubstanciam crime, se, no procedimento disciplinar, não se “chega a uma conclusão acerca da natureza criminal do ilícito, a solução é a aplicação directa da presunção de inocência ou do *in dubio pro reo*”,



disciplinar a eventual relevância que possa vir a ter, em concreto, no apuramento da responsabilidade criminal, uma causa de justificação ou de exclusão da ilicitude ou culpa penal<sup>378</sup>, nem a presunção de inocência relativamente à prática de crime<sup>379</sup>.

O normal e quotidiano funcionamento do estabelecimento prisional não se compadece com o tempo de apuramento da responsabilidade criminal<sup>380</sup>. Independentemente de vir a ser confirmada a subsunção ao tipo de crime atinente, os factos, em si – abstractamente qualificados como crime –, podem consubstanciar uma infracção grave à disciplina cuja relevância é determinada ou exponenciada por um quadro de permanente coexistência e inter-relação forçadas). Há um juízo sobre a relevância disciplinar de certos factos, na sua materialidade, identificáveis e descritos em normas penais. Suponha-se que um recluso tira a vida a um outro recluso, que desfere um golpe num guarda prisional com uma arma branca ou que é surpreendido, por guarda prisional, a vender estupefacientes. Por tais factos pode vir a ser condenado criminalmente. Por tais factos há-de poder ser punido disciplinarmente<sup>381</sup>. A disciplina e, por sua via, a ordem e a segurança do estabelecimento prisional ficam em causa sempre que, perante factos tão gravosos, não há qualquer reacção por parte da Administração penitenciária<sup>382</sup>, enquanto não se pronuncie o tribunal sobre os

---

importando ter presente que, aí, a relevância criminal dos factos imputados a advogado é de molde a consubstanciar em si, pelo menos em certos casos, infracção disciplinar.

<sup>378</sup>. Em sentido contrário, Maria Fernanda Palma, Acórdão n.º 161/95, citado.

<sup>379</sup>. Não vale, pois, o argumento de que “[só] quanto à sujeição deste [recluso] à lei penal, é que a Constituição impõe a presunção de inocência do arguido”. Cfr. ponto 9 do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 263/94, citado.

<sup>380</sup>. Ver Acórdão Campbell e Fell c. Reino Unido, de 28 de Junho de 1984, processos n.ºs 7819/77 e 7878/77 (<http://cmiskp.echr.coe.int/>), n.º 69, p. 19. O Tribunal “não ignora que no contexto carcerário razões práticas e de política militam a favor de um regime disciplinar especial, por exemplo ... a necessidade de reprimir a má conduta dos detidos *com toda a prontidão possível...* e o objectivo das autoridades penitenciárias terem assegurada a disciplina nos seus estabelecimentos” (itálico nosso).

<sup>381</sup>. Como referido no Parecer n.º 123/87, do Conselho Consultivo da PGR, “... o domínio disciplinar [...] pode ... actuar, e deve até, em caso de aquela tutela não se ter concretamente efectivado ou, apenas se mostrar insuficiente” (Parecer n.º 123/87, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, publicado no DR., II Série, n.º 234, de 10.10.1988, pp. 9337 a 9343, e *in* BMJ n.º 380, Novembro, 1988, pp. 107 a 110).

<sup>382</sup>. Situações que fazem, por vezes, temer os outros reclusos pela sua vida, integridade física e bens.

Em abstracto e em concreto, constitui a sanção de internamento em cela de habitação e em cela disciplinar (com o consequente estreitamento ou exclusão do contacto com a comunidade prisional) uma sanção proporcionada à gravidade dos factos e necessária à realização das finalidades das sanções disciplinares penitenciárias. A liberdade de movimentos do recluso que pratica factos tão gravosos não é coadunável com as finalidades das medidas disciplinares penitenciárias.

factos noticiados como criminosos. Se há valor fundamental no regime disciplinar penitenciário que tem de ser acautelado é o da “pronta resposta às infracções da ordem regimental”<sup>383</sup>. E não se diga que “a prontidão de resposta pode lograr-se através de “correctivos”, pelo que nada impede a suspensão do procedimento disciplinar”. Dessa forma, estar-se-ia a aceitar uma alteração à real natureza de tais “correctivos” ou “medidas de segurança”, que não são um instrumento jurídico para atalhar a uma falta disciplinar, depois de cometida<sup>384</sup>. De salientar ainda que por via do controlo jurisdicional da sanção disciplinar se garante o controlo da “imputação do facto ao recluso, a culpa e também a relevância disciplinar autónoma da conduta que se apresenta como crime”<sup>385</sup>.

### 3.4. O princípio da proporcionalidade

É um parâmetro jurídico transversal de toda a execução das penas, limite das decisões e actuação da Administração Penitenciária. No que toca às sanções disciplinares, impõe-se que sejam proporcionais à “gravidade da infracção, [à] conduta e [à] personalidade do recluso<sup>386</sup>” e adequada às circunstâncias do caso<sup>387</sup>. A formulação genérica permite e demanda que se pondere aspectos como “o grau de execução dos factos”, a culpa, “o grau

---

<sup>383</sup>. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, cit., p. 223, nota 14, e Acórdão “Campbell e Fell c. Reino Unido”, citado, considerando 69, p. 19.

<sup>384</sup>. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, cit., p. 223, nota 14. A doutrina espanhola tende a considerar que, sendo os factos integrativos de falta disciplinar constitutivos também de crime, a respectiva punição disciplinar é uma excepção ao princípio *non bis in idem*, excepção que deveria ser autorizada pela lei e cujo fundamento na ordem e segurança do estabelecimento deveria dotar de “conteúdo concreto”, assim como deveria prever “mecanismos tendentes a reparar a situação que pode produzir-se quando, *a posteriori*, a justiça ordinária vier a declarar não existirem [os factos], ou não resultarem provados” (pp. 220 a 224).

<sup>385</sup>. § último do ponto II do Acórdão n.º 161/95, citado.

<sup>386</sup>. Cfr. artigo 130.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, e considerando 114 do Acórdão do TEDH de 11 de Dezembro de 2003, processo n.º 39084/97, <http://cmiskp.echr.coe.int/>.

<sup>387</sup>. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, concordando com a Comissão, no “Caso Kuznetsov v. Ucrânia”, processo n.º 39042/97, cujo acórdão foi proferido em 29 de Abril de 2003, considerou que “embora seja normal que nas prisões os reclusos sejam obrigados a seguir regras disciplinares, a punição disciplinar [internamento total durante 24 horas por dia em cela com espaço restrito e sem luz, com escassa ou nenhuma actividade ocupacional ou contacto humano] do recorrente no presente caso por causa da sua tentativa de suicídio surge como particularmente severa e desproporcionada face ao objectivo a atingir. A situação do recorrente foi especialmente agravada pelo facto de estar sujeito a uma pena de morte ainda que ... sujeita a uma moratória” (considerando 125). O Tribunal concluiu pela violação do artigo 3.º da CEDH. Cfr. acórdão in <http://cmiskp.echr.coe.int/>.

de participação dos intervenientes”, a reincidência, “a gravidade dos danos ou prejuízos”<sup>388</sup>.

A lei acolhe expressamente o princípio, na vertente de necessidade, quando comina: “Prescindir-se-á sempre de qualquer medida disciplinar quando for suficiente a simples admoestação”<sup>389</sup>. A sanção disciplinar deve ser utilizada “de forma restritiva e em caso de necessidade”, na perspectiva de “um adequado equilíbrio entre os direitos do recluso e as limitações que importa a necessária convivência num meio hostil como é a prisão”<sup>390</sup>. A decisão punitiva aparece, assim colocada, também, sob a luz de um princípio de oportunidade<sup>391</sup>. Não se pode perder de vista, por isso, as finalidades da disciplina em meio prisional, que a legitimam, e o efeito nefasto, do ponto de vista da prevenção, da ausência de visibilidade dos fundamentos para punir e para deixar de punir.

### **3.5. O Princípio da exigência de procedimento disciplinar e as garantias de defesa**

Um “[p]rincípio básico inspirador do regime disciplinar é a exigência de um procedimento sancionador prévio à imposição da correspondente sanção”<sup>392</sup>.

As garantias do procedimento disciplinar instaurado a pessoa privada da liberdade revelam-se em geral mais fluidas ou a sua concretização é menos densa quando confrontada com outros procedimentos sancionatórios e, em particular, com outros procedimentos disciplinares. Tal é, geralmente, reconduzido às exigências de ordem e de segurança<sup>393</sup>, que postulam a pronta resolução das questões disciplinares, como assinalado.

---

<sup>388</sup>. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, cit., p. 236. “A Direcção-Geral dos Serviços Prisionais (DGSP) dispõe de uma base de dados com tratamento automatizado relativo a pessoas penalmente privadas de liberdade” (artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 144/2001, de 26 de Abril). Entre os dados da base figuram as “medidas especiais de segurança e medidas disciplinares” (alínea j) do n.º 1 do artigo 3.º do mesmo diploma).

<sup>389</sup>. Cfr. artigo 128.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto.

<sup>390</sup>. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, cit., p. 219.

<sup>391</sup>. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, cit., pp. 219 e 220.

<sup>392</sup>. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, cit., p. 239.

<sup>393</sup>. Éric Massat, “Droit disciplinaire et droit pénal”, cit., pp. 754 e 755.

A sanção disciplinar penitenciária “pressupõe uma... restrição à já restringida liberdade inerente ao cumprimento da pena”<sup>394</sup>. A aplicação de sanção disciplinar tem a referenciá-la os direitos fundamentais num duplo plano, o do procedimento prévio e o da sua execução. Quanto ao primeiro, no Acórdão n.º 161/95, o Tribunal Constitucional afirma que “a Constituição não impõe a transferência de todas as garantias de processo penal consagradas no artigo 32.º para o domínio do processo disciplinar, nem impõe a unificação das punições ou a sua imposição cumulativa naquele processo”<sup>395</sup>. Sem prejuízo, a punição disciplinar, num Estado de Direito democrático, pressupõe um procedimento prévio em que sejam asseguradas garantias de audiência e defesa<sup>396</sup>, entre as quais se destacam, o direito a ser informado da acusação, o direito a contestá-la, o direito a ser ouvido, o direito de consulta do processo, o direito a requer a realização de diligências probatórias e a que estas tenham lugar, se pertinentes, o direito à assistência por advogado<sup>397</sup>, o direito à presunção de inocência, o direito a que não lhe seja aplicada sanção que “não tenha fundamento numa prévia actividade probatória sobre a qual o órgão competente pode fundamentar um juízo razoável de culpabilidade” e o direito à tutela jurisdicional efectiva<sup>398</sup>.

De acordo com o regime vigente, o procedimento disciplinar penitenciário resume-se a escassos, embora importantes, trâmites. O recluso não pode “ser punido disciplinarmente sem ter sido informado da infracção de cujo cometimento é acusado” e sem ter sido ouvido, por escrito<sup>399</sup>. A decisão punitiva deve ser fundamentada e tem de lhe ser comunicada,

---

<sup>394</sup>. Na formulação da jurisprudência constitucional espanhola. Cfr. José-María Tamarit Sumalla, Ramón García Alberó, Francisco Sapena Gran e María-José Rodríguez Puerta, *Curso de Derecho Penitenciario*, cit., p. 224.

<sup>395</sup>. Cfr. § 4 do ponto 2 do Acórdão de 23 de Março de 1995, citado, e ponto 9 do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 263/94, citado (“tratando-se de uma responsabilidade disciplinar sancionada através de um processo administrativo, não estão as disposições que regulam tal responsabilidade e o respectivo processo sancionador subordinadas às normas constitucionais aplicáveis ao processo penal”).

<sup>396</sup>. Em “quaisquer processos sancionatórios” devem ser “assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa” (artigo 32.º, n.º 10, da CRP).

<sup>397</sup>. STC n.º 2/1987, de 21 de Janeiro de 1987, citado, e alínea a) do ponto 1 da “Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho sobre os direitos dos reclusos na União Europeia (2003/2188/INI)”, aprovada em 9 de Março de 2004 (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//TEXT+TA+P5-TA-2...>).

<sup>398</sup>. José-María Tamarit Sumalla, Ramón García Alberó, Francisco Sapena Gran e María-José Rodríguez Puerta, *Curso de Derecho Penitenciario*, pp. 224 a 226.

<sup>399</sup>. Cfr. artigo 131.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, e Acórdão Campbell e Fell c.

oralmente, pelo director do estabelecimento prisional<sup>400</sup>. Este “deve ouvir as pessoas que colaborem no tratamento do recluso”, no “caso de infracções mais graves”<sup>401</sup>; “quando julgar conveniente, pode ouvir o conselho técnico e mandar proceder a inquérito”<sup>402</sup>.

A lei não alude à realização de instrução como regra para apuramento factual da infracção e parece admitir a não organização de um processo, a que possa aceder o recluso ou o seu advogado, e que a defesa se tenha que quedar ao noticiado ou registado na acusação, da qual deve ser, sem prejuízo, informado previamente à punição disciplinar e em relação à qual deve ser ouvido<sup>403</sup>. Salvo a audição por escrito, não existem referências às possibilidades ou formas de defesa do recluso. Deve, no entanto, entender-se que tem o direito a “dispor de tempo e facilidades necessárias à preparação da sua defesa”, como o de apresentar meios de prova ou requer a realização de meios de prova, o de “examinar os elementos de prova invocados contra ele”<sup>404</sup>, designadamente, pela consulta do processo. De igual modo, no que à assistência por advogado respeita. Esta não pode, não obstante, deixar de ser assegurada, seja por força do direito fundamental de acesso ao direito, especificamente, do direito “à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade” (artigo 20.º, n.º 2, da CRP), seja por força do artigo 6.º, n.º 3, alínea b), da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (artigo 8.º, n.º 1 e n.º 2, e artigo 16.º, n.º 1, da CRP e Acórdão “Campbell e Fell c. Reino Unido”, de 28 de Junho de 1984)<sup>405</sup>.

---

Reino Unido, de 28 de Junho de 1984, processos n.ºs 7819/77 e 7878/77 (<http://cmiskp.echr.coe.int/>), considerandos 95 e 96, p. 25.

<sup>400</sup>. Cfr. artigo 131.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto.

<sup>401</sup>. Cfr. artigo 131.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto.

<sup>402</sup>. Cfr. artigo 131.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, e a regra n.º 30.2, das “Regras mínimas para o tratamento dos reclusos”; de 1955, citadas (: “Nenhum recluso será sancionado sem ter sido informado da infracção que lhe seja imputada e sem que tenha tido a possibilidade de apresentar a sua defesa. A autoridade competente procederá a um exame completo do caso”).

<sup>403</sup>. A obrigatoriedade de investigação disciplinar quando fundada em denúncia de um recluso é um dos traços a reter do procedimento disciplinar espanhol. Cfr. Josefa Tamparia Sumatra, Ramos Garcia Albero, Francisco Sape na Grau e Maria José Rodrigues Pueril, Curso de Derecho Penitenciario, cit., pp. 240 e 241.

<sup>404</sup>. Acórdão “Campbell e Fell c. Reino Unido”, de 28 de Junho de 1984, cit., considerando 40, p. 11.

<sup>405</sup>. Acórdão “Campbell e Fell c. Reino Unido”, de 28 de Junho de 1984, citado, considerandos 97 a 99, pp. 25 e 26. O recluso tem direito à assistência judiciária gratuita nos termos gerais, sem que a sua qualidade justifique tratamento especial na matéria.

De referir é, também, a não previsão de prazos de prescrição, embora se possam considerar aqui os do processo criminal, pela ligação a este do Direito penitenciário. Crê-se, no entanto, que a amplitude de tais prazos não se coaduna com a imediatividade ou actualidade que deve revestir a acção disciplinar nas situações de reclusão, podendo aqui aplicar-se o disposto no Direito disciplinar da função pública (não obstante a diversa natureza das relações jurídicas em causa), funcionando, em todo o caso, a concessão da liberdade condicional ou definitiva como prazo de prescrição do poder de instaurar procedimento e de execução das sanções disciplinares, por decaírem, então, as razões da punição<sup>406</sup>.

Da decisão punitiva, pode o recluso recorrer “para o juiz do tribunal de execução das penas”. Se a sanção aplicada for a de “internamento em cela disciplinar por tempo superior a oito dias”, pode, segundo previsão legal, declarar, oralmente ou por escrito, nos dois dias seguintes à notificação, pretender fazê-lo. Interposto o recurso, o mesmo tem efeito suspensivo, mas apenas, para a lei, “a partir do oitavo dia, se até lá não for apreciado”<sup>407</sup>. Ao assim dispor, a lei limita, duplamente, o direito de recurso. Por um lado, porque apenas a aplicação de um tipo de sanção pode dar lugar a recurso<sup>408</sup>. Por outro lado, porque ao adiar a suspensão da execução, pelo prazo de oito dias, torna um facto consumado o

---

<sup>406</sup>. Em sentido parcialmente, cfr. o regime penitenciário espanhol in Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Alberó, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, cit., p. 237.

<sup>407</sup>. Cfr. artigos 143.º a 149.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto. Diversamente, no regime penitenciário espanhol, a sanção não é executada enquanto não tiver decorrido o prazo para a interposição de recurso, salvo no caso de punição por “acto de indisciplina grave”, em que a respectiva “correção não possa demorar”, podendo nesta hipótese o recluso queixar-se ao juiz de execução das penas contra a execução imediata, “queixa que terá tramitação urgente e preferente quando se trate de sanção de isolamento. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Alberó, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, pp. 247 e 248.

<sup>408</sup>. O Comité dos Direitos Humanos da ONU, que fiscaliza a aplicação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 16 de Dezembro de 1966, que entrou em vigor em 23 de Março de 1976, no relatório relativo a Portugal de 5 de Julho de 2003 censurou o facto de não existir recurso da sanção disciplinar de internamento em cela disciplinar até 8 dias (nuccpr/co/78/PRT – sítio respectivo na internet).

A “Proposta de lei-quadro da reforma do sistema prisional” (resultante do “anteprojecto da proposta de lei-quadro”, apresentado, em Fevereiro de 2004, pela “Comissão para o Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional, comissão presidida pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral”) estabelece, no artigo 20.º, alínea a), que a competência dos tribunais de execução das penas inclui a “garantia dos direitos dos reclusos, designadamente o direito de ser sempre ouvido pelo juiz, *bem como o direito de recurso das decisões da administração penitenciária, nos termos previstos na lei*, em especial quanto às medidas disciplinares e de flexibilização da execução da pena de prisão” (<http://www.portugal.gov.pt>; e <http://opj.ces.uc.pt> – *itálico nosso*).

cumprimento de pelo menos oito dias de internamento para as sanções de duração superior<sup>409</sup>. Nesta medida, existe violação do direito à tutela judicial efectiva (artigo 20.º, n.º 1, da CRP)<sup>410</sup>.

Compete ao director do estabelecimento prisional a aplicação de sanção disciplinar<sup>411</sup> (como, aliás, em geral, a tomada de decisões relativos a vivência prisional do recluso<sup>412</sup>). No entanto, se a “infracção for contra o director, a aplicação da respectiva medida disciplinar é da competência dos serviços de inspecção”<sup>413</sup> e do director-geral dos serviços prisionais<sup>414</sup>. Merecedor de reparo é o facto de o visado fazer parte do conselho técnico, que o juiz de execução das penas deve consultar aquando da apreciação de recurso interposto de decisão disciplinar<sup>415</sup>, devendo, nesse caso, abster-se de participar.

---

<sup>409</sup>. No regime penitenciário espanhol, “o tempo cumprido de uma sanção posteriormente revogado ou reduzida (...) ‘poderá ser tido em conta para o cumprimento posterior de outras sanções, sempre que estas tivessem sido impostas por acções ou omissões também anteriores à mencionada medida de revogação ou redução”. Cfr. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, *Curso de Derecho Penitenciario*, cit., p. 248.

<sup>410</sup>. A Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho sobre os direitos dos reclusos na União Europeia (2003/2188/INI), aprovada em 9 de Março de 2004, no sentido de ser elaborada uma “Carta Penitenciária Europeia”, advoga que a mesma inclua “regras detalhadas e obrigatórias para os Estados-Membros” relativas “ao direito de recurso efectivo dos reclusos para a defesa dos seus direitos contra as sanções e tratamentos arbitrários”. Recomendação <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//TEXT+TA+P5-TA-2...>.

No mesmo sentido, “princípio 30”, n.º 2, do “Conjunto de princípios para a protecção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão”, adoptado, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, pela resolução n.º 43/173, de 9 de Dezembro de 1988 ([http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h\\_com36\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_com36_sp.htm)).

<sup>411</sup>. Cfr. artigo 136.º, n.º 1, artigo 183.º, n.º 2, alínea g), e artigo 184.º, n.º 2, alínea e), do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, e artigo 47.º, n.º 2, alínea g), e artigo 62.º, n.º 2, alínea e), do Decreto-Lei n.º 268/81, de 16 de Setembro.

<sup>412</sup>. Cfr., *v.g.*, artigo 17.º (“Alojamento”), n.º 3, 21.º (“Vestuário próprio”), 26.º (“Géneros ou alimentos confeccionados fora do estabelecimento”), n.º 3, 31.º (“Proibição de visitas”), 40.º (“Direito à correspondência”), n.º 2, 43.º (“Retenção da correspondência”), n.º 1, 74.º (“Fundo disponível”), n.º 2, artigo 105.º (“Médico da confiança do recluso”), n.º 4, artigo 109.º (“Competência da direcção” relativa à manutenção da segurança e ordem do estabelecimento), 114.º (“Competência e «contrôle» médico na aplicação das medidas”), n.ºs 1 e 2, artigo 138.º (“Direito de exposição e de queixa”), n.º 1, alínea a), artigo 154.º (“Recluso doente”), n.º 1, artigo 183.º (“Competência dos directores dos estabelecimentos centrais e especiais”), n.º 1 e n.º 2, alínea e), artigo 184.º, (“Competência dos directores dos estabelecimentos regionais”), e n.º 1 e n.º 2, alínea c), artigo 185.º, n.º 1 (“Regulamento interno”).

<sup>413</sup>. Cfr. artigo 136.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto.

<sup>414</sup>. Cfr. artigo 5.º, alíneas a) e i), 2.ª parte, do Decreto-Lei n.º 268/81, de 16 de Setembro.

<sup>415</sup>. Cfr. artigo 145.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 268/81, de 16 de Setembro.

Se, em geral, toda e qualquer punição deve ser tempestiva, por maioria de razão o deve ser em meio prisional, pelo grau de perturbação que introduz numa comunidade bem delimitada que coabita, contra a sua vontade, num “ambiente hostil”<sup>416</sup> e que, com o decurso do tempo, num tal ambiente, pode perder grande parte da sua eficácia. Assim se compreende a previsão no regime jurídico penitenciário espanhol da caducidade do procedimento disciplinar, se não terminar no prazo de noventa dias, para as “faltas muito graves e graves” e de trinta dias no caso das “faltas leves” (cujo procedimento é “abreviado” ou simplificado), decorrido o qual deixam de poder ser imputadas ao recluso arguido<sup>417</sup>.

A decisão disciplinar é notificada ao recluso interessado, mas ela e o respectivo processo, ou «expediente», deve estar acessível a qualquer um, segundo os termos gerais do regime jurídico de acesso aos documentos administrativos (artigo 268.º, n.º 1 e n.º 2, da CRP) e segundo o valor da publicidade que deve pautar, em geral, os processos da responsabilidade das autoridades públicas<sup>418</sup>. A tomada de decisão disciplinar penitenciária não tem, sem prejuízo, de ocorrer de forma pública, ou implicar audiência pública, por razões de ordem e de segurança<sup>419</sup>, porque o “tipo de infracções e o seu alcance” dizem respeito à “ordem da prisão”, à “aplicação de regras que tratam de governar a operatividade” da vida penitenciária<sup>420</sup>.

---

<sup>416</sup>. Para utilizar aqui a expressão de Pascual Martínez *apud* Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, p. 212, nota 1.

<sup>417</sup>. Josep Tamarit Sumalla, Ramón García Albero, Francisco Sapena Grau e María José Rodríguez Puerta, Curso de Derecho Penitenciario, pp. 244 e 245.

<sup>418</sup>. No Acórdão “Campbell e Fell c. Reino Unido”, de 28 de Junho de 1984, citado, o TEDH censurou o facto de a decisão proferida em procedimento disciplinar, que subsumiu ao artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, não ter sido disponibilizada ao público, destacando a importância do controlo público do poder judiciário como uma garantia de um processo equitativo (considerandos 89 a 92, p. 24).

<sup>419</sup>. No Acórdão “Campbell e Fell c. Reino Unido”, de 28 de Junho de 1984, citado, o TEDH reconheceu que a tomada de decisão disciplinar penitenciária não devia ocorrer de forma pública, por razões de ordem e de segurança. Escreveu (considerandos 86 a 88, pp. 23 e 24 – *italico nosso*): “O Comité de visitantes exerce habitualmente as suas atribuições contenciosas no interior da prisão, o que é concordante com a natureza de semelhante instância disciplinar; *ora a dificuldade de admitir o público no espaço do estabelecimento é manifesta*. Se as sessões tiverem lugar no exterior, o transporte do detido e a sua presença nos debates colocaram problemas análogos. Impor-se-ia aos Estados um fardo desproporcionado se lhes exigisse que os procedimentos disciplinares relativos aos detidos condenados tivesse lugar em público.”

<sup>420</sup>. STC n.º 2/1987, de 21 de Janeiro de 1987, citado. O Tribunal observa ainda que a preservação dos valores essenciais do processo sancionatório no procedimento disciplinar não exige o “carácter aberto ao



O juiz de execução das penas decide do recurso interposto (de sanção disciplinar de internamento em cela disciplinar). Ouvidos o recluso e o conselho técnico, profere sentença, pela qual pode “manter, reduzir ou anular” a sanção. “Os termos posteriores à sentença prosseguirão na secretaria judicial, devendo notificar-se o recorrente e remeter cópia da decisão ao director do estabelecimento.”<sup>421</sup> Da decisão que confirme ou altere as sanções disciplinares não é, segundo a previsão legal, admitido recurso. A ausência de referência à redução da medida parece justificar-se por ser despicienda, partindo-se do princípio que desta decisão não terá o recluso interesse em recorrer. Não assim se o mesmo quisesse questionar a própria punição em si, por não corresponder a redução da mesma à sua pretensão. A possibilidade limitada de recurso de punição disciplinar, em tais termos, colide com uma efectiva tutela jurisdicional do recurso em matéria disciplinar (artigos 20.º, n.º 1)<sup>422</sup>. Como lembra a lei, “[e]stão de todo o modo garantidos”, nos termos gerais, o recurso para o Tribunal dos Direitos do Homem<sup>423</sup>. No entanto, o carácter subsidiário da intervenção deste deixa imprejudicada a insuficiente tutela jurisdicional.

O meio prisional é tradicionalmente considerado como palco privilegiado dos actos ou medidas meramente internos. Estas são caracterizadas pelo “carácter exclusivamente interno à administração que as toma”, que “nenhum efeito têm sobre a situação jurídica daqueles que às mesmas ficam submetidos”<sup>424</sup>, pelo que beneficiariam, “nesta medida, de

---

público das sessões de audiência” e que, mesmo nos processos judiciais, a regra da publicidade admite, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH excepções.

<sup>421</sup>. Cfr. artigos 145.º a 148.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto.

<sup>422</sup>. À luz da garantia de recurso jurisdicional e da necessidade de respeito dos artigos 6.º e 13.º da CEDH, Ronny Abraham destaca a flexibilização da jurisprudência do Conselho de Estado francês sobre as “medidas de ordem interior”, pela admissão de recurso contencioso das “punições infligidas aos detidos nos estabelecimentos penitenciários ou aos militares nas forças armadas” - “Les principes généraux de la protection juridictionnelle administrative en europe: L’influence des jurisprudences européennes”, *Revue Européenne de Droit Public/European Review of Public Law*, Vol. 9, n.º 3, autumn/automne, 1997, Esperia Publications Ltd, p. 586.

<sup>423</sup>. Cfr. artigo 151.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto.

<sup>424</sup>. Odent *apud* Bruno Bachini, “La décision de transférer un détenu d’un établissement à un autre n’est pas une mesure d’ordre intérieur. ”, anotação ao Acórdão da Cour administrative d’appel de Paris, de 19 de Dezembro de 2005, M. Boussouar c/ Garde des Sceaux, n.º 05PA00868”, in *AJDA* n.º 12/2006, pp. 653 e 654. As “medidas de ordem interior” são, ainda, caracterizadas pelo autor como “medidas de alcance limitado, tomadas pela autoridade administrativa em domínios de actividade e no seio de instituições que requerem a existência de um poder disciplinar especialmente intenso tal como ocorre com as forças armadas, a escola ou ainda a prisão”.

imunidade jurisdicional”<sup>425</sup>. Contrariamente à percepção tradicional, tais medidas, muitas vezes, afectam ou alteram as condições materiais e jurídicas de cumprimento das medidas privativas da liberdade. Mais do que a simples “existência de consequências sobre a situação jurídica do interessado” é o agravamento dessas condições que releva<sup>426</sup>. Acresce que, sem a possibilidade de apreciação judicial das mesmas, as normas jurídicas que tecem garantias substantivas e procedimentais para a sua aplicação seriam desprovidas de sentido, contendo, assim, as mesmas como que o reconhecimento implícito da natureza externa<sup>427</sup>. Contra o invocado esvaziamento da “margem de acção importante” que é reconhecida assegurarem, à Administração, as “medidas de ordem interior”, aduz-se que a “extensão do controlo da legalidade” pode contribuir para modernizar e adaptar o funcionamento da instituição penitenciária, atalhando às suas insuficiências e dificuldades<sup>428</sup>.

Os direitos fundamentais do recluso punido disciplinarmente são acautelados, igualmente, como referido, no plano de execução da sanção, o que se revela, para além de pelo carácter suspensivo do recurso interposto, nos casos em que é admitido (e é insuficiente), pela regulação das condições de saúde, segurança, bem estar, pela assistência médica que deve ser assegurada, assim como a da assistência religiosa e dos «serviços sócio-educativos» e pela possibilidade de visita de familiares e do advogado<sup>429</sup>.

---

<sup>425</sup>. Cfr. a definição in Bruno Bachini, “La décision de transférer un détenu d’ un établissement à un autre n’ est pas une mesure d’ordre intérieur. ”, anotação ao Acórdão da Cour administrative d’appel de Paris, de 19 de Dezembro de 2005, M. Boussouar c/ Garde des Sceaux, n.º 05PA00868”, in AJDA n.º 12/2006, p. 653.

<sup>426</sup>. Bruno Bachini, “La décision de transférer un détenu d’ un établissement à un autre n’ est pas une mesure d’ordre intérieur”, cit., p. 654.

<sup>427</sup>. Bruno Bachini, “La décision de transférer un détenu d’ un établissement à un autre n’ est pas une mesure d’ordre intérieur”, cit., p. 655, Ronny Abraham, “Les principes généraux de la protection juridictionnelle administrative en europe: L’influence des jurisprudences européennes”, cit., p. 586, e Acórdão do Tribunal dos Conflitos, de 29 de Março de 2007, processo n.º 017/06 (o internamento em secção de segurança é “uma medida administrativa”, sindicável através de recurso para os tribunais administrativos, não cabendo na competência material, concluiu o tribunal, do Tribunal de Execução das penas)

<sup>428</sup>. Bruno Bachini, “La décision de transférer un détenu d’ un établissement à un autre n’ est pas une mesure d’ordre intérieur”, cit., p. 656.

<sup>429</sup>. Cfr. artigos 134.º e 137.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto. A Recomendação n.º R (98) 7, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, relativa aos aspectos éticos e organizacionais da assistência na saúde na prisão (adoptada por aquele órgão em 8 de Abril de 1998, na 627.ª reunião dos Ministers’Deputies) postula, na disposição F. 66, que o recluso a quem foi aplicada medida disciplinar, designadamente, de internamento (“confinement”), que possa ter um efeito adverso para a saúde física e mental do recluso, deve dispor de assistência ou tratamento médico, seja a seu pedido, seja por iniciativa do pessoal penitenciário (<http://cm.coe.int/ta/rec/1998/98r7.htm>).

Ao juiz de execução das penas cabe o papel essencial de tutela da posição jurídica do recurso quando ao mesmo seja aplicada sanção disciplinar. Importa ter presente que a “vinculação, pelos direitos fundamentais, das jurisdições jurídico-públicas” é uma “vinculação reforçada”, resultando da “convergência ... da vinculação das entidades públicas (autoridades administrativas, polícia judiciária) que devem observar os direitos fundamentais”, como normas de acção, com a vinculação das entidades propriamente jurisdicionais a quem compete observar os direitos fundamentais como normas de decisão” (Gomes Canotilho)<sup>430</sup>.

### **§ 3 – A relação jurídica estudantil pública**

#### **1. O direito fundamental à educação e o sistema público de ensino**

“A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado... no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais..., visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa” (artigo 2.º da CRP). Afirma-se, designadamente, na e pela educação e pela cultura (artigos 9.º, alínea f), 73.º, n.ºs 2 e 3, e 74.º, n.º 2, da CRP). Nesta consonância, reconhece o direito de todos “à educação e à cultura” (artigo 73.º, n.º 1, da CRP) e consagra o “direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar” (artigo 74.º, n.º 1, da CRP). A realização destes assenta “[n]uma rede de estabelecimentos públicos de ensino que cubra as necessidades de toda a população” (artigo 75.º, n.º 1, da CRP), no “reconhec[imento] e fiscaliza[ção] [d]o ensino particular e cooperativo, nos termos da lei” (artigo 75.º, n.º 2, da CRP), no “[g]arantir a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados do ensino, da investigação científica e da criação artística” (artigo 74.º, n.º 2, alínea d), da CRP), designadamente, o “acesso à Universidade e às demais instituições do ensino superior” (artigo 76.º, n.º 1, da CRP) e na “[i]nser[ção] [d]as escolas nas comunidades que servem”, com “interligação do ensino e das actividades económicas, sociais e culturais” (artigo 74.º, n.º 2, alínea f), da CRP).

---

<sup>430</sup>. “Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização”, Separata do vol. LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 51 e 52.

O sistema de ensino público tem a incumbência constitucional de garantir o direito fundamental à educação e de o garantir segundo os valores da democraticidade, da igualdade de oportunidades e condições e do pluralismo (artigos 73.º e 74.º e artigo 43.º, n.ºs 2 e 3, da CRP). Os termos da consecução destes desideratos dependem das políticas públicas e do serviço público em matéria de educação<sup>431</sup>. A sua organização e funcionamento deve ocorrer em função dos mesmos valores. Neste quadro, os utentes e os órgãos e trabalhadores do serviço público de ensino têm consentâneas obrigações de comportamento<sup>432</sup>. Assim, por exemplo, os agentes públicos “devem adoptar, no exercício das suas funções, um comportamento independente das suas opiniões políticas, filosóficas ou religiosas” (artigos 43.º, n.ºs 2 e 3, e 73.º, n.º 2, da CRP), sem prejuízo “do carácter universal dos assuntos abordados na escola e do direito de os submeter a um exame crítico”<sup>433</sup>, e de respeito da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão e informação (artigos 1.º e 37.º da CRP). Os alunos, para além das “obrigações escolares”, têm deveres de conduta atinentes ao respeito daqueles valores<sup>434</sup>, com exclusão de “todas as formas de racismo ou de sexismo, de todas as formas de violência”, designadamente, em função da adesão a um grupo étnico ou religioso<sup>435</sup>. A articulação entre o dever de neutralidade «ideológica», nos termos referidos, e o direito à liberdade religiosa negativa (dos alunos e dos pais e encarregados de educação) e os «direitos de liberdade» (do docente) nem sempre é fácil. Expressivo desta dificuldade é situação objecto do acórdão do

---

<sup>431</sup>. Frederick C. Mosher, "Education and the Public Service", in, também do autor, *Democracy and the Public Service*, New York, Oxford University Press, pp. 26 e 27. O autor nota que a influência é mútua, tendo a democratização dos serviços públicos europeus ocorrido, mais do que através de reformas do mesmo e da respectiva função pública, através da democratização do sistema de ensino (pp. 29 a 32 e p. 51).

Ver artigos 164.º, alínea i), 182.º, 199.º, alíneas d) e g), e 201.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, alínea a), da CRP.

<sup>432</sup>. De respeito pela liberdade, de não discriminação, de igualdade de tratamento, de pluralidade, justiça (artigos 2.º, 18.º e 266.º, n.º 2, da CRP).

<sup>433</sup>. Olivier Dord, “Laïcité à l’école: l’obscur clarté de la circulaire ‘Fillon’ du 18 mai 2004”, *AJDA*, n.º 28/2004, de 26 de Julho, p. 1527, as alíneas a), b) e n) do artigo 13.º (“Direitos do aluno”) da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro, e considerandos 43 e 44 da “BverfG, 2 BvR 1436/02 of 09/23/2003, paragraphs No. (1-138)”, [http://www.bverf.de/entscheidungen/rs20030924\\_2bvr143502en.html](http://www.bverf.de/entscheidungen/rs20030924_2bvr143502en.html)”.

<sup>434</sup>. Neste quadro, foi situada, em França, a proibição de uso de símbolo ou roupa manifestando uma pertença religiosa.

<sup>435</sup>. Olivier Dord, “Laïcité à l’école: l’obscur clarté de la circulaire ‘Fillon’ du 18 mai 2004”, *AJDA*, n.º 28/2004, de 26 de Julho, pp. 1526 e 1523. Cfr., exemplificativamente, quanto aos deveres dos alunos do ensino não superior nos artigos 12.º e 15.º da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro (“aprova o estatuto do aluno do ensino não superior”).

Tribunal Constitucional alemão de 23 de Setembro de 2003 (“2 BvR 1436/02”), em que, por decisão da *Stuttgart Higher School Authority*, confirmada pelos tribunais administrativos, foi rejeitada a admissão de uma candidata a professora do ensino básico e do primeiro e segundo ciclo (*Grundschule e Hauptschule*), considerada não idónea para o emprego pelo facto de ter declarado ser sua intenção usar na escola e nas aulas um *headscarf*<sup>436</sup>. O tribunal, não obstante, ter analisado amplamente os termos da colisão dos direitos invocáveis, não a resolveu<sup>437</sup>, julgando procedente o recurso por não existir base legal que especificasse de forma suficiente que os professores do ensino primário e básico têm o dever de se abster do uso símbolos identificativos da sua filiação religiosa na escola e nas aulas.

As universidades têm uma missão e um estatuto constitucionalmente definido e protegido. Incumbe-lhes assegurar, na garantia da igualdade de oportunidades, as “necessidades em quadros qualificados e a elevação do nível educativo, cultural e científico do país” (artigo 76.º, n.º 1, da CRP). Dispõem, para tanto, de “autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira”, cujos termos a lei concretiza e “sem prejuízo de adequada avaliação da qualidade do ensino” (artigo 76.º, n.º 2, da CRP).

A disciplina na educação institucionalizada organiza a aprendizagem, no tempo e no espaço e nas ligações operativas dos seus elementos, respectivamente, a “economia do tempo de aprendizagem”, o lugar comum de aprendizagem e os seus recursos e instrumentos de articulação<sup>438</sup>. O enquadramento é o de uma dada comunidade, organizada pela função da instituição pública e pelos respectivos interesses públicos específicos<sup>439 440</sup>. O ensino

---

<sup>436</sup>. BverfG, 2 BvR 1436/02 of 09/23/2003, paragraphs No. (1-138), [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030924\\_2bvr143502en.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030924_2bvr143502en.html).

<sup>437</sup>. Aspecto que, primeiramente, foi salientado na opinião dissente de três juízes.

<sup>438</sup>. Surveiller et punir, Naissance de la prison, Gallimard, 1975, pp. 172 a 175, 181, 184, 189, 194 e 195.

<sup>439</sup>. Nesta medida, Marcelo Madureira Prates (Sanção Administrativa Geral: Autonomia e Autonomia, 2005, pp. 220 e 221) abrange, sob a designação de sanções administrativas sectoriais, as sanções administrativas aplicadas aos “membros de organizações administrativas representativas (como as associações públicas)” e as aplicadas aos “beneficiários de admissão administrativa (como os particulares admitidos nas escolas ou nos hospitais públicos), em função do descumprimento de regras específicas relacionadas à colectividade na qual ingressaram”, sanções que visam “punir as infracções que afectam determinada ordem colectiva de interesse público, a qual diz respeito, primeiramente, às pessoas que dela fazem parte”.

<sup>440</sup>. “Enquanto espaço público de salvaguarda efectiva do direito à educação, a escola é insusceptível de transformação em objecto de pressão para a prossecução de interesses particulares, devendo o seu

constitui uma necessidade colectiva cuja satisfação a Administração está obrigada a prosseguir e uma necessidade colectiva de satisfação privada facultativa, isto é, que pode ser assegurada por entes privados, nos termos do enquadramento e fiscalização administrativos<sup>441</sup>.

## 2. O sistema privado de ensino

Os estabelecimentos de ensino privado são expressão da iniciativa privada (artigo 61.º, n.º 1, da CRP), da liberdade de aprender e da liberdade de ensinar (artigo 43.º, n.ºs 1 a 3, da CRP) – que postula “pluralidade de ensinos”<sup>442</sup> –, das quais o direito de criação de escolas particulares e cooperativas constitui uma manifestação, assim como a liberdade de definição de metodologias e conteúdos programáticos e a adesão a específicos valores<sup>443</sup><sup>444</sup>, sem prejuízo do necessário respeito pelo mínimo denominador comum de valores jurídico-públicos<sup>445</sup>.

---

funcionamento ter carácter de prioridade.” Cfr. n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro.

<sup>441</sup>. Cfr. artigos 74.º e 75.º da CRP.

<sup>442</sup>. O “princípio da liberdade de ensino” – que tem, por contraposto ao da liberdade de consciência, uma importante dimensão institucional – postula “a pluralidade de ensinos, quer dizer, designadamente, a coexistência de um estabelecimento privado ao lado de um estabelecimento público”. O “dever do Estado organizar um ensino público gratuito e laico em todos os níveis, não significa que deve organizar um ensino único”. Uma das dimensões da liberdade de ensino é a “liberdade de empresa” ou de estabelecimento no ensino. Ver Louis Favoreu e Loïc Philip, *les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7.ª édition, 1993, collection Droit Public, sirey, pp. 358 e 361.

<sup>443</sup>. Daí que Olivier Dord diga que o “ensino privado confessional possa ser o principal beneficiado” da Lei n.º 2004-228, de 15 de Março de 2004, que introduziu o artigo L. 141-5-1 no Código de Educação, nos termos do qual “nas escolas, nos colégios e nos liceus públicos, o uso de símbolos ou de indumentária pela qual os alunos manifestem ostensivamente uma pertença religiosa é proibida” – “Laïcité à l’école: l’obscur clarté de la circulaire ‘Fillon’ du 18 mai 2004”, *AJDA*, n.º 28/2004, de 26 de Julho, pp. 1529 e 1523.

Existe, pois, um ensino público assegurado por estabelecimentos públicos de ensino e um ensino privado publicisticamente enquadrado, assegurado por estabelecimentos privados e cooperativos de ensino. O carácter plural, por exemplo, dos conteúdos, dos métodos de ensino e de investigação, da organização e das formas de avaliação, do ensino privado é, e deve ser, a característica essencial do ensino ministrados por estabelecimentos privados de ensino. Segundo Louis Favoreu e Loïc Philip só “haverá liberdade de escolha de ensino se houver pluralismo dos modos de organização” do mesmo. Ver *les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7.ª édition, 1993, collection Droit Public, sirey, p. 362.

Em geral, em sentido diferente, ver Maria João Estorninho, “Natureza jurídica da actividade desenvolvida pelos estabelecimentos particulares de ensino, à luz da concepção funcional de serviço público de educação”, *in* *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Volume III, FDUL, Coimbra Editora, 2006, pp. 87 a 99.

<sup>444</sup>. Francesco Merloni, “Autonomia, responsabilità, valutazione nella disciplina delle università e degli enti di ricerca non strumentale”, *Diritto Pubblico*, n.º 2/2004, Ano X (2004), n.º 2, Maggio-Agosto, 2004, p. 588. Ver, também, artigo 57.º da Lei n.º 46/86, de 14 de Agosto (que estabelece as “bases do sistema educativo”, lei que foi republicada em anexo à Lei n.º 49/2005, de 30 de Agosto, que a alterou) e Decreto-Lei

A unidade ditada pelo interesse público geral faz-se presente na exigência de reconhecimento ou autorização dos respectivos estabelecimentos de ensino<sup>446</sup>, na inclusão nos respectivos estatutos de normas concordantes com o enquadramento legal público e com os “princípios gerais e organizativos do sistema educativo português”<sup>447</sup>, na «oficialização» do seu ensino (v.g., “disciplina dos títulos de estudo” ou graus académicos conferíveis) e no apoio financeiro que lhes é concedido<sup>448 449</sup>.

Podemos falar numa realidade pública como aquela que “diz respeito a todos ou preenche uma necessidade social reconhecida” (ideia de interesse geral); como aquilo que é assumido em nome de todos (assunção colectiva de uma tarefa ou função); como a sujeição “à inspecção e à responsabilidade públicas”; e como relativa à deverosidade da forma ou modo “como a função deve ser desempenhada”<sup>450</sup>. Os dois primeiros aspectos importam a

---

n.º 553/80, de 21 de Novembro (“Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo”).

<sup>445</sup>. Cfr. artigo 61.º, n.º 1, da Lei n.º 46/86, de 14 de Agosto, e v.g., artigos 73.º, n.º 1, 74.º, n.º 1, 75.º, n.º 2, da CRP e artigo 3.º, n.º 4, da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro (“estatuto do aluno do ensino não superior”), que dispõe que “[o]s princípios que enformam o estatuto aplicam-se aos estabelecimentos de ensino das redes privada e cooperativa, que deverão adaptar os respectivos regulamentos internos aos mesmos”. O “Estatuto do Ensino Liceal”, constante do Decreto n.º 36 508, de 17 de Setembro de 1947, hoje revogado, dispunha, no seu artigo 6.º que os “[o]s estabelecimentos particulares que, devidamente autorizados, ministrem o mesmo ensino que é ministrado nos liceus são obrigados a obedecer a todos os preceitos pedagógicos do presente Estatuto”. In *Ensino Liceal*, Edição Oficial, Lisboa, Imprensa Nacional, 1948, p. 34.

<sup>446</sup>. O carácter declarativo do “acto público de reconhecimento” do estabelecimento privado é mais consentâneo com a perspectiva privada do ensino ministrado. Em sentido diferente, Maria João Estorninho, “Natureza jurídica da actividade desenvolvida pelos estabelecimentos particulares de ensino, à luz da concepção funcional de serviço público de educação”, cit., pp. 92 e 93.

<sup>447</sup>. Cfr. artigos 2.º e 3.º, n.º 4, da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro, e artigos 4.º, alíneas b) e g), 23.º a 40.º e 94.º a 98.º do Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro.

<sup>448</sup>. J. Casalta Nabais, “Considerações sobre a autonomia financeira das universidades portuguesas”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Douto Ferrer-Correia, III*, Coimbra, 1991, pp. 359 e 360, nota 52, e Francesco Merloni, “Autonomia, responsabilità, valutazione nella disciplina delle università e degli enti di ricerca non strumentale”, cit., pp. 586, 587 e 589 (o autor argumenta que a separação do sector do ensino em público e privado é contrária à “unidade do sistema que as disposições constitucionais impõem”, desde logo na perspectiva da igualdade do acesso). Ver, também, artigos 4.º, alíneas f) e h), e 8.º a 22.º do Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro.

<sup>449</sup>. Este pode ser percebido no âmbito dos “direitos de prestações como garantias de exercício [de um] ... direito fundamental”, sujeito aos critérios da “indispensabilidade”, “determinabilidade”, “liberdade do legislador” e “princípio da igualdade”, e/ou como uma decorrência do interesse público em enquadrar publicisticamente de certa forma o exercício privado da actividade de ensino e educação. Cfr. Gomes Canotilho, “Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização”, Separata do vol. LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 31 a 35.

<sup>450</sup>. In *A Burocracia*, de David Beetham, Editorial Estampa, Lisboa, pp. 54 e 55.

publicidade no terceiro sentido - o de que “o que acontece em nome de todos deve estar sujeito à inspecção e à responsabilidade públicas”. Só parcialmente este aspecto “constitui um ponto essencial de diferença em face da administração dentro de uma organização ou empresa privada”<sup>451</sup>: as organizações e actuações privadas também são objecto da atenção dos poderes públicos, de uma atenção preventiva, reguladora e inspectiva, *maxime*, quando está em causa a satisfação, assumida por agentes privados, de necessidades colectivas. Não se confunde com a prossecução destas por pessoas colectivas públicas, a qual é necessária, pois elas existem para a sua prossecução<sup>452</sup>, enquanto que as pessoas colectivas privadas, podendo realizar tarefas públicas ou de interesse público, não têm aí o seu móbil principal, as quais nem determinam a respectiva iniciativa privada, nem permitem que se perca de vista que, prosseguindo, mediatamente, interesses públicos, prosseguem-nos na perspectiva de interesses próprios. É diverso o “contexto ou meio ambiente da organização e o grau de alteração que lhe é imposto” e releva a “definição que a própria instituição dá dos seus objectivos, em vez de ser inerente à natureza da actividade em si”<sup>453</sup>.

Neste quadro, os estabelecimentos de educação e ensino privados e cooperativos, diversamente dos “estabelecimentos públicos de ensino”, integrados na Administração Pública:

- a) Não podem apenas fazer aquilo que a lei expressamente lhes permita, o que colidiria com a liberdade de aprender e de ensinar e liberdade de iniciativa privada e de iniciativa económica privada<sup>454</sup>, mas actuam livremente nos limites da lei, desenvolvendo uma actividade lícita no prosseguimento de interesses próprios<sup>455</sup>.
- b) Não estão vinculados a só “prosseguir com a sua actuação o interesse geral” (o que colidiria com a liberdade fundamental de iniciativa privada, que “legítima e se

---

<sup>451</sup>. Na expressão não relativizada de Beetham, *A Burocracia*, cit., p. 55.

<sup>452</sup>. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, 10.ª edição, 2.º reimpressão, Tomo I, Coimbra, 1982, pp. 184 e 185, nota 1.

<sup>453</sup>. In *A Burocracia*, de David Beetham, Editorial Estampa, Lisboa, pp. 37 e 38.

<sup>454</sup>. Oriol Mir Puigpelat, “El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional”, *Revista de Administración Pública*, n.º 162, Septiembre/Diciembre, 2003, p. 80;

<sup>455</sup>. Diego Vaiano, *La Riserva di Funzione Amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 221 e p. 239 (: a “autonomia de direito público” não se confunde com a vontade dos sujeitos privados, que pode dar lugar, dentro de certos limites, a “efeitos livremente determinados” [Mortati], nota 39) e p 240.



funda na pretensão de lucro, o paradigma do interesse particular”, ou noutras pretensões egoísticas ou em interesses não públicos)<sup>456</sup>.

- c) Não estão obrigados, salvo por força de contratação pública ou determinação legal, a promover a “igualdade de oportunidades no acesso” ao respectivo ensino, sem prejuízo da vinculação ao princípio da igualdade (vertente negativa).
- d) Podem “dispor livremente dos seus recursos, como qualquer sujeito privado”, sem estarem obrigados aos parâmetros legais da “equidade, eficiência e economia”<sup>457</sup>, sem prejuízo do controlo da aplicação dos fundos públicos de que sejam beneficiários.
- e) Não estão obrigados a recrutar o seu pessoal de acordo com os princípios da igualdade, liberdade e mérito<sup>458</sup>, sem prejuízo do acompanhamento público da qualificação e profissionalização dos respectivos docentes<sup>459</sup>.
- f) Não está o respectivo pessoal sujeito a exigências constitucionais e legais de exclusividade e incompatibilidades<sup>460</sup>.
- g) Não estão obrigados pelo regime jurídico do direito à informação e do direito de acesso aos arquivos e registos administrativos<sup>461</sup>.

---

<sup>456</sup>. Oriol Mir Puigpelat, “El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional”, cit., p. 80.

<sup>457</sup>. Cfr. artigo 105.º, n.º 2, da CRP, e Oriol Mir Puigpelat, “El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional”, cit., p. 79.

<sup>458</sup>. No sentido de que, sem ofender liberdades individuais, como a de religião, de opinião, de expressão ..., é possível a um estabelecimento de ensino privado deixar de fazer um “recrutamento incompatível com o carácter próprio do estabelecimento”, por exemplo, de um professor que não dê garantias de laicidade num estabelecimento de ensino laico, ver Louis Favoreu e Loïc Philip, *les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7.ª édition, 1993, collection Droit Public, sirey, p. 363, e a Decisão n.º 77-87 DC, do Conselho Constitucional, de 23 de Novembro de 1977, que cometam (pp. 357 e 358).

<sup>459</sup>. Analisando o fundamento constitucional da definição do Direito Administrativo como o “ordenamento exorbitante da Administração Pública dirigido à conciliação do interesse geral e do interesse particular”, Oriol Mir Puigpelat destaca o conjunto de limitações que a Constituição impõe à Administração e o facto de afastar a sua aplicação aos particulares - “El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional”, cit., pp. 76 e segs., *maxime*, 79.

<sup>460</sup>. Oriol Mir Puigpelat, “El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional”, cit., p. 79.

<sup>461</sup>. Oriol Mir Puigpelat, “El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional”, cit., pp. 79 e 80.

- h) Na relação jurídico estudantil privada, os direitos e deveres do estudante têm base contratual e funcionalmente determinados pelo sistema de ensino e aprendizagem fornecido pelo respectivo estabelecimento escolar.
- i) Os actos que pratica, nas relações jurídicas que estabelece, não são, em princípio actos administrativos, mesmo quando projectam os limites legais a que estão sujeitos no desenvolvimento da sua actividade<sup>462</sup>.

### 3. O regime disciplinar dos estudantes do ensino público não superior

Os estabelecimentos públicos de ensino não superior asseguram “o ensino básico universal, obrigatório e gratuito” e o ensino secundário da educação escolar, cuja gratuidade é tendencial (artigos 74.º, n.º 2, alíneas a), d) e e) e artigo 75.º, n.º 1, da CRP).

Não gozam de autonomia pública constitucionalmente reconhecida como o é aos estabelecimentos de ensino superior, nem dispõem, no plano da legislação ordinária, de “autogoverno”, de “autonomia normativa”, de “autonomia financeira” e dispõem apenas de alguma autonomia no provimento de parte dos respectivos empregos e de relativa “autonomia na definição dos seus próprios programas”<sup>463</sup> e na gestão ordinária dos seus recursos. A relação dos alunos com o estabelecimento de ensino, os seus órgãos, serviços e agentes é legalmente regulada e parametrizada por estritas instruções administrativas, no quadro da política governamental para o ensino e a educação (artigos 182.º, 199.º, alínea d), 200.º, n.º 1, alínea a), e 201.º, n.º 2, alínea a), da CRP).

A disciplina destina-se a assegurar as condições necessárias à realização pelos estabelecimentos de ensino não superior das suas funções, a saber: i) o “normal

---

<sup>462</sup>. Ver Feliciano Benvenuti, *Disegno della Amministrazione Italiana, Linee Positive e Prospettive*, Padova, Cedam, 1996, p. 117 (pronuncia-se no sentido de que os actos praticados por sujeitos privados, no seu próprio interesse, no exercício da actividade administrativa não são nem formalmente nem substancialmente administrativos). Em sentido diferente, ver Maria João Estorninho, que sobreleva um conjunto de actos praticados pelos estabelecimentos privados de ensino como actos administrativos, *in* “Natureza jurídica da actividade desenvolvida pelos estabelecimentos particulares de ensino, à luz da concepção funcional de serviço público de educação”, cit., pp. 95 a 99.

<sup>463</sup>. Francesco Merloni, “Autonomia, responsabilità, valutazione nella disciplina delle università e degli enti di ricerca non strumentale”, cit., pp. 605 e 607, e Louis Favoreu e Loïc Philip, *les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7.º édition, 1993, collection Droit Public, sirey, p. 578 (chamando à colação as palavras do presidente da comissão da Constituição na primeira Assembleia constituinte, destacam a diferente limitação da liberdade de ensino por grau de ensino, de sequência decrescente).

prosseguimento das actividades da escola”<sup>464</sup>, para “cumprimento dos objectivos do projecto educativo” e a “integração social”, desde logo, na “comunidade educativa”; ii) e o “pleno desenvolvimento físico, intelectual, cívico e moral dos alunos”<sup>465</sup> e, portanto, “a correcção do comportamento perturbador e o reforço da formação cívica do aluno, com vista ao desenvolvimento equilibrado da sua personalidade, da sua capacidade de se relacionar com os outros ... e do seu sentido de responsabilidade e das suas aprendizagens”<sup>466</sup>.

A disciplina nos estabelecimentos públicos de ensino funda-se no dever público fundamental de assegurar o direito fundamental ao ensino e à educação<sup>467</sup>, a cargo daqueles estabelecimentos públicos, em concretização das incumbências do Estado em matéria de educação<sup>468</sup>. À luz deste fundamento, compreendem-se as duas preocupações fundamentais que atravessam os regimes disciplinares respectivos: i) a preocupação de inclusão na “comunidade educativa” do aluno que actua contrariamente à disciplina; ii) e a preocupação de protecção ou de acautelamento dos direitos e interesses dos demais membros da comunidade educativa, *maxime*, dos outros alunos<sup>469</sup>.

---

<sup>464</sup>. Cfr. artigo 24.º, n.º 1, da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro.

<sup>465</sup>. Cfr. artigo 9.º da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro, que, no entanto, parece confundir os objectivos da disciplina com as condições ou os meios para a sua realização, para além de considerar a disciplina na escola em geral e não apenas na vertente da relação jurídica estudantil.

<sup>466</sup>. Cfr. artigo 24.º, n.º 1, da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro.

Por isso, as “medidas disciplinares devem ser aplicadas em coerência com as necessidades educativas do aluno e com os objectivos da sua educação e formação, no âmbito, tanto quanto possível, do desenvolvimento do plano de trabalho da turma e do projecto educativo da escola” (n.º 4 do artigo 24.º).

Considere-se, também, a previsão de acompanhamento do aluno, pelo “director de turma ou professor titular”, “na execução da medida disciplinar a que foi sujeito”, “no regresso à escola do aluno a quem foi aplicada a medida de suspensão da escola” e “aquando da integração do aluno na nova escola para que foi transferido por efeito de medida disciplinar” (artigo 49.º da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro).

<sup>467</sup>. Cfr. artigos 43.º, n.º 1, 73.º e 74.º da CRP. Os estabelecimentos públicos constituem a garantia essencial do acesso a um ensino gratuito ou tendencialmente gratuito e esta uma forma de assegurar a inclusão escolar (artigo 74.º, n.º 1, e n.º 2, alínea a), d) e e), da CRP).

<sup>468</sup>. A continuidade da relação jurídica estudantil e inserção institucional ou a pertença à comunidade educativa, sendo importantes na explicação da disciplina nos estabelecimentos públicos de ensino, não têm singularidade bastante face a similares valores nos estabelecimentos privados ou corporativos de ensino.

Fausto de Quadros defende que a “ligação íntima com os serviços administrativos” justifica que aos sujeitos “se lhes imponha o dever de adequar a sua conduta às exigências e aos fins do serviço público ao qual se acham vinculados”. Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa, Lisboa, 1974, p. 29.

<sup>469</sup>. Para elucidar o exposto, considerem-se os seguintes preceitos da Lei n.º 30/2002, de 20 de

O exercício do poder disciplinar na relação jurídica estudantil atinge o direito à educação e, de forma imediata, refracções deste, como o “direito de aceder às salas de aulas” e o “direito de beneficiar verdadeiramente do ensino”<sup>470</sup>. Considere-se, significativamente, que a sanção disciplinar “expulsão da escola” não pode ser aplicada a aluno que frequente a escolaridade obrigatória<sup>471</sup>.

O facto de estar em causa o direito à educação, de que o Estado é o primeiro garante, e a relação de dependência que se cria, justifica que tenha também a responsabilidade de

---

Dezembro: (1) “Os alunos são responsáveis, em termos adequados à sua idade e capacidade de discernimento, pela componente obrigacional inerente aos seus direitos que lhe são conferidos no âmbito do sistema educativo, bem como por contribuírem para garantir aos demais membros da comunidade educativa e da escola os mesmos direitos que a si próprio são conferidos, em especial respeitando activamente o exercício pelos demais alunos do direito à educação.” (artigo 7.º); (2) “O aluno tem direito a: // a) [u]sufruir do ambiente e do projecto educativo que proporcionem as condições para o seu pleno desenvolvimento físico, intelectual, moral, cultural e cívico, para a formação da sua personalidade e da sua capacidade de auto-aprendizagem e de crítica consciente sobre os valores, o conhecimento e a estética; (...) // h) [s]er tratado com respeito e correcção por qualquer membro da comunidade educativa; // [v]er salvaguardada a sua segurança na escola e respeitada a sua integridade física e moral” (artigo 13.º); (3) “O aluno tem o dever ... de: // g) [c]ontribuir para a harmonia da convivência escolar e para a plena integração na escola de todos os alunos”; (4) “A violação pelo aluno de algum dos deveres previstos no artigo 15.º ou no regulamento interno da escola, *em termos que se revelem perturbadores do funcionamento normal das actividades da escola ou das relações no âmbito da comunidade educativa*, constitui infracção disciplinar, a qual pode levar, mediante processo disciplinar, à aplicação de medida disciplinar” (artigo 23.º - *italico nosso*); (5) As “finalidades das medidas disciplinares” são “pedagógicas e preventivas” e “sancionatórias”, visando as primeiras “a preservação da autoridade dos professores e, de acordo com as suas funções, dos demais funcionários, o normal prosseguimento das actividades da escola, a correcção do comportamento perturbador e o reforço da formação cívica do aluno, com vista ao desenvolvimento equilibrado da sua personalidade, da sua capacidade de se relacionar com os outros, da sua plena integração na comunidade educativa, do seu sentido de responsabilidade e das suas aprendizagens” (artigo 24.º); (6) Uma das “medidas disciplinares preventivas e de integração” é a “execução de actividades de integração na escola” (artigos 26.º, n.º 2, alínea c), e 31.º) e a “transferência para outra escola”, cuja aplicação pressupõe, designadamente, que o comportamento que a determina seja impeditivo “do prosseguimento do processo de ensino e aprendizagem dos restantes alunos da escola” (n.º 1) e que esteja “assegurada a frequência de outro estabelecimento de ensino” (n.º 2) – artigo 32.º e artigo 26.º, n.º 2, alínea d); (7) “Nos casos em que ... o director regional de educação tenha que desenvolver os procedimentos destinados a assegurar a frequência pelo aluno de outro estabelecimento de ensino, por efeito da aplicação das medidas disciplinares de transferência de escola ou de expulsão da escola, a decisão deve prever as medidas cautelares destinadas a assegurar o funcionamento normal das actividades da escola até à efectiva execução da decisão” (artigo 48.º, n.º 5); (8) a sanção disciplinar da “expulsão da escola” “só pode ocorrer perante um comportamento do aluno que perturbe gravemente o funcionamento normal das actividades da escola ou as relações no âmbito da comunidade educativa, constituinte de uma infracção disciplinar muito grave, quando reconhecidamente se constate não haver outro modo de procurar responsabilizá-lo no sentido do cumprimento dos seus deveres como aluno” (artigo 36.º, n.º 2). A expulsão “não impede o aluno de realizar exames nacionais ou de equivalência à frequência, na qualidade de candidato auto-proposto, nos termos da legislação em vigor” (artigo 36.º).

<sup>470</sup>. “L’administration ne peut exclure des lycéens des cours sans engager de procédure disciplinaire”, AJDA, n.º 37/2004, de 1 de Novembro de 2004, p. 2023.

<sup>471</sup>. Cfr. artigo 36.º, n.º 1, da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro.

assegurar que a disciplina seja exercida “de forma compatível com a dignidade humana da criança”<sup>472</sup>, no respeito dos respectivos direitos da criança, que a Convenção sobre os Direitos da Criança identifica como “todo o ser humano menor de dezoito anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”<sup>473</sup>, estando, naturalmente, proibidas as medidas disciplinares ofensivas da “integridade física, psíquica e moral do aluno” e que revistam “natureza pecuniária”<sup>474</sup>.

A relação jurídica disciplinar inicia-se com a formalização da matrícula por parte do estabelecimento de ensino, com a qual se verifica a aquisição do “estatuto de aluno, o qual confere os direitos e os deveres” consagrados na lei e no regulamento interno da escola<sup>475</sup>. O cumprimento dos direitos e deveres constantes do regulamento é igualmente contratualizado, pois o aluno e ou os pais ou os encarregados de educação são chamados a fazer uma declaração de adesão ao nele disposto<sup>476</sup>. Aos pais ou aos encarregados de educação e ao “director de turma ou, tratando-se do ensino básico, [a]o professor da turma”, designado por “professor titular”<sup>477</sup>, é cometido um específico papel na efectivação da responsabilidade disciplinar do aluno<sup>478</sup>, segundo a ideia de participação, sendo de

---

<sup>472</sup>. Cfr. artigo 28.º, n.º 2, da Convenção sobre os Direitos da Criança na redacção aprovada pela Comissão dos Direitos do Homem das Nações Unidas em Março de 1989.

<sup>473</sup>. Cfr. artigo 1.º da Convenção sobre os Direitos da Criança na redacção aprovada pela Comissão dos Direitos do Homem das Nações Unidas em Março de 1989.

<sup>474</sup>. Cfr. artigo 24.º, n.º 3, da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro.

<sup>475</sup>. Cfr. artigo 11.º da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro.

<sup>476</sup>. Cfr. artigos 6.º, alínea k), 7.º, 15.º, alínea o), 53.º e 54.º da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro.

<sup>477</sup>. Cfr. artigo 5.º, n.º 2, da Lei n.º 30/2002, de 20 de 20 de Dezembro.

<sup>478</sup>. Os primeiros devem: i) “[d]iligenciar para que o seu educando ...cumpra pontualmente os deveres que lhe incumbam, com destaque para os deveres de assiduidade, de correcto comportamento escolar e de empenho no processo de aprendizagem”; ii) “[c]ontribuir para a preservação da disciplina da escola e para a harmonia da comunidade educativa, em especial quando para tal forem solicitados”; iii) “[c]ontribuir para o correcto apuramento dos factos em processo disciplinar que incida sobre o seu educando e, sendo aplicada a esta medida disciplinar, diligenciar para que a mesma prossiga os objectivos de reforço da sua formação cívica, do desenvolvimento equilibrado da sua personalidade, da sua capacidade de se relacionar com os outros, da sua plena integração na comunidade educativa e do seu sentido de responsabilidade”; iv) “[c]onhecer o regulamento interno da escola e subscrever, fazendo subscrever igualmente aos seus filhos e educandos, declaração anual de aceitação do mesmo e de compromisso activo quanto ao seu cumprimento”. Cfr. artigo 6.º, n.º 2, alíneas f), g) e k), e artigo 51.º da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro. No mesmo sentido, também, o artigo 8.º do Decreto-Lei 270/98, de 1 de Setembro.

Quanto ao director de turma ou professor titular, deve “colaborar com [aqueles] no sentido de prevenir e resolver problemas comportamentais ou de aprendizagem” e deve acompanhar o aluno na execução da medida disciplinar, articulando-se com os pais ou encarregados de educação (respectivamente, artigo 5.º, n.º

referir ainda a integração do delegado ou subdelegado de turma no conselho de turma disciplinar<sup>479</sup>.

A regulação da relação jurídica estudantil e os direitos, deveres e responsabilidades que integram o “estatuto do aluno” são parte essencial do sistema de ensino. Como tal, não podem deixar de ser objecto da atenção da lei, nos seus princípios reguladores, bem como o regime geral de punição das respectivas infracções disciplinares (artigos 164.º, alínea i), 165.º, n.º 1, alínea d), e e 198.º da CRP).

O aluno pratica infracção disciplinar quando viola os deveres enunciados no regulamento fundamental da escola<sup>480</sup> e na lei, “em termos que se revelem perturbadores do funcionamento normal das actividades da escola ou das relações no âmbito da comunidade educativa”<sup>481</sup>.

As infracções disciplinares apuram-se por referência aos deveres, definidos na lei e, nos limites desta, no regulamento da escola e cumulativa verificação de um dos dois referidos pressupostos<sup>482</sup>. As infracções são qualificadas como graves, muito graves e leves, resultando da lei que as primeiras são aquelas às quais podem ser aplicadas as medidas disciplinares de expulsão da escola, transferência, “execução de actividades de integração na escola” e suspensão de seis a dez dias<sup>483</sup>.

Atentas as finalidades da disciplina, as medidas disciplinares não são apenas sancionatórias, mas também “preventivas e de integração”. São, e não são senão, as fixadas na lei, que as define, assim como os parâmetros à sua aplicação<sup>484</sup>.

---

2, e artigo 49.º da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro).

<sup>479</sup>. Cfr. artigos 41.º, n.º 2, e 14.º da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro.

<sup>480</sup>. “O regulamento interno da escola é elaborado nos termos do regime de autonomia, administração e gestão dos estabelecimentos da educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário ..., devendo nessa elaboração participar a comunidade escolar, em especial através do funcionamento da assembleia da escola.” (artigo 53.º da Lei n.º 20/2002, de 20 de Dezembro).

<sup>481</sup>. Cfr. artigo 23.º da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro, e artigo 12.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 270/98, de 1 de Setembro.

<sup>482</sup>. Recorde-se: viola dever ou deveres “em termos que se revelem perturbadores do funcionamento normal das actividades da escola” ou viola dever ou deveres “em termos que se revelem perturbadores ... das relações no âmbito da comunidade educativa”.

<sup>483</sup>. Cfr. artigos 43.º, n.º 1, e 44.º da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro.

<sup>484</sup>. Cfr. artigos 26.º e segs. da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro, e artigo 14.º do Decreto-lei n.º 270/98, de 1 de Setembro.

As medidas sancionatórias não podem ser cumuladas entre si, mas com qualquer delas, à excepção da expulsão da escola, é possível cumular a “medida disciplinar preventiva de integração”, traduzida na submissão a “um programa de tarefas de carácter pedagógico”, “executadas em horário não coincidente com as actividades lectivas, mas nunca por prazo superior a quatro semanas”<sup>485</sup>.

A culpa é um critério de “determinação da medida disciplinar a aplicar”, a par de outros, como, por exemplo, a “maturidade [do aluno] e demais condições pessoais, familiares e sociais”, a ocorrência de circunstâncias agravantes (v.g., a reincidência, em especial, no decurso do mesmo ano lectivo) e atenuantes (v.g., “reconhecimento” da infracção, “com arrependimento”). Embora não expressamente enunciada, não pode ser deixada de ser um pressuposto da aplicação de uma medida disciplinar quando sancionatória.

As medidas disciplinares sancionatórias assentam no apuramento de infracção disciplinar em procedimento prévio, com adequadas garantias de audiência e defesa (que implica, designadamente, a “imputação precisa dos factos que são imputados” ao estudante<sup>486</sup>). O “tribunal de Cergy-Pontoise” considerou que, privando o aluno do exercício dos direitos à educação e ao ensino, a aplicação de sanção disciplinar de exclusão das aulas, sem procedimento disciplinar prévio, constitui “uma afectação grave e manifestamente ilegal dos direitos de defesa”<sup>487</sup>. Atento este aspecto, juntamente com o facto de não ter sido invocado motivo relevante de ordem pública, concluiu pela existência de “uma situação de urgência carente de uma decisão judicial num curto espaço de tempo” e intimou o estabelecimento público a convocar, no prazo de quinze dias, o conselho de disciplina.

A procedimentalização do exercício do poder disciplinar é uma garantia fundamental quando possa importar a aplicação de uma sanção. As medidas disciplinares distinguem-se entre aquelas que têm natureza sancionatória e aquelas que não a têm. Nem todas as “medidas disciplinares” se coadunam com a referida procedimentalização. É o caso da

---

<sup>485</sup>. Cfr. artigo 31.º da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro.

<sup>486</sup>. Assim, por exemplo, se se trata de uma injúria, deve dar-se a conhecer ao estudante as “palavras e as frases injuriosas” que lhe são imputadas como comportamento disciplinarmente censurável (Michel Stassinopoulos, *Le Droit de la Défense Devant les Autorités Administratives*, cit., p. 128).

<sup>487</sup>. Neste sentido decidiu o “juge des référés du tribunal de Cergy-Pontoise” (“L’administration ne peut exclure des lycéens des cours sans engager de procédure disciplinaire”, *AJDA*, n.º 37/2004, de 1 de

advertência ou “chamada verbal de atenção ao aluno..., alertando-o para a natureza ilícita [do seu] comportamento, que, por isso, deve cessar e ser evitado de futuro”<sup>488</sup> e da “ordem de saída da sala de aula”, que implica a subsequente e imediata colocação do mesmo “em sala de estudo” ou no desempenho de outras actividades<sup>489</sup>. Ambas têm carácter imediato, justificam-se no exacto momento da verificação da infracção. A saída da sala aula importa a comunicação posterior, pelo professor, ao “director de turma ou professor titular”<sup>490</sup>.

A repreensão oral e a repreensão escrita, que implicam uma censura ao aluno, “com vista a responsabilizá-lo no sentido do cumprimento dos seus deveres”, não estão também legalmente dependentes de procedimento disciplinar. A repreensão escrita é objecto de registo no processo individual e é notificada aos pais e encarregados de educação<sup>491</sup>. Ao invés das primeiras, qualificadas como “medidas disciplinares preventivas e pedagógicas”, as segundas têm natureza sancionatória<sup>492</sup>. Dir-se-ia que a repreensão escrita deveria necessariamente ser precedida de procedimento prévio. No entanto, importa ter presente que, reportada a comportamento ocorrido na sala de aula, se pretende que seja aplicada pelo professor, que da repreensão formulada dará pronto conhecimento ao “director de turma ou professor titular”<sup>493</sup>. Quando ocorrida fora da sala de aula, qualquer infracção deve ser obrigatoriamente participada a este último<sup>494</sup>, o qual deve, não sendo segura e clara a realidade participada, proceder a “averiguação prévia”<sup>495</sup>.

O procedimento prévio<sup>496</sup> deve ser realizado obrigatoriamente no caso da aplicação da sanção disciplinar de suspensão da escola até cinco dias, sendo competentes para a sua

---

Novembro de 2004, p. 2023).

<sup>488</sup>. Cfr. artigo 29.º da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro.

<sup>489</sup>. Cfr. artigo 30.º da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro.

<sup>490</sup>. Cfr. artigo 38.º, n.º 2, da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro.

<sup>491</sup>. Cfr. artigos 33.º e 34.º da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro.

<sup>492</sup>. Cfr. artigos 24.º, n.ºs 1 e 2, 26.º e 27.º da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro.

<sup>493</sup>. Cfr. artigo 38.º, n.º 2, da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro.

<sup>494</sup>. O qual pode aplicar as medidas disciplinares de advertência, repreensão e a repreensão escrita.

<sup>495</sup>. O processo de averiguações deve ser realizado por aquele órgão no prazo de dois dias úteis com audição do aluno, do participante e de eventuais testemunhas (artigo 39.º da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro).

<sup>496</sup>. Que a lei designa também de averiguações.



aplicação o “presidente do conselho executivo ou director” e o “conselho de turma disciplinar”<sup>497</sup>.

As demais medidas disciplinares (“execução de actividades de integração na escola, de transferência de escola, de suspensão da escola de seis a dez dias úteis e de expulsão da escola”) susceptíveis de serem aplicadas a comportamentos qualificados como graves ou muito graves dependem de procedimento disciplinar, realizado segundo tramitação legalmente definida<sup>498</sup>, e cuja decisão final deve ser preferentemente “notificada por contacto pessoal com o aluno ou, sendo menor, ao respectivo encarregado de educação”<sup>499</sup>.

Da decisão disciplinar cabe impugnação administrativa, apenas na forma de recurso hierárquico, o qual tem efeito suspensivo quando a medida disciplinar aplicada for a transferência de escola e a expulsão da escola<sup>500</sup>.

O princípio da celeridade e da eficiência<sup>501</sup> tem especial acolhimento no regime disciplinar aplicada aos alunos dos estabelecimentos públicos de ensino superior, pelo carácter imediato, nalguns casos, do exercício do poder disciplinar, pela qualificação como urgente do procedimento disciplinar e a determinação de prioridade sobre “todos os demais procedimentos correntes da escola”, pela fixação de prazos muito curtos para o apuramento de responsabilidade disciplinar e para a decisão de recurso hierárquico interposta da decisão disciplinar<sup>502</sup>.

#### **4. O regime disciplinar dos estudantes do ensino público superior**

A relação jurídica disciplinar é marcada, no ensino superior público, pela protecção constitucional da autonomia universitária, estendida, em grande medida, pela lei aos

---

<sup>497</sup>. Cfr. artigos 40.º e 41.º da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro.

<sup>498</sup>. Cfr. artigos 43.º a 48.º da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro.

<sup>499</sup>. Só na inviabilidade daquele se fará notificação por carta registada com aviso de recepção (artigo 48.º, n.º 3, da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro).

<sup>500</sup>. O artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 270/98, de 1 de Setembro, previa, também, a alternativa de submissão da decisão a comissão arbitral.

<sup>501</sup>. Cfr. artigo 10.º e 57.º do CPA.

<sup>502</sup>. Cfr. artigos 38.º a 47.º e 50.º da Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro.

institutos politécnicos<sup>503</sup>. A autonomia universitária prende-se com a sua génese e evolução<sup>504</sup>, deriva da função que cumpre e até à comunidade que congrega.

A maior ou menor intensidade da intervenção do Estado na autonomia universitária<sup>505</sup> reflectiu-se no regime disciplinar. O Decreto n.º 21 160, de 1 de Abril de 1932, por exemplo, estabelecia que “[a] acção disciplinar sobre os alunos das diversas Universidades,

---

<sup>503</sup>. Cfr. artigo 76.º da CRP, artigo 3.º, n.º 1, Lei n.º 108/88, de 24 de Setembro, e artigos 1.º, n.º 3, 2.º, n.º 4, e 41.º, n.º 1, da Lei n.º 54/90, de 5 de Setembro. Ao invés do que acontece relativamente às universidades, não confere a Lei n.º 54/90, de 5 de Setembro expressamente autonomia científica, pedagógica e disciplinar aos institutos politécnicos. O artigo 48.º, n.º 7, da Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro, na versão republicada pela Lei n.º 49/2005, de 30 de Agosto, no que toca à autonomia, afirma, no entanto, sem distinção, que os “estabelecimento de ensino superior gozam de autonomia científica, pedagógica e administrativa” e, especificamente, as universidades também de “autonomia financeira”.

<sup>504</sup>. Surgidas, no quadro medieval, por autogénese ou por acto de vontade real e ou pontifício, afirmam-se com personalidade jurídica própria e autogovernam-se, administrando a instituição e livremente dispendo sobre os seus conteúdos científicos e pedagógicos; inclusive tinham selo privativo e estavam subtraídas ao foro ordinário, dispendo de foro especial ou sujeitas apenas ao foro eclesiástico. Trazendo *ab initio* consigo o signo da autonomia, não mais este deixou de ser a sua referência, mais ou menos materializado ou coartado (J. Casalta Nabais, “Considerações sobre a autonomia financeira das universidades portuguesas”, cit., pp. 356 e segs. e Marcelo Rebelo de Sousa, *A Natureza Jurídica da Universidade no Direito Português*, Publicações Europa-América, 1992, pp. 15 e segs.). Assumidas as funções de ensino, investigação e difusão de cultura pela comunidade nacional e pelo Estado que a congrega, ficou lançado um elo público à autonomia das instituições universitárias, que a foi mais ou menos circunscrevendo ou libertando, mantendo-se, porém, tendencialmente, a preferência pelo desempenho de tais funções por corporações públicas (J. Casalta Nabais, “Considerações sobre a autonomia financeira das universidades portuguesas”, cit., pp. 352, 356 e segs.). Hoje, “a instituição de uma Universidade ou de ente de investigação tem natureza plenamente constitutiva”: “a comunidade de estudiosos ... constitui-se em torno de uma finalidade, ou a uma ou mais funções típicas e segundo procedimentos destinados a verificar a existência de pressupostos (profissionais) mínimos” (Francesco Merloni, “Autonomia, responsabilità, valutazione nella disciplina delle università e degli enti di ricerca non strumentale”, cit., pp. 603 e 615). Existe, sem prejuízo, uma garantia institucional da respectiva categoria.

<sup>505</sup>. Em Portugal, a Universidade afirmou-se, numa primeira fase, com “a feição de corporação”, dotada de “autonomia administrativa, financeira e mesmo jurisdicional”: os estudantes disponham de poder para elaborar os estatutos e participavam na escolha do corpo docente e administrativo; elegiam anualmente os dois reitores; existia foro académico e isenção de justiça comum (Marcelo Rebelo de Sousa, *A Natureza Jurídica da Universidade no Direito Português*, Publicações Europa-América, 1992, pp. 23 e 24). No entanto, D. João I interveio activamente na vida interna da Universidade de Lisboa, “com prejuízo da autonomia corporativa”, designando “um ministro que na Corte especialmente dela se ocupasse, com a designação de protector do Estado” (Marcello Caetano, *Lições de História do Direito Português*, feitas ao curso do 1.º ano da Faculdade de Direito, em 1961-1962, Coimbra Editora, Limitada, 1962, p. 213).

Em 1922, Alberto Xavier apresentava como “exemplo embora imperfeito da descentralização por serviço em Portugal, ... a organização das nossas Universidades que possuem, desde o início da República, lata autonomia”. Cfr. Estatuto dos Funcionários (Justificação Jurídico-Política da Questão e Projecto de Lei), Lisboa, Portugal-Brasil Limitada, Sociedade Editora, p. 80.

Apesar da criação de (outras) Universidades e de institutos politécnicos e do “reconhecimento de uma Universidade de estatuto diverso - a Universidade Católica Portuguesa” (1971) -, o período de 1929 até 1976 foi um período de tendência restritiva na autonomia universitária (Marcelo Rebelo de Sousa, *A Natureza Jurídica da Universidade no Direito Português*, cit., pp. 28 a 30).

institutos, Conservatório, liceus, escolas de belas-artes e escolas do ensino agrícola e do ensino técnico profissional e médio, e escola do magistério primário dependentes do Ministério da Instrução Pública [era] exercida pelos senados universitários, conselho universitário e conselhos escolares, nos termos do [nele disposto], do Estatuto da Instrução Universitária e dos respectivos regulamentos privativos em vigor”<sup>506</sup>. As regras de competência do Decreto, seja para a aplicação das sanções disciplinares, seja para a apreciação e decisão da respectiva impugnação administrativa<sup>507</sup>, revelam também que a autonomia daqueles no exercício do poder disciplinar sobre os alunos não era significativa<sup>508 509</sup>. Nas Universidades, a aplicação de sanções aos alunos era da competência dos senados universitários e conselho universitário, mas estava dependente de “prévio despacho ministerial que poderá alterar a penalidade proposta”<sup>510</sup>.

Com o Decreto-Lei n.º 38 692, de 21 de Março de 1952, as Faculdades deixaram de ter autonomia administrativa<sup>511</sup>. O Decreto-Lei n.º 44 357, de 21 de Maio de 1962, atribuiu a competência para instaurar procedimento disciplinar ao “Ministro da Educação Nacional” relativamente às “escolas dependentes do Ministério”. Com a instauração procedimento

---

<sup>506</sup>. Publicado em Anexo ao texto “Das insuficiências do Direito Disciplinar Aplicável aos estudantes universitários”, de José de Melo Alexandrino, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLI, n.º 1, 2000, p. 436.

<sup>507</sup>. Como destaca José de Melo Alexandrino, “Das insuficiências do Direito Disciplinar Aplicável aos estudantes universitários”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLI, n.º 1, 2000, p. 434.

<sup>508</sup>. As sanções de repreensão, “dada particularmente” ou “perante o conselho da Faculdade, instituto, Conservatório, liceu ou escola”, e a da “exclusão da frequência por período não superior a um ano” (artigos 3.º, n.ºs 1.º a 3.º) são aplicadas ao nível dos respectivos estabelecimentos de ensino. A primeira constitui competência exclusiva dos respectivos dirigentes máximos. As segundas, competência dos respectivos “conselhos escolares” (artigos 8.º e 9.º). Destas, e não daquela, cabia recurso para o Governo, dependendo a decisão de prévio “parecer da comissão central do Conselho Superior de Instrução Pública” (artigo 7.º). À pertinente secção deste Conselho competia a aplicação das penas de “exclusão da frequência por período superior a um ano e inferior a três anos”, a “expulsão... temporária ou definitiva” e a “expulsão definitiva de todas as escolas nacionais” (artigos 3.º, n.ºs 4.º a 6.º e artigo 10.º; a partir de 1 de Outubro de 1935, relativamente às universidades, as duas últimas sanções foram substituídas pela “expulsão definitiva de todas as Universidades” - artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 25 406, de 25 de Maio de 1935 -, o que veio a ser mitigado pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 44 357, de 21 de Maio de 1962 - Cfr. artigos citados in Anexo ao texto “Das insuficiências do Direito Disciplinar Aplicável aos estudantes universitários”, cit., pp. 437 e 439).

<sup>509</sup>. Sem prejuízo, a competência para instaurar procedimento disciplinar cabia ao dirigente máximo de cada um dos estabelecimentos de ensino: “director da Faculdade ou escola, reitor do liceu ou inspetor do Conservatório” (artigo 12.º).

<sup>510</sup>. Cfr. artigos 10.º e 13.º do Decreto n.º 21 160, de 1 de Abril de 1932.

<sup>511</sup>. Cfr. § único do artigo 1.º.

disciplinar passou a ser possível “suspender imediatamente da frequência das aulas” o aluno, com a consequente “imediata suspensão de quaisquer direitos ou regalias que o arguido possuía na sua qualidade de aluno”. A suspensão poderia verificar-se por tempo indeterminado<sup>512</sup>. Outro aspecto que se destaca no regime disciplinar em referência é a inclusão na disciplina da fidelidade ao poder político. Constituía infracção disciplinar “a prática de actos de manifesta hostilidade contra o Poder Executivo” e o “desrespeito ao Presidente da República, aos membros do Poder Executivo e a propaganda de ideias dissolventes”<sup>513</sup>. Nesta medida, aqueles e outros preceitos<sup>514</sup> caducaram por contrários “à Constituição ou aos princípios nela consignados” (artigo 290.º, n.º 2, da CRP)<sup>515</sup>, por atentarem contra a autonomia universitária e o princípio da proporcionalidade<sup>516</sup>.

“O sistema de estabelecimentos de ensino superior é constituído pela rede pública e pelo conjunto de estabelecimentos de ensino superior particular e cooperativo”. “A rede pública é constituída pelo conjunto coerente e complementar de estabelecimentos de ensino superior público, universitário e politécnico, funcional e espacialmente organizados, visando a prossecução das incumbências constitucionais e legais do Estado no respeitante ao ensino superior”<sup>517</sup>. Nos termos do n.º 1 do artigo 76.º da CRP, “[o] regime de acesso à Universidade e às demais instituições do ensino superior garante a igualdade de oportunidades e a democratização do sistema de ensino, devendo ter em conta as necessidades em quadros qualificados e a elevação do nível educativo, cultural e científico do país.” A “liberdade e autonomia” de criação, investigação e inovação tecnológica, assim como a autonomia universitária (artigo 73.º, n.º 4, e artigo 76.º, n.º 2, da CRP), nas suas

---

<sup>512</sup>. Concretamente, por período até 90 dias, “mas prorrogável por períodos de igual duração” (artigos 1.º a 3.º do Decreto-Lei n.º 44 357). Cfr. diploma, Anexo ao texto “Das insuficiências do Direito Disciplinar Aplicável aos Estudantes Universitários”, de in José de Melo Alexandrino, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLI, n.º 1, 2000, pp. 438 e 439.

<sup>513</sup>. Cfr. artigos 1.º e 15.º do Decreto-Lei n.º 21 160, de 1 de Abril de 1932, in Anexo ao texto “Das insuficiências do Direito Disciplinar Aplicável aos Estudantes Universitários”, cit., pp. 436 e 439.

<sup>514</sup>. Como aconteceu com os artigos 10.º, § único, e 4.º.

<sup>515</sup>. In José de Melo Alexandrino, “Das insuficiências do Direito Disciplinar Aplicável aos Estudantes Universitários”, cit., p. 435.

<sup>516</sup>. Cfr. artigo 76.º, n.º 2, e artigos 18.º, n.º 266.º, n.º 2, da CRP.

<sup>517</sup>. Cfr. artigo 11.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 26/2000, de 23 de Agosto, que “estabelece o regime da organização e ordenação do ensino superior, e artigo 17.º da Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro (“Lei de bases do sistema educativo”).

várias dimensões, constitucionalmente protegidas, constituem uma dupla limitação para o legislador ordinário.

A actividade dos estabelecimentos do ensino superior não realiza apenas o direito fundamental à educação e ao ensino, mas é sua função, também, a “criação, investigação científica e inovação tecnológica”. O imperativo desta função diferencia-os face aos estabelecimentos de ensino não superior<sup>518</sup>. Acresce que a primeira das referidas tarefas, ao concretizar-se num espaço que é de autonomia (e não de mera descentralização)<sup>519</sup>, afasta da disciplina estudantil os imperativos da integração e da correcção e atenua o fundamento da disciplina no referido direito fundamental. Do que se trata é, fundamentalmente, de assegurar o regular funcionamento da vida académica, fundando-se a responsabilidade disciplinar no compromisso assumido de cumprimento das mesmas, que se formaliza com a admissão à instituição.

A Constituição de 1976 erigiu a universidade a uma garantia institucional de existência, designação e autonomia (artigo 6.º, n.º 1, e artigo 76.º, n.º 4, da Constituição) e afirmou o paralelismo ao ensino público dos ensinos privado e cooperativo relativamente aos quais a sua relação é a de reconhecimento e fiscalização (artigo 75.º). A revisão constitucional de 1982 introduziu (e a revisão de 1989 reajustou) a previsão de especial garantia da autonomia universitária, na definição do seu estatuto, no respectivo «governo» administrativo e financeiro e quanto à autodeterminação científica e pedagógica (artigo 76.º, n.º 2). Quanto a estas últimas, constitui um princípio fundamental de independência da universidade que a investigação e o ensino desenvolvam o “espírito crítico e a reflexão pessoal” e se desenvolvam libertos de dogmas oficiais e de doutrinas<sup>520</sup>. O que não prejudica a subordinação do investigador e do docente “no domínio marginal da

---

<sup>518</sup>. Para a defesa enfática desta distinção, ver Francesco Merloni, “Autonomia, responsabilità, valutazione nella disciplina delle università e degli enti di ricerca non strumentale”, cit., pp. 602 e segs.

<sup>519</sup>. Francesco Merloni, “Autonomia, responsabilità, valutazione nella disciplina delle università e degli enti di ricerca non strumentale”, *Diritto Pubblico*, n.º 2/2004, Ano X (2004), n.º 2, Maggio-Agosto, 2004, cit., pp. 605 e 606.

<sup>520</sup>. Alain di Stefano, *La Participation des Fonctionnaires Civils a la Vie Politique*, Bibliothèque de Droit Public, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1979, pp. 32 e 33, e Decisão n.º 83-165, de 20 de Janeiro de 1984, do Conselho Constitucional francês e as observações de Louis Favoreu e Loïc Philip, *les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7.º édition, 1993, collection Droit Public, sirey, pp. 571 a 588.

organização do serviço” e da ordenação institucional<sup>521</sup>. A “autonomia institucional” e autonomia científica e pedagógica postulam-se mutuamente<sup>522</sup>.

A autonomia estatutária é a autonomia normativa, de elaborar, no respeito da lei, “normas fundamentais de organização interna, nos planos científico, pedagógico, financeiro e administrativo, bem como o regime das autonomias das respectivas unidades orgânicas”<sup>523</sup>.

A autonomia administrativa consiste em “auto-administração ou autogoverno, através de órgãos próprios emergentes da própria comunidade universitária”, na gestão dos seus próprios assuntos, tomando as suas próprias decisões (v.g., através da prática de actos ou da celebração de contratos) quanto, por exemplo, ao recrutamento e estabelecimento e gestão das relações de trabalho, à admissão e gestão das relações jurídicas estabelecidas com os estudantes (no que respeita, por exemplo, à sua admissão, inscrição para exames, suspensão, ...) <sup>524</sup>.

A autonomia disciplinar<sup>525</sup> tem apoio constitucional neste quadro<sup>526</sup>: compreende, por um lado, o poder de normação em matéria de regime disciplinar aplicável aos alunos e, por outro lado, o poder de exercer a acção disciplinar e o poder de punir relativamente às “infracções praticadas por docentes, investigadores e demais funcionários e agentes”<sup>527</sup>.

Estas, como as demais formas de autonomia, são legalmente conformadas, sendo exercitáveis nos limites desta. No plano normativo, a definição do regime jurídico

---

<sup>521</sup>. Alain di Stefano, *La Participation des Fonctionnaires Civils a la Vie Politique*, Bibliothèque de Droit Public, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1979, p. 33.

<sup>522</sup>. Louis Favoreu e Loïc Philip, *les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7.<sup>e</sup> édition, 1993, collection Droit Public, Sirey, p. 579, dando conta da jurisprudência do Conselho Constitucional na matéria.

<sup>523</sup>. Cfr. artigos 3.º, n.º 2, e 5.º, n.º 1, da Lei n.º 108/88, de 24 de Setembro. Inclui aspectos como a sua estrutura orgânica, cursos, planos curriculares, grau académico, “formas de recrutamento de docentes [e] acesso de alunos”. Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 373.

<sup>524</sup>. Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada* 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1993, pp. 373 e 374.

<sup>525</sup>. A que se refere o artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 108/88, de 24 de Setembro (“Lei da Autonomia Universitária”).

<sup>526</sup>. No sentido da falta de assento constitucional da autonomia universitária, cfr. Rute Leitão, “A autonomia disciplinar das Universidades: Uma autonomia a descobrir, uma avaliação a fazer (Estudo sobre a consolidação da legislação do ensino superior: avaliação e revisão da legislação em vigor, de 2003)”, *Legislação, Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 37, Abril-Junho, 2004, INA, p. 28.

<sup>527</sup>. Cfr. artigo 9.º da Lei n.º 108/88, de 24 de Setembro.

disciplinar aplicável aos estudantes tem de fazer-se considerando as reservas de competência legislativa em matéria de “[d]ireitos, liberdades e garantias” e do “[r]egime geral de punição das infracções disciplinares” (artigo 165.º, n.º 1, alíneas b) e d), da CRP), mas preservando também a autonomia estatutária<sup>528</sup>. Daí previsão legal de que o regime jurídico disciplinar dos estudantes “deve ser definido por lei”, “sob proposta do Conselho de Reitores” e do “Conselho dos Institutos Superiores Politécnicos”, após audição das estruturas representativas dos estudantes”<sup>529 530</sup>. A que se ajusta a “liberdade de conformação estatutária legalmente conferida quanto à criação de órgãos com competência disciplinar e à definição das competências para o exercício da acção disciplinar e decisão dos respectivos processos”<sup>531</sup>, sem prejuízo, naturalmente dos limites legais<sup>532</sup>.

---

<sup>528</sup>. J. Casalta Nabais, “Considerações sobre a autonomia financeira das universidades portuguesas”, cit., pp. 332 e 336, nota 30 (A autonormação inclui, *in primis*, de regulamentações primárias, “como sejam - por exemplo, no referente às ordens profissionais - os domínios deontológicos e disciplinar sempre que se trate de impor deveres ou cominar sanções que não afectem direitos fundamentais, pois de contrário, esbarrar-se-á com o artigo 165.º, n.º 1, al. b), da Constituição”) e Vital Moreira, Administração Autónoma e Associações Públicas, Coimbra Editora, 1997, p. 194 (“Um dos traços típicos da auto-administração corporacional é a autonomia disciplinar, isto é, a capacidade de definir e ou julgar as infracções às leis e aos regulamentos e aplicar as competentes sanções aos membros da colectividade ou agrupamento auto-administrado.”)

<sup>529</sup>. De acordo com o artigo 9.º, n.º 2, da LAU, e artigo 47.º, n.º 1, da Lei n.º 54/90, de 5 de Setembro.

O regime disciplinar consta do Decreto n.º 21160, de 1 de Abril de 1932, republicado com rectificações em 11 de Maio de 1932. A Assembleia da República, através da Resolução n.º 31/2003, de 24 de Abril, recomendou ao Governo que sejam “contactadas as instituições representativas dos estabelecimentos do ensino superior e dos estudantes do ensino superior para que o Governo possa, no mais curto espaço de tempo possível, legislar sobre o regime disciplinar dos estudantes do ensino superior”.

<sup>530</sup>. Na mesma linha, o artigo 14.º da proposta (para uma nova lei de autonomia das Universidades Públicas) da Universidade do Porto estabelece que “o regime disciplinar aplicável aos estudantes é definido por lei, proposta pelo Conselho de Reitores das Universidades Portuguesas e sujeita [a lei e não a proposta] a audição das estruturas representativas dos estudantes”; o artigo 25.º, n.º 3, do “Anteprojecto de Lei de Autonomia das Universidades Públicas”, do Conselho de Reitores da Universidade Portuguesa, e o artigo 11.º, n.º 2, da Proposta de Lei n.º 79/IX, estabelecem que “o regime disciplinar aplicável aos estudantes é definido por lei” e o artigo 26.º, n.º 2, do Projecto de Lei n.º 344/IX, que é “definido por lei, sob proposta do Conselho dos Reitores das Universidades Portuguesas e do Conselho dos Presidentes dos Institutos Superiores Politécnicos sujeito à audição das estruturas representativas dos estudantes”. Cfr. texto das normas in Rute Leitão, “A autonomia disciplinar das Universidades: Uma autonomia a descobrir, uma avaliação a fazer (Estudo sobre a consolidação da legislação do ensino superior: avaliação e revisão da legislação em vigor, de 2003)”, Legislação, Cadernos de Ciência de Legislação, n.º 37, Abril-Junho, 2004, INA, p. 48.

<sup>531</sup>. Parecer da PGR n.º 74/2002, in DR., II Série, n.º 118, de 22 de Maio de 2003, p. 7814.

Os artigos 17.º, n.º 2, e 47.º, n.º 2, da Lei n.º 54/90, de 5 de Setembro, suportam o enunciado no texto, relativamente aos institutos politécnicos, sendo o mesmo aplicável às universidades por força da sua autonomia estatutária (artigo 76.º, n.º 2, da CRP e artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 108/88, de 24 de Setembro).

Nas palavras de Francesco Merloni, “a autonomia das universidades deve comportar uma forte área de diferenciação das soluções organizativas”. Cfr. “Autonomia, responsabilità, valutazione nella disciplina delle università e degli enti di ricerca non strumentale”, Diritto Pubblico, n.º 2/2004, Ano X (2004), n.º 2, Maggio-

Relativamente ao exercício do poder disciplinar, nas universidades, há-de caber aos seus órgãos executivos, como assim o determina a sua integração na administração autónoma ou o seu especial estatuto de autonomia. O poder punitivo, independentemente da sanção a aplicar, não deve, pois, ser legalmente cometido ao Governo, nem caber a este a apreciação, em sede de recurso tutelar, das decisões disciplinares tomadas relativamente aos alunos<sup>533</sup>.

No interior das universidades, à semelhança do que se verifica no Estado-Administração, e outras pessoas colectivas públicas, também aí o poder disciplinar deve estar repartido. O exercício racionalizado e eficiente do poder não aconselha a concentração no senado de cada uma das universidades, funcionando em secção permanente e sendo composta por representantes de todos os corpos<sup>534</sup>, do poder de instaurar procedimento e do poder de punir, quer os estudantes, quer os funcionários, de cujas deliberações só caberia então recurso judicial (sem prejuízo da reclamação). Daí que nas propostas de alteração do lei da autonomia dos estabelecimentos de ensino superior público<sup>535</sup> se exclua a competência disciplinar para instaurar procedimento e a competência primária punitiva do senado, remetendo a sua intervenção para decidir os recursos que das respectivas decisões sejam interpostos.

Considerando a autonomia universitária, as competências de admissão e contratação, o carácter unipessoal e colegial dos órgãos, a proximidade da conduta infractora, os valores da eficácia e da imparcialidade no exercício do poder disciplinar, a repartição de competências poderia fazer-se nos seguintes termos:

- a) Ser cometida a competência para o exercício da acção disciplinar ao presidente e ao conselho directivo, da Faculdade, respectivamente, sobre os alunos e sobre os funcionários.

---

Agosto, 2004, p. 617.

<sup>532</sup>. Que, no caso das universidades, confere o poder de punir ao senado das universidades (artigo 25.º, alínea i), da Lei n.º 108/88, de 24 de Setembro).

<sup>533</sup>. Cfr. artigo 9.º, n.º 3, da LAU: “Das penas aplicadas ao abrigo da autonomia disciplinar há sempre direito de recurso, nos termos da lei.”

<sup>534</sup>. Cfr. artigos 24.º, n.º 5, e 25.º, alínea i), da LAU.

<sup>535</sup>. Cfr. a análise destas propostas in “Autonomia disciplinar das Universidades: Uma autonomia a descobrir, uma avaliação a fazer, ...”, de Rute Leitão, cit., pp. 47 a 57 e 61.



- b) Atribuir a competência para aplicar sanção disciplinar aos alunos e funcionários, respectivamente, ao conselho directivo e ao reitor.
- c) Cometer a competência para decidir os recursos interpostos das decisões daqueles, respectivamente, para o reitor e para o senado.

Do ponto de vista do exercício do poder disciplinar, importa registar a relevância na organização de um justo procedimento disciplinar da liberdade de aprender (parâmetro subjectivo) e do mesmo na perspectiva de “potenciar o conteúdo objectivo da liberdade de aprender”<sup>536</sup>.

#### **§ 4 – As relações jurídico-laborais privadas**

##### **1. O fundamento e as funções do Direito disciplinar nas relações laborais estabelecidas com um empregador privado**

No desenvolvimento de uma determinada actividade ou na prossecução de um determinado objectivo, os sujeitos recorrem à colaboração de outros, obtendo a prestação de um serviço, o exercício de uma actividade ou a disponibilidade da força de trabalho. Os particulares fazem-no no exercício de um direito fundamental, o da liberdade de iniciativa privada, quer da liberdade de contratar, quer da liberdade de iniciativa económica privada – designadamente, no campo da produção e do comércio, individualmente e associados com outros ou em forma societária –, ou mesmo no âmbito da liberdade de escolha e exercício de profissão (artigos 61.º, 26.º e 47.º, n.º 1, da CRP)<sup>537</sup>. A iniciativa económica privada – traduzida no poder de iniciar uma actividade (“direito à empresa, liberdade de criação de empresa”), de a exercer, organizar e gerir – “exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral”, portanto, de forma não absoluta, mas com restrições e condicionamentos (artigo 61.º, n.º 1, e artigos 64.º, n.º 3,

---

<sup>536</sup>. “Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização”, Separata do vol. LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 19.

<sup>537</sup>. Carlo Lega, *Il Potere Disciplinare del Datore di Lavoro*, Milano, cit., pp. 13, 14, 17 e 18.

A liberdade de iniciativa privada, localizada sistematicamente no Título III da Constituição, entre os “Direitos e deveres económicos, sociais e culturais”, é, sem prejuízo, um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, por avultar nele a dimensão de direito negativo ou de defesa - Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 326.

alínea d), 87.º, n.ºs 2 e 3, 91.º e segs. e 100.º da CRP)<sup>538</sup>. Os direitos dos trabalhadores, o respeito dos direitos e liberdades garantidos constitucional e legalmente aos trabalhadores constituem um dos limites à ampla liberdade dispositiva do empreendedor privado<sup>539</sup>.

No domínio privado da contratação do trabalho de outrem, temos, assim, por um lado, os direitos do empregador, entre os quais, o direito à iniciativa económica privada e o direito à propriedade privada (artigo 61.º, n.º 1, e artigo 62.º, n.º 1, da CRP) e os respectivos interesses privados e, por outro lado, o direito ao trabalho e outros direitos fundamentais do trabalhador, como sejam o direito à tutela da sua integridade psico-física, à sua dignidade e liberdade e o direito à retribuição (artigos 58.º e 59.º da CRP<sup>540</sup>)<sup>541</sup>.

O empregador, para desenvolver a “actividade organizada” a que se dedica, para satisfazer os respectivos objectivos e necessidades, de forma mais imediata, para obter as instrumentais disponibilidade da força de trabalho ou prestação de trabalho em certos moldes, acorda com outros sujeitos a respectiva obtenção. Segundo o modelo típico do trabalho juridicamente subordinado, o trabalhador obriga-se: (1) à prestação de trabalho - determinada actividade produtora de um bem e/ou serviço; (2) a prestá-lo ao sujeito empregador ou quem este indicar; (3) a desenvolver a prestação sob a sua direcção, nas condições (de tempo, espaço e de recursos ou instrumentos) e nos termos (no uso de certas

---

<sup>538</sup>. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 327.

<sup>539</sup>. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 327, e Carlo Lega, *Il Potere Disciplinare del Datore di Lavoro*, cit., p. 17.

A autonomia privada não está isenta de limites, seja na liberdade de contratar seja na determinação do seu conteúdo. Vinculam-na directa e imediatamente os direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 1, da CRP), parametrizam-na outros direitos fundamentais e os princípios da organização socio-económica também constitucionalmente definidos. Em sentido similar, Carlo Lega, *Il Potere Disciplinare del Datore di Lavoro*, Milano, cit., pp. 26 e segs.

<sup>540</sup>. E artigos 15.º e segs. do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto.

<sup>541</sup>. Carlo Lega, *Il Potere Disciplinare del Datore di Lavoro*, cit., p. 8, e Pedro Romano Martinez, “Poder de direcção: âmbito. Poder disciplinar: desrespeito de ordens. Comentário ao Acórdão do STJ de 20 de Outubro de 1999”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Agosto-Dezembro, 2000, Ano XLI (XIV da 2.ª Série), n.ºs 3 e 4, p. 405. Na anotação, o autor analisa a exigência imposta pelo empregador ao trabalhador de fazer a barba à luz dos direitos fundamentais do empregador e dos direitos de personalidade do trabalhador. Observa que, sendo os “direitos em confronto iguais e da mesma espécie – são, em qualquer dos casos, direitos fundamentais reconhecidos na Parte I da Constituição -, há uma colisão de direitos, devendo os respectivos titulares (trabalhador e empregador) ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem detrimento para qualquer das partes (art. 335.º, n.º 1, CC)”. Nesta medida, a exigência há-de ter “uma justificação plausível, e evidentemente lícita, no seio empresarial, não podendo constituir uma forma de discriminação, que poria em causa o princípio da igualdade” (p. 406).

técnicas, métodos e preferência por certa tarefa) ordenados pelo empregador; (4) e, bem assim, sob a correspondente autoridade.

O empregador dispõe, nos termos correspondentes, de um conjunto de poderes em face do trabalhador, mediatizadores da sua capacidade de agir, de impor e de exigir. São poderes ordenados à realização dos seus interesses (privados)<sup>542</sup>. A sua qualificação doutrinária – e a delimitação do seu conteúdo – é vária, a partir dos dados do ordenamento positivo<sup>543</sup>. Tais poderes podem, no entanto, ser reconduzidos a duas grandes categorias: o poder directivo e o poder disciplinar, captados na própria noção de contrato de trabalho como

---

<sup>542</sup>. Carlo Lega, *Il Potere Disciplinare del Datore di Lavoro*, cit., p. 18.

<sup>543</sup>. António Monteiro Fernandes destaca que a posição da entidade patronal “caracteriza-se, latamente, por um poder de direcção legalmente reconhecido”, o qual se desdobra em quatro poderes: (1) “um poder determinativo da função” ou de individualização do posto de trabalho; (2) “um poder conformativo da prestação” ou de determinação do “modo de agir do trabalhador”, nos “limites... da função previamente determinada”; (3) “um poder regulamentar” ou de editar “um conjunto de regras básicas” relativas à organização e à disciplina do trabalho, “que uniformizam processos, critérios e directrizes de funcionamento, dentro das exigências globais da empresa”; (4) e “um poder disciplinar que define como a faculdade de o empregador “aplicar internamente, sanções aos trabalhadores ao serviço cuja conduta conflitue com os padrões de comportamento da empresa ou se mostre inadequada à correcta efectivação do contrato” - *Direito do Trabalho*, 11.ª edição, 1999, Almedina, pp. 250 e segs.

Bernardo da Gama Lobo Xavier considera que a “LCT atribui à entidade patronal três poderes fundamentais em matéria de gestão (...) do contrato de trabalho” e no quadro da sua “posição dominante que assume relativamente à organização de pessoas e bens em que se analisa a empresa”: (1) o poder directivo como poder de “definição dos termos do exercício da prestação de trabalho”, quanto à “modalidade”, “localização topográfica” e “localização temporal” - ao mesmo reconduzindo, embora refira que têm mais a ver com a “autoridade” do que com a “direcção”, os poderes de inspecção, de superintendência (“correção, reorientação e encaminhamento relativamente à prestação do serviço”) e de coordenação (organização, harmonização e conjugação) - das prestações de trabalho dos vários trabalhadores; (2) o poder disciplinar, que define como o poder de “predispôr e aplicar medidas coactivas adequadas (sanções disciplinares) aos trabalhadores cuja conduta prejudique ou ponha em perigo a empresa ou não seja adequada à correcta efectivação dos deveres contratuais” e (3) o poder regulamentar (*Curso de Direito do Trabalho*, Verbo, pp. 342 e segs).

Carlo Lega Carlo Lega reconduz a dois os vários poderes distinguíveis do empregador: o poder de “comando” e o poder disciplinar, admitindo a sua sistematização apenas sob a designação de poder de comando, fraccionado em várias manifestações: (1) o poder directivo - as mais das vezes exercitado por meio de uma ordenação hierárquica do pessoal -, que define como o poder unilateral e receptício de determinar, seja por via de regulamentos internos, seja por via de actos individuais e concretos como as ordens de serviço, “as modalidades de execução” da prestação contratada - o que inclui uma obrigação de lealdade e de adopção de uma dada conduta privada -; (2) o poder organizativo, antecedente e, nessa medida, autonomizável da dinâmica da empresa; (3) o poder de conformação ou pré-ordenação do conteúdo concreto das prestações individuais dos trabalhadores; (4) e o poder disciplinar, o qual define, numa acepção ampla, como *o poder de adoptar todas as providências que garantam ao empregador a regular execução da prestação, o que inclui o poder de controlo, de accertamento e ou de supervisão, com a possibilidade de correção e reorientamento da prestação do trabalhador*” (itálico nosso). O autor defende um conceito amplo de poder disciplinar, considerando que não é possível sancionar sem o apoio do poder de controlo num sentido genérico - *Il Potere Disciplinare del Datore di Lavoro*, cit., pp. 35 a 38.

aquele em que uma pessoa se obriga a prestar a sua actividade sob a direcção e a autoridade de outro ou outras pessoas, mediante retribuição<sup>544</sup>. O poder de direcção consiste no poder de fixar, dentro dos limites legais e convencionais, seja por via individual e concreta, seja por via geral e abstracta ou geral e concreta, “os termos em que deve ser prestado o trabalho” (artigo 150.º do Código do Trabalho)<sup>545</sup>.

O poder disciplinar consiste na possibilidade de o empregador controlar e exigir a conformidade da conduta do trabalhador à disciplina laboral, delimitada pelo contrato a cumprir, e de aplicar sanções pelas infracções correspondentes, fazendo repercutir no vínculo jurídico de emprego os respectivos efeitos. É, nesta medida, um direito potestativo, unilateral, tradutor da posição de autoridade do empregador e punitivo. O poder disciplinar numa relação de trabalho, atenta a noção de subordinação jurídica, é «uma das expressões mais directas da sujeição» respectiva, pelo que o é, «por natureza, e seja qual for o empregador» (Jean-Luc Crozafon)<sup>546</sup>.

Numa relação jurídica entre sujeitos privados, que prosseguem interesses privados, dispõem os mesmos de ampla capacidade dispositiva sobre o respectivo conteúdo e relacionam-se na base da paridade jurídica<sup>547</sup>, a possibilidade do empregador impor ao trabalhador sanções disciplinares confere-lhe uma posição de domínio que constitui uma garantia da relação de emprego - numa dualidade obrigacional e dominal -, fundamentalmente para o empregador, mas também para o trabalhador, como contrapartida da alienação do risco inerente ao trabalho (Maria do Rosário Ramalho)<sup>548</sup>. Serve os “interesses [do empregador] na execução

---

<sup>544</sup>. Cfr. artigo 10.º do Código do Trabalho e artigo 1152.º do Código Civil.

<sup>545</sup>. Pode ser desdobrado no poder conformativo da prestação de trabalho, de concretamente a ordenar quanto ao modo e ao conteúdo, quanto ao lugar e quanto ao tempo (artigo 121.º, n.º 1, alínea d) e alínea i), última parte, e n.º 2, artigo 122.º, alínea e) a g), artigo 151.º, artigos 154.º a 317.º, 161.º, 164.º e 165.º, 170, 198.º e 314.º do Código do Trabalho) e no poder regulamentar traduzido no poder de elaborar ou editar “normas de organização e disciplina do trabalho” (artigo 153.º do Código do Trabalho).

<sup>546</sup>. “Le contrôle juridictionnel de la sanction disciplinaire dans l’entreprise et dans l’administration”, in *Droit Social*, Année 1985, p. 201.

<sup>547</sup>. Para além da natureza privada dos interesses prosseguidos (do empregador ou da empresa), o carácter privado do poder disciplinar laboral resulta do facto de se enquadrar numa relação jurídica de direito privado, cujos sujeitos são de direito privado e por conferir ao empregador a possibilidade de aferir da prática da infracção disciplinar e de puni-la, pela aplicação de sanção disciplinar. Ver Maria do Rosário Ramalho, “Os limites do poder disciplinar laboral”, in *Estudos de Direito do Trabalho*, Vol. I, Almedina, 2003, pp. 182 e 183.

<sup>548</sup>. Em alternativa ao trabalho por conta própria. Ver “Os limites do poder disciplinar laboral”, in

do programa contratual”<sup>549</sup>, segundo o modo, tempo e local e enquadramento organizativo ou institucional que no caso couber.

Os trabalhadores obrigam-se, contratualmente, a uma relação de subordinação jurídica e ao trabalho, as mais das vezes, numa organização empresarial, na qual se inserem. Se a estrutura dessa organização é hierárquica, deve, naturalmente, respeitar a respectiva ordenação<sup>550</sup>. Sem prejuízo, o “poder disciplinar do empregador não converte a relação laboral numa relação hierárquica”<sup>551</sup>, mas garante o cumprimento do “programa contratual” que a implique. O “desnívelamento económico e organizativo” e o facto de o trabalhador “nela se inserir como parte de um todo” não afasta aqueles elementos (obrigacional e dominial), nem a disciplina privatística da relação, nem a correspectividade de direitos e deveres mútuos<sup>552</sup>.

As compreensões do poder disciplinar nas relações laborais têm assentado, fundamentalmente, em três perspectivas: a contratualista, a institucionalista ou institucional e a legalista. Para a leitura contratualista, a igualdade jurídica entre os sujeitos excluiria que, em sede disciplinar, intercedesse uma relação de supra/infra ordenação ou o exercício de um direito ou poder que não proviesse do acordo das partes<sup>553</sup>. O contrato é a origem e o fundamento do poder disciplinar, servindo este como a garantia do poder directivo e de

---

Estudos de Direito do Trabalho, cit., pp. 181 a 186, e. Paulo Otero, Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa, Coimbra Editora, 1992, p. 234 (: o poder disciplinar justifica-se “em razões de índole privada, assumindo natureza excepcional enquanto poder de autotutela dos particulares”, não sendo exercido “tendo em conta qualquer interesse público subjacente a uma concepção corporativista”).

<sup>549</sup>. A expressão é de Bernardo da Gama Lobo Xavier, que, relativamente ao trabalho numa “comunidade empresarial”, assinala que o poder disciplinar serve os interesses do programa contratual, acrescentando, no entanto, que também serve a “reafirmação do poder hierárquico na empresa e de prevenção geral relativamente a todos os trabalhadores”, assegurando a coesão de “uma comunidade de trabalho”. Curso de Direito do Trabalho, UCP, Verbo, pp. 329 e 330.

<sup>550</sup>. O contrato é o “lugar” da igualdade jurídica e, por isso, a hierarquia não entra no seu seio, mas pode envolvê-la ou ser por ele implicada (ou consequenciada).

<sup>551</sup>. A hierarquia, nota Paulo Otero, “encontra-se excluída do direito privado, dado este basear-se numa relação jurídica de igualdade entre as partes. Consequentemente, se no direito privado existem relações de supremacia/subordinação, elas decorrem de uma circunstância sociológica e não do ordenamento jurídico” (Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa, Coimbra Editora, 1992, p. 234).

<sup>552</sup>. Ver, v. g., artigos 119.º a 122.º do Código do Trabalho e Carlo Lega, *Il Potere Disciplinare del Datore di Lavoro*, cit., pp. 33 a 35.

<sup>553</sup>. Carlo Lega, *Il Potere Disciplinare del Datore di Lavoro*, cit., p. 8.

concretização da indeterminação da prestação de trabalho<sup>554</sup>, em geral, do cumprimento dos deveres (principais e acessórios ou secundários) contratuais<sup>555</sup>. A compreensão institucionalista explica o poder disciplinar pelas exigências de estruturação, coesão e bom funcionamento da organização empresarial, das quais cura o empregador, designadamente através do poder disciplinar. A existência de enquadramentos não empresariais do trabalho - de que constitui exemplo paradigmático, a relação de trabalho doméstico<sup>556</sup> - e a opção por uma explicação includente destas, depõem em desfavor da corrente institucional<sup>557</sup>.

O Direito do trabalho é um direito da vontade dos sujeitos que contratam, mas é também, num Estado Social de Direito, um direito da vontade do legislador. Invocando esta premissa e o facto de a lei afirmar<sup>558</sup> que a “entidade patronal tem poder disciplinar sobre todos os trabalhadores que se encontram ao seu serviço” – ou, agora, que o “empregador tem poder disciplinar sobre o trabalhador que se encontre ao seu serviço, enquanto vigorar o contrato de trabalho”<sup>559</sup> -, Bernardo da Gama Lobo Xavier defende que “o fundamento do poder disciplinar está na lei ... e se estabelece com o contrato”<sup>560</sup>. Ou seja, a fonte da

---

<sup>554</sup>. Quanto às finalidades referidas pela orientação contratualista, cfr. Maria do Rosário Ramalho, “Os limites do poder disciplinar laboral”, in *Estudos de Direito do Trabalho*, cit., p. 183.

<sup>555</sup>. Neste sentido, Pedro Romano Martinez. Caracteriza a responsabilidade disciplinar como uma forma de responsabilidade contratual e funda o poder disciplinar no contrato. Sem prejuízo, nota, por um lado, que “nela encontram-se igualmente aspectos punitivos que não caracterizam a responsabilidade civil, mas sim a penal” (*Direito do Trabalho*, 2.<sup>a</sup> edição (reformulada e adaptada ao Código do Trabalho, Almedina, 2005, pp. 603 a 605) e, por outro lado, acaba por falar “numa particular estrutura contratual” como fundamento do poder disciplinar, dado pela “a inserção empresarial” da relação laboral (idem, pp. 612 e 613).

<sup>556</sup>. Enrico Gagnoli fala nas “relações de trabalho de tipo pessoal ou doméstico (...), em geral, naquelas não inerentes ao exercício da empresa” ou da actividade empreendedora, *Rapporto di lavoro pubblico e inquadramento professionale*, Cedam, 1992, p. 136.

<sup>557</sup>. Ver sobre as teses institucionalistas e contratualistas, António Lemos Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 1999, 11.<sup>a</sup> edição, Almedina, pp. 267 e 268.

<sup>558</sup>. No artigo 26.º, n.º 1, da LCT do Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969.

<sup>559</sup>. No artigo 365.º, n.º 1, do Código do Trabalho.

<sup>560</sup>. *Curso do Direito do Trabalho*, cit., p. 330.

A distinção entre origem do poder e a fonte do exercício do poder está também presente em Carlo Lega. Este autor atribui aos poderes do empregador “base hierárquica”, mas especifica que o seu exercício surge com a estipulação do contrato e é justificado pela organização do trabalho ordenada ao servido do mesmo - *Il Potere Disciplinare Del Datore di Lavoro*, cit., p. 34 e 39.

Maria do Rosário Palma Ramalho destaca a fonte legal do poder disciplinar, ao escrever que “o poder disciplinar é atribuído directamente pela lei ao empregador em todos os contratos de trabalho”, mesmo naqueles que são celebrados fora de um quadro empresarial e nos casos em que a organização do empregador “tem um carácter rudimentar”. *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Julho, 2006, p. 610.

legitimidade do poder é legal e este activa-se com o contrato. Esta leitura parece supor que se lei não dissesse que a entidade patronal tem poder disciplinar, seria ilegítimo que ela se arrogasse e exercesse esse poder, ou que a previsão contratual desse poder, se necessária, seria questionável na sua legitimidade.

O carácter redutor da leitura contratualista face às organizações empresariais (complexas) pede uma explicação mais abrangente. Será, nessa medida, insuficiente a justificação meramente obrigacional, circunscrita à garantia da prestação de trabalho, e excessiva e limitativa a explicação institucional<sup>561</sup>. Assim, faz sentido acentuar que o elemento de domínio de uma das partes, o sujeito empregador, permite-lhe exigir do trabalhador, que executa uma prestação não só sob a sua direcção mas também sob a sua autoridade, um «dever ser funcional» para além da estrita prestação laborativa principal e accionar um poder sancionatório *motu próprio*, com o reverso, para o trabalhador, de uma contrapartida ampla por parte do empregador e, desta feita, talhar por esta medida o fundamento do poder disciplinar<sup>562</sup>. Segundo a leitura exposta, o poder disciplinar no Direito laboral caracteriza o negócio jurídico concluído com a contratação do trabalhador. A previsão ou atribuição legal não substitui a sua concreta contratualização: as partes acordam na troca da «disponibilidade laboral» por salário e outras prestações remuneratórias, com os inerentes direitos e deveres mútuos. Entre este complexo, insere-se o poder de o empregador punir o trabalhador por desajustamento ao «programa contratual» a que se obrigou segundo a afectação dos interesses privados (do empregador e ou da empresa). Na sua liberdade de sujeito privado e flexibilidade propiciada pelos interesses que prossegue, não há lugar para qualquer perspectiva de deverosidade no exercício do poder. Este não é senão limitado

---

<sup>561</sup>. Quer para as doutrinas institucionalistas tradicionais, nas suas versões comunitaristas e autoritária, quer para a renovada doutrina institucionalista (Maria do Rosário Palma Ramalho, *Do fundamento do Poder Disciplinar Laboral*, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, pp. 349 a 409).

<sup>562</sup>. Maria do Rosário Palma Ramalho (com referência ao contrato de trabalho) entende que o poder disciplinar destaca-se da realidade da mera garantia do sinalagma obrigacional e ultrapassa a garantia de uma certa inserção institucional. Portanto, as suas infracções não “contemplam [só] as condutas com incidência na prestação laboral” (expressão última de Belén Marina Jalvo, pp. 50 e 51, nota 132).

António Lemos Monteiro Fernandes salienta que “não se pode explicar o poder de disciplina sem directa ligação à estrutura das relações de trabalho, tal como resultam do correspondente contrato” e que a disponibilidade da força de trabalho implicada abrange não apenas o trabalho estrito mas também os termos em que é prestado ou as condições do seu uso, pelo que o poder disciplinar se funda na necessidade de repor a disponibilidade contratada - *Direito do Trabalho*, 11.ª edição, 1999, cit., pp. 268 e 269.

negativamente. É ilícito se exercido (de forma nomeada, ou não) sem que tenha ocorrido violação culposa dos interesses do empregador e/ou da empresa, mas para prosseguir interesse contratualmente injustificado, alheio, laboral ou extra-laboral, incorrendo, então, o empregador em abuso de direito (artigo 334.º do Código Civil) e se exercido com violação do princípio da boa fé, como, por exemplo, para obstar ou reagir ao exercício de um direito pelo trabalhador<sup>563</sup>.

O poder disciplinar está, assim, “[n]as empresas... indissociavelmente ligado ao processo de organização do capital e do trabalho”, diverso na Administração Pública, por diferentes serem o «capital» disponível, os fins que lhe são constitucional e legalmente cometidos<sup>564</sup> e os critérios e ou formas de agir. Concretamente: i) a Administração “não se rege unicamente por critérios de eficiência e produtividade mas deve respeitar os princípios da legalidade, imparcialidade e outros valores constitucionais”<sup>565</sup>; ii) públicas, o poder é função da defesa de interesses heterónomos, os interesses públicos, comunitariamente relevantes, enquanto nas organizações privadas o poder é função da defesa de interesses que são próprios<sup>566</sup>, definidos pelos respectivos titulares<sup>567</sup>. “O fim institucional da Administração e os princípios rectores da sua actividade inspiram a organização administrativa e o regime da função pública. Em consequência, são os dois factores determinantes da peculiaridade dos deveres e a da consequente responsabilidade dos funcionários”<sup>568</sup>. O conjunto é mediatizado pela relação jurídica de emprego na qual radica o poder disciplinar. Sendo o “quadro de referência do poder disciplinar, constituem limites para o seu exercício e, consequentemente, garantias para os funcionários”, procurando “dar

---

<sup>563</sup>. Maria do Rosário Ramalho, “Os limites do poder disciplinar laboral”, in Estudos de Direito do Trabalho, cit., pp. 187 e 188, e artigo 374.º do Código do Trabalho.

<sup>564</sup>. João Caupers, Parecer elaborado no Processo n.º 76-DI-10, Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República, 1977, p. 124, e Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, cit., p. 55 (: O poder disciplinar, diz, “condicionado pela especificidade dos fins e funções da organização a que se aplica”).

<sup>565</sup>. Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, cit., pp. 50 e 51.

<sup>566</sup>. J. Suay Rincón *apud* Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, cit., p. 55, nota 155.

<sup>567</sup>. Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, cit., p. 55.

<sup>568</sup>. Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, cit., pp. 55 e 56.



uma resposta equilibrada aos interesses da Administração e às garantias de imparcialidade do funcionário”<sup>569</sup>.

A utilidade económico-social das organizações privadas (empresariais ou não) não a equipara à de uma pessoa colectiva pública, nem a influência dos princípios e institutos do Direito público corresponde a uma sua deslocação nem das correspondentes actividades entidades privadas nem das relações jurídicas que estabelece para a esfera do Direito administrativo. Não se trata, nota Carlo Lega, de atribuir à actividade privada a prossecução de fins de interesse geral ou de «proeminente interesse geral», mas de antes de reconhecer ou estabelecer limites ou de condicionar o seu exercício, assegurando que não se desenvolva contra esse interesse ou de “modo a causar dano à segurança, à liberdade e à dignidade humana”<sup>570</sup>. No caso do exercício de actividade de relevância pública, várias situações são possíveis (a actividade é exercida em nome próprio e no interesse próprio ou no interesse público ou no interesse de ambos, em que os interesses privados coincidem, ainda que mediatamente, com alguns interesses públicos)<sup>571</sup>.

A relação jurídica do trabalho a bordo de embarcações de comércio e de pesca, sendo disciplinada pelo Direito laboral privado, embora objecto também de “legislação especial”<sup>572</sup>, tem um “regime disciplinar público da vida a bordo”, justificado no interesse público da “segurança do tráfego comercial marítimo”. Aquele regime compreende, por um lado, a responsabilidade dos “passageiros de embarcações de comércio”, que deve ser tratada no âmbito do direito do transporte marítimo<sup>573</sup>. Por outro lado, compreende a responsabilidade disciplinar daqueles que nelas são trabalhadores e aqui, quer a natureza jus-privatística das suas relações de trabalho, quer o facto de as exigências funcionais a bordo não serem as próprias da Administração – sem prejuízo do interesse público da

---

<sup>569</sup>. Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionários Públicos*, cit., p. 56.

<sup>570</sup>. Carlo Lega, *Il Potere Disciplinare del Datore di Lavoro*, cit., pp. 28 a 31, *maxime*, pp. 31 e 32.

<sup>571</sup>. Feliciano Benvenuti, *Disegno della Amministrazione Italiana, Linee Positive e Prospettive*, cit., pp. 116 a 122.

<sup>572</sup>. Sem prejuízo, hoje, o artigo 11.º do Código do Trabalho dispõe que “[a]os contratos de trabalho com regime especial aplicam-se as regras gerais deste Código que não sejam incompatíveis com a especificidade desses contratos”.

<sup>573</sup>. Não obstante, não estão submetidos a “qualquer dever funcional” nem ao “respeito de uma hierarquia a bordo, que os não vincule” e, por isso, as “necessidades da permanência a bordo”, justificativas

“segurança do tráfego comercial marítimo” – não justificam uma “intervenção disciplinar pública”. Faz, pois, sentido, observar que, se as “particulares exigências de autoridade a bordo” justificam “particulares deveres a observar” por aqueles que nela trabalham, não reclamam “um regime disciplinar que extravase do campo laboral”<sup>574</sup>.

O poder disciplinar do empregador privado funda-se no contrato e destina-se a garantir o cumprimento do “programa contratual” pelo trabalhador. O Direito disciplinar regula o exercício do poder disciplinar na perspectiva da defesa equilibrada dos interesses de ambas as partes no contrato. A relação de emprego público nem sempre é titulada por contrato e não afasta um diferente «programa contratual» face à da relação de emprego privada e uma diferente limitação do empregador. O poder disciplinar do empregador público funda-se na relação jurídica de emprego (titulável por contrato ou acto administrativo) e existe para garantir de cumprimento pelo trabalhador das obrigações e deveres assumidos para com o empregador, determinados legal e ou contratualmente pelos fins e termos da organização do empregador público.

## **2. Manifestações de contratualização da matéria disciplinar no Direito do Trabalho**

Nesta linha, no Código do Trabalho, o poder disciplinar é significativamente tratado na Secção II (“Poder disciplinar”) do Capítulo VIII, relativo ao “incumprimento do contrato” do Título II (“Contrato de trabalho”) do Livro I (“Parte geral”)<sup>575</sup>. As manifestações de contratualização no domínio disciplinar são várias, a saber:

---

de “especiais exigências de ‘disciplina’” deverão ser tratadas no âmbito do direito do transporte marítimo.

<sup>574</sup>. No sentido do exposto, cfr. “Para Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante”, de Luís Duarte D’Almeida, António Lamego e Sónia Reis”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2002, pp. 759 e segs., *maxime*, pp. 785 e segs. A ênfase da natureza contratual das relações de trabalho não é, como parece estar implícito no discurso dos autores, sinónimo da sua qualificação jus-privatística. O contrato, administrativo ou privado, pode titular uma relação jurídica de emprego público.

Ver, ainda, Feliciano Benvenuti, Disegno della Amministrazione Italiana, Linee Positive e Prospettive, cit., pp. 117 e 118.

<sup>575</sup>. Em 1984, Monteiro Fernandes destacava a acção disciplinar como um instituto acolhido “de modo orgânico e estabilizado”, no “regime das relações individuais de trabalho”, de 1969, que não tinha paralelo, em termos de “tratamento legislativo”, noutros países, mas aí antes objecto de tratamento doutrinário e na jurisprudência (Cfr. “A recente evolução do Direito do Trabalho em Portugal. Tendências e Perspectivas”, Revista Jurídica, n.º 3, Jan./Fev., 1984, AAFDL, p. 12; e a p. 15 refere-se à “interdição do despedimento individual sem justa causa disciplinar” como uma “originalidade”, “aliás gravada na Constituição, não obstante a inexistência de um genuíno consenso sobre a matéria”).

- a) O poder disciplinar do empregador é delimitado pelo período de vigência do contrato<sup>576</sup>.
- b) A infracção disciplinar constitui a falta culposa ao cumprimento dos deveres a que o trabalhador está obrigado por força do contrato<sup>577</sup>, independentemente da fonte da sua enunciação e sem que se cinjam à realização do trabalho<sup>578</sup>, deveres cuja violação culposa afecta a normalidade ou constância do vínculo laboral<sup>579</sup>.
- c) Ausência de tipicidade das infracções disciplinares e tipicidade aberta quando está em causa a aplicação da sanção disciplinar do “despedimento sem qualquer indemnização ou compensação”<sup>580</sup>.
- d) Quanto à vida pessoal e as suas convicções pessoais do trabalhador, o princípio é o da irrelevância. A sua consideração disciplinar só pode ocorrer se redundar em

---

Maria do Rosário Palma Ramalho crítica “a remissão ...[do] poder [disciplinar] para o capítulo relativo ao incumprimento do contrato de trabalho”, considerando que “o tratamento do poder disciplinar laboral a propósito do incumprimento do contrato de trabalho denuncia uma intenção de desqualificação ou secundarização deste poder” e que “parece confinar-se à dimensão patológica do vínculo, sendo, nessa medida, perspectivado como um poder residual e eventual do empregador”. Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais, Julho, 2006, p. 612.

<sup>576</sup>. Cfr. artigo 365.º, n.º 1, do Código do Trabalho: “Cessando o vínculo laboral, extingue-se o poder disciplinar, cabendo ao empregador o recurso ao regime da responsabilidade civil para exigir uma indemnização ou promover a aplicação de sanção disciplinar” – Pedro Romano Martinez, Direito do Trabalho, 2.ª edição (reformulada e adaptada ao Código do Trabalho), Almedina, 2005, p. 605.

<sup>577</sup>. Cfr. artigos 363.º, 121.º e 541.º, alínea e), do Código do Trabalho. À semelhança da LCT, o Código do Trabalho não contém uma definição expressa de infracção disciplinar, mas a mesma é inferível dos artigos citados, *maxime*, do artigo 363.º, onde se dispõe que se “uma das partes faltar culposamente ao cumprimento dos seus deveres torna-se responsável pelo prejuízo causado à outra parte”. O incumprimento do empregador é referido aos créditos emergentes do contrato de trabalho pertencentes ao trabalhador e o incumprimento do trabalhador analisado sob a perspectiva disciplinar (cfr. estrutura e preceitos do Capítulo VIII do Título II do Livro I do Código do Trabalho).

<sup>578</sup>. Os deveres dos trabalhadores são todos aqueles delimitados pela vinculação das partes por um contrato de trabalho, *maxime*, deveres “inerentes à realização do trabalho” e deveres relativos à inserção organizacional do trabalhador. Quanto a estes deveres, cfr. Mário Pinto, Pedro Furtado Martins e António Nunes de Carvalho, Comentário às Leis do Trabalho. Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho, Vol. I, Lex, Lisboa, 1994, p. 141, e Maria do Rosário Ramalho, Direito do Trabalho, Parte II, cit., pp. 624 a 627 (é necessário que o empregador “logre estabelecer o nexo directo entre ... os comportamentos [sancionáveis] e o contrato, para que eles possam relevar em contexto disciplinar” – p. 627).

<sup>579</sup>. Maria do Rosário Palma Ramalho, Direito do Trabalho, Parte II, cit., p. 622.

<sup>580</sup>. Cfr. artigo 366.º e 369.º do Código do Trabalho. Constitui justa causa de despedimento “o comportamento culposos do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho” (artigo 396.º, n.º 1, do Código do Trabalho), “nomeadamente” os “comportamentos do trabalhador” elencados no n.º 3 do citado artigo 396.º.

incumprimento dos deveres contratuais e em prejuízo para os interesses da empresa ou “interesses de gestão do empregado”<sup>581</sup>.

- e) Elenco aberto das sanções disciplinares: inclui, para além das previstas na lei<sup>582</sup>, as “fixadas em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho”<sup>583</sup>.
- f) O poder disciplinar perspectivado e funcionalizado aos interesses privados do empregador não se coaduna com a “amnistia pública das sanções disciplinares”, porque, sem prejuízo de constituir um instrumento de protecção do trabalhador, redundaria numa «invasão» excessiva da esfera de acção do empregador<sup>584</sup>. Do mesmo modo, a plenitude do controlo jurisdicional nunca pode redundar na substituição do empregador na determinação da sanção disciplinar a aplicar<sup>585</sup>.

---

<sup>581</sup>. São, por exemplo, os casos, indicados por Maria do Rosário Ramalho, do “trabalhador que utilize as instalações da empresa para prosseguir uma actividade profissional privada fora das horas de trabalho”, ainda que não afecte a prestação de trabalho a que está obrigado ou entre em concorrência com ela, assim como é o caso do trabalhador que assedie outro colega de trabalho ou inferior hierárquico - Maria do Rosário Ramalho, “Os limites do poder disciplinar laboral”, in *Estudos de Direito do Trabalho*, cit., pp. 190 e 191, e *Direito do Trabalho*, Parte II, cit., pp. 622 e 627.

<sup>582</sup>. Cfr. artigo 366.º do Código do Trabalho.

<sup>583</sup>. Cfr. artigo 363.º do Código do Trabalho. Entre os exemplos que costumam ser apresentados figuram a despromoção do trabalhador, a diminuição da retribuição e a transferência por motivos disciplinares. Cfr. Mário Pinto, Pedro Furtado Martins e António Nunes de Carvalho, *Comentário às Leis do Trabalho. Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho*, Vol. I, Lex, Lisboa, 1994, p. 136. Sobre a transferência, Maria do Rosário Ramalho entende que não é aceitar porque “colide com o direito do trabalhador à inamovibilidade (artigo 122.º, alínea f), do CP)”.

Cremos que o limite à criação de sanções disciplinares e ao agravamento de outras em sede de regulamentação colectiva é dado pela reserva de lei em matéria de restrições aos direitos, liberdades e garantias, em cuja categoria não se insere o direito à inamovibilidade do trabalhador.

Na exposição de motivos da “Proposta de Código de Trabalho”, assinalam-se como alterações significativas a “[p]revisão da sanção disciplinar de perda de dias de férias, sem prejuízo de um período mínimo de vinte dias de férias” e o “[a]umento dos limites máximos de algumas sanções disciplinares aplicáveis ao trabalhador, como a suspensão do trabalho com perda de retribuição e de antiguidade”. Cfr. aquele texto in *Código do Trabalho Anotado*, 4.ª edição, de Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray e Luís Gonçalves da Silva, p. 30.

Bernardo Lobo Xavier caracteriza o poder disciplinar não só como o poder de “aplicar medidas coactivas adequadas (sanções disciplinares)”, como também o poder de as “predispôr” - *Curso de Direito do Trabalho*, cit., pp. 329 e 330.

<sup>584</sup>. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho*, Parte II, cit., p. 624, e Pedro Romano Martinez *Direito do Trabalho*, cit., pp. 605 a 607 (sustenta, por apelo à liberdade de iniciativa empresarial, que o poder disciplinar é um poder discricionário, não funcional, do empregador; o que exclui, por exemplo, por princípio, a amnistia de infracções disciplinares no âmbito das empresas públicas ou de capitais públicos, ou, pelo menos, de certas empresas públicas).

<sup>585</sup>. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho*, Parte II, cit., p. 624.

- g) Menor condicionamento legal do poder disciplinar do poder de instaurar procedimento disciplinar e do poder de punir, seja na vertente negativa de não instaurar e de não punir, seja na vertente de punir diferentemente. A discricionariedade no exercício do poder disciplinar<sup>586</sup> funda-se na liberdade de gestão do empregador (dos seus próprios interesses), sendo substantivamente parametrizada pelos limites jurídicos da boa fé, do abuso do direito<sup>587</sup> e do princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio<sup>588</sup>. São, neste quadro, atendíveis como legítimos critérios de diferenciação, critérios que com reserva são perspectivados no emprego público. Por exemplo, o empregador privado pode deixar de punir um trabalhador tendo em conta a importância do trabalhador na organização.
- h) O prazo geral de prescrição é curto (quando comparado com os legalmente previstos no Estatuto Disciplinar dos funcionários públicos e agentes, de 1984): independentemente do conhecimento, a infracção prescreve no prazo de um ano a contar da prática da infracção<sup>589</sup>, “salvo se os factos constituírem igualmente crime, caso em que são aplicáveis os prazos prescricionais da lei penal”<sup>590</sup>.

---

<sup>586</sup>. Cfr. artigo 366.º, n.º 1, do Código do Trabalho.

<sup>587</sup>. Cfr. artigo 334.º do Código Civil.

<sup>588</sup>. Cfr. artigo 13.º da CRP. A prática disciplinar da empresa ou o anterior exercício do poder disciplinar podem ajudar a apreciar o carácter eventualmente abusivo de uma sanção disciplinar ou relevar para aferir da convicção do trabalhador de que o seu comportamento não constituía infracção disciplinar ou não justificava um sanção disciplinar tão gravosa. Cfr. João Massano, O Processo Disciplinar, Seminário sobre Direito do Trabalho, s/data, texto policopiado, pp. 14 e 15, e Maria do Rosário Palma Ramalho, Direito do Trabalho, Parte II, cit., pp. 633 e 634, com destaque para a referência ao “desenvolvimento jurisprudencial da “ideia de *coerência disciplinar*” – itálico no original).

Pedro Romano Martinez salienta que o princípio da igualdade só funciona como limite ao exercício do poder disciplinar, porque obsta à mudança de prática anterior que seja determinada por razões persecutórias. Refere que a “discricionariedade e a igualdade têm de ser enquadradas no exercício do poder de gestão e da liberdade que lhe é inerente”, do mesmo modo que o recurso (pertinente) à figura do abuso do direito (Direito do Trabalho, cit., pp. 605 a 607).

<sup>589</sup>. “Assim, o início do procedimento disciplinar terá de ter lugar no ano subsequente ao momento da prática da infracção e nos sessenta dias seguintes àquele em que a entidade patronal teve conhecimento da infracção e do seu autor” - cfr. Mário Pinto, Pedro Furtado Martins e António Nunes de Carvalho, Comentário às Leis do Trabalho, cit., p. 157.

<sup>590</sup>. Cfr. artigo 372.º do Código do Trabalho. Na exposição de motivos da “Proposta de Código de Trabalho”, assinala-se como alteração relevante a “[f]ixação da regra segundo a qual o prazo de prescrição do procedimento disciplinar é igual ao previsto na lei penal sempre que o facto constitua crime”. Cfr. aquele texto in Código do Trabalho Anotado, 4.ª edição, de Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray e Luís Gonçalves da Silva, p. 30.

- i) O prazo para iniciar o procedimento disciplinar é de sessenta dias após o conhecimento da infracção e da identidade do trabalhador, pelo empregador ou pelo superior hierárquico, o qual é também inferior aos previstos para os trabalhadores da função pública, tanto mais que para estes não existe a distinção clara deste prazo em face do anterior.
- j) São igualmente bem mais longos os prazos (variáveis) de prescrição das sanções disciplinares face ao prazo previsto no Código de Trabalho<sup>591</sup>.
- k) Maior agilidade e informalidade do procedimento disciplinar<sup>592</sup> comparativamente com o procedimento administrativo disciplinar<sup>593</sup>: a elaboração de nota de culpa não pressupõe necessariamente a realização de diligências investigatórias prévias, mas apenas no caso de “despedimento por facto imputável ao trabalhador”, se for “necessário fundamentar a nota de culpa”; o “procedimento prévio de inquérito” só interrompe os prazos de prescrição se “iniciado e conduzido de forma diligente” e se não mediar “mais de trinta dias entre a suspeita de existência de comportamentos irregulares e o [seu] início, nem entre a sua conclusão e a notificação da nota de

---

<sup>591</sup>. O prazo é de 90 dias, previsto no artigo 373.º do Código do Trabalho.

<sup>592</sup>. Cfr. artigos 371.º e 411.º a 415.º do Código do Trabalho.

<sup>593</sup>. Apesar da evolução no sentido da procedimentalização do exercício do poder punitivo.

O Decreto-Lei n.º 47032, de 27 de Maio de 1966 introduziu algumas regras disciplinadoras do exercício do poder disciplinar, como, por exemplo, a obrigatoriedade de comunicar ao trabalhador a intenção de despedimento e os respectivos factos justificativos. O Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969, ajustou-lhe o direito de audiência prévia do trabalhador e o direito de reclamação da decisão punitiva para o superior hierárquico, para a “comissão disciplinar partitória” e para a “comissão corporativa”. O Decreto-Lei n.º 292/75, de 16 de Junho, tornou a aplicação da sanção disciplinar do despedimento dependente de processo escrito; densificou o direito de audiência prévia do trabalhador, em face de uma nota de culpa discriminativa dos factos que lhe são imputáveis, pela sua audição e pela possibilidade de requerer a realização de diligências probatórias necessárias à descoberta da verdade; introduziu a obrigatoriedade de consulta prévia à decisão do procedimento de instância representativa dos trabalhadores; consequenciou a inobservância de tais formalidades com a nulidade do procedimento, assim como a falta do próprio procedimento. O Decreto-Lei n.º 84/76, de 28 de Janeiro, manteve, fundamentalmente inalterado, aquele regime.

O Decreto-Lei n.º 841-C/76, de 7 de Dezembro, desenhou um procedimento para as infracções menos graves e um outro para as infracções mais graves, este último aperfeiçoado pela Lei n.º 48/77, de 11 de Julho.

Em 1984, António Monteiro Fernandes destacava precisamente como uma tendência da legislação sobre o despedimento individual emanada, “entre meados de 1975 e princípios de 1976”, o acentuar-se da “«processualização» do poder disciplinar, em termos que, de resto, flutuaram acentuadamente em sucessivas revisões legislativas, mas sem jamais resultar desfocada a particularidade de se lhe conferir relevância substancial – isto é, incidência dos vícios processuais na própria validade das medidas disciplinares, sem margem para suprimimento judicial”. Cfr. “A recente evolução do Direito do Trabalho em Portugal. Tendências

culpa”<sup>594</sup>; a nota de culpa apenas tem de ser escrita na hipótese de aplicação de uma sanção de despedimento<sup>595</sup>; é uma “declaração recipienda”, não se exigindo a notificação pessoal<sup>596</sup>.

- l) Possibilidade de suspensão do trabalhador, se a sua presença for “inconveniente”, pelo tempo que durar o procedimento mesmo e independentemente do tipo de sanção que convoca a sanção disciplinar<sup>597</sup>, salvaguardando-se, sem prejuízo, o pagamento da retribuição<sup>598</sup>.
- m) No processo judicial de impugnação da sanção disciplinar, “o trabalhador tem de provar a existência da relação laboral e que lhe foi aplicada uma sanção” e o empregador que a infracção praticada é reconduzível à sanção aplicada<sup>599</sup>.
- n) O decretamento da ilicitude do despedimento “com base em invalidade do procedimento disciplinar” não obsta à reabertura do mesmo, por uma única vez, “até ao termo do prazo para contestar, iniciando-se o prazo [prescricional] interrompido [com a notificação da nota de culpa] ...”<sup>600</sup>.

---

e Perspectivas”, Revista Jurídica, n.º 3, Jan./Fev., 1984, AAFDL, p. 14.

<sup>594</sup>. Cfr. artigo 412.º do Código do Trabalho.

<sup>595</sup>. Cfr. artigo 411.º, n.º 1, do Código do Trabalho.

<sup>596</sup>. Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 2.ª edição (reformulada e adaptada ao Código do Trabalho), Almedina, 2005, p. 609 e nota 2 da mesma página (“Assim, se o trabalhador muda de residência e não informa o empregador, tendo a nota de culpa sido enviada para a antiga morada e não sendo devolvida, considera-se que foi recebida (Ac. STJ de 1/4/1998, ...)”).

<sup>597</sup>. Maior garantia oferece a suspensão preventiva no procedimento disciplinar administrativo. Cfr. artigo 54.º do Estatuto Disciplinar de 1984.

<sup>598</sup>. Cfr. artigos 371.º, n.º 3, e 417.º, n.º 1, do Código do Trabalho. No âmbito da “cessação do contrato”, na “Exposição de Motivos da Proposta de Código do Trabalho”, é assinalada a “[p]ossibilidade de suspensão preventiva do trabalhador sem perda de retribuição, trinta dias antes da notificação da nota de culpa, desde que o empregador, por escrito, justifique que, tendo em conta indícios de factos imputáveis ao trabalhador, a sua presença se mostre inconveniente”. Cfr. aquele texto in *Código do Trabalho Anotado*, 4.ª edição, de Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray e Luís Gonçalves da Silva, p. 31.

<sup>599</sup>. Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 611 e 612.

Sobre a constitucionalidade da “imposição de o direito de impugnação judicial de [sanção disciplinar outra que não a de despedimento] ter de ser exercido, sob pena de extinção por prescrição, durante a vigência de facto do contrato de trabalho” e “no prazo de um ano contado desde a data da comunicação da respectiva sanção”, ver Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 185/2004, processo n.º 422/03, de 23 de Março de 2004, in <http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaos/acordaos04/101-200/18504.htm>.

<sup>600</sup>. Cfr. “Exposição de Motivos da Proposta de Código do Trabalho”, in *Código do Trabalho Anotado*, 4.ª edição, cit., p. 31.

A dimensão contratual resulta também do peso das convenções colectivas de trabalho no tratamento da matéria disciplinar, as quais estabelecem “uma regulamentação detalhada sobre os aspectos substantivos e processuais do poder disciplinar”<sup>601</sup>. Quanto aos primeiros, destaca-se a criação de sanções disciplinares, modelação de outras previstas na lei, a fixação de regras sobre a sua determinação e a enunciação de deveres. Quanto aos segundos, densifica-se a tramitação procedimental (por exemplo, no sentido do alargamento dos prazos de defesa, da admissão de “defesa assistida em termos genéricos”) e reforça-se a “responsabilidade directa do empregador pela condução do processo disciplinar e pela sanção aplicada”<sup>602</sup>.

### **3. Garantias do trabalhador no exercício do poder disciplinar**

Os aspectos destacados denunciam a inserção contratual (privatística) do poder disciplinar na relação jurídica de trabalho privada. O poder disciplinar do empregador, sem prejuízo, é juridicamente limitado por várias garantias. Ao exercício do poder disciplinar no âmbito laboral privado, é observado, em regra, que lhe falta ou tem menor importância o “encadrement procédural de la procédure disciplinaire”<sup>603</sup>. A sua dimensão punitiva convoca, contrapõe-se, como limite ao respectivo exercício e garantia de defesa, o exercício processualizado do poder disciplinar<sup>604</sup>. Não obstante, a natureza privada dos interesses de ambas as partes (interesses contratuais e ou interesses da empresa e os interesses do trabalhador) e o facto de o poder disciplinar, no âmbito das empresas privadas, ser um instrumento de atendibilidade dos interesses empresariais e dos “riscos e custos inerentes ao

---

<sup>601</sup>. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Julho, 2006, p. 610.

<sup>602</sup>. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Julho, 2006, pp. 610, 615, 647 e 825.

<sup>603</sup>. Frédéric Laurie, “Faut-il mettre fin à l’imprescriptibilité des poursuites disciplinaires dans la fonction publique?”, in *Actualité Juridique de Droit Administratif*, n.º 22/2002, p. 1388.

<sup>604</sup>. Maria do Rosário Ramalho, “Os limites do poder disciplinar laboral”, in *Estudos de Direito do Trabalho*, cit., pp. 188 e 189, e Fausto de Quadros, *Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa*, Lisboa, 1974, pp. 80 e 81 (As exigências procedimentais ou a observância de certas formalidades são um instrumento de tutela dos interesses dos destinatários da actuação do poder ou que podem pela mesma ser afectados).



trabalho subordinado”<sup>605</sup>, justifica a ductilidade do processo<sup>606</sup>, a sua conformação através da autonomia colectiva e a intervenção das estruturas representativas dos trabalhadores.

Sem prejuízo das referidas maior agilidade e informalidade, a realização de um procedimento prévio à aplicação da sanção disciplinar constitui uma importante garantia do trabalhador. De destacar são também as seguintes garantias:

- a) O empregador não pode “suspender o pagamento da retribuição” durante a suspensão do trabalhador na pendência do procedimento disciplinar<sup>607</sup>;
- b) Obrigatoriedade de levar ao conhecimento da comissão de trabalhadores da empresa e da associação sindical pertinente, se o trabalhador for representante sindical ou membro da comissão de trabalhadores, da “intenção de proceder ao despedimento, juntando nota de culpa”<sup>608</sup>.
- c) Controlo do carácter abusivo da sanção disciplinar<sup>609</sup>.
- d) Sujeição da aplicação de sanção disciplinar aos princípios da proporcionalidade, da culpa e *non bis in idem*<sup>610</sup>.
- e) Garantia de audiência prévia do trabalhador<sup>611</sup>, cujo contraditório deve ser, consequentemente, garantido<sup>612</sup>.
- f) Garantia de reapreciação por “escalão imediatamente superior na competência disciplinar àquele que aplicou a sanção” ou por instância de “composição de

---

<sup>605</sup>. Maria do Rosário Ramalho, “Os limites do poder disciplinar laboral”, in Estudos de Direito do Trabalho, cit., p. 191.

<sup>606</sup>. O procedimento disciplinar a observar quando está em causa a aplicação da sanção disciplinar do despedimento por motivo imputável ao trabalhador é regulado nos artigos 411.º a 418.º do Código do Trabalho). Quanto às demais sanções, a previsão legal circunscreve-se à audição prévia do trabalhador, à possibilidade de “recurso”, à fixação de prazos para o exercício da acção disciplinar e à impossibilidade de suspender o pagamento da retribuição durante a suspensão do trabalhador (artigos 371.º e 372.º do Código do Trabalho).

<sup>607</sup>. Cfr. artigo 371.º, n.º 3, parte final, do Código do Trabalho.

<sup>608</sup>. Cfr. artigo 411.º, n.ºs 2 e 3, artigo 414.º, n.º 3, e 418.º, n.º 4, do Código do Trabalho.

<sup>609</sup>. Cfr. artigos 374.º e 375.º do Código do Trabalho, e Acórdão do STJ de 13 de Novembro de 1996, Processo n.º 63/96, in Acórdãos Doutrinários do STA, n.º 426, pp. 762 e segs.

<sup>610</sup>. Cfr. artigo 367.º, 366.º, parte inicial, 368.º, 392.º, n.º 2, e artigo 415.º, n.º 3, do Código do Trabalho.

<sup>611</sup>. Cfr. artigos 371.º, n.º 1, e 413.º e 414.º do Código do Trabalho.

<sup>612</sup>. Maria do Rosário Palma Ramalho, Direito do Trabalho, cit., p. 643.

conflitos”, prevista em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou na lei<sup>613</sup>.

- g) Para além dos prazos prescricionais e de caducidade para o exercício do poder disciplinar, acima referidos, regista-se a previsão da caducidade do direito de aplicar a sanção disciplinar de despedimento decorridos trinta dias sobre o termo da instrução<sup>614</sup> e do prazo prescricional de três meses para a aplicação de decisão disciplinar punitiva<sup>615</sup>.
- h) As sanções disciplinares que venham a ser aditadas ao elenco legal não podem afectar os “direitos e garantias gerais do trabalhador”<sup>616</sup>.
- i) Sendo duas as modalidades de procedimento disciplinar reconhecidas<sup>617</sup>, associadas às sanções conservatórias ou à sanção do despedimento, não é possível tramitado o procedimento mais simples para as primeiras, ser no termo do mesmo aplicado à segunda, sem prejuízo do aproveitamento de alguns dos seus actos<sup>618</sup>.

## **§ 5 – A relação jurídica disciplinar dos juízes e magistrados do Ministério Público**

### **1. A responsabilidade disciplinar dos juízes**

A resolução de um conflito por um tribunal pressupõe que o órgão assim designado reúna certas características, sem as quais não pode ser dito como tal. O tribunal tem de ser, na expressão do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, “estabelecido por lei”<sup>619</sup>. A lei em causa é, não apenas a relativa ao “estabelecimento e à competência dos órgãos judiciais” mas, também, a relativa ao estatuto de independência e imparcialidade dos juízes<sup>620</sup>. Estes são titulares dos “órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do

---

<sup>613</sup>. Cfr. artigo 371.º, n.º 2, do Código do Trabalho.

<sup>614</sup>. Cfr. artigo 415.º do Código do Trabalho.

<sup>615</sup>. Cfr. artigo 373.º do Código do Trabalho.

<sup>616</sup>. Cfr. artigo 366.º, § 1, parte final, e artigos 120.º e 122.º do Código do Trabalho.

<sup>617</sup>. Cfr. artigos 371.º e 411.º a 418.º do Código do Trabalho.

<sup>618</sup>. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 643 e 644.

<sup>619</sup>. Dotado, como tal, “da legitimidade requerida numa sociedade democrática para resolver a causa dos particulares” (“Affaire Lavents c Letónia”, processo n.º 58442/00, de 28 de Novembro de 2002, p. 36, in <http://cmiskp.echr.coe.int/coe>).

<sup>620</sup>. Cfr. artigos 164.º, alínea m) e 165.º, n.º 2, alínea p), da CRP.

povo”, designados por tribunais<sup>621</sup>. “Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei”<sup>622</sup>. A independência assenta, fundamentalmente, no seguinte:

- a) Num estatuto dos titulares dos órgãos de soberania tribunais que, preventivamente, a garanta, contemplando, para tanto, a fixação de incompatibilidades, de regras sobre o exercício, ainda que não em acumulação, de outras funções públicas, a definição de requisitos e regras de recrutamento objectivos, a estabilidade do provimento no cargo ou a inamovibilidade, a irresponsabilidade<sup>623</sup>.
- b) Assenta, igualmente, em garantias de intervenção imparcial do juiz nas causas<sup>624</sup>. A imparcialidade exigida é, quer a imparcialidade subjectiva, quer a imparcialidade objectiva. A primeira postula a “discrição” do juiz, *maxime* quando é chamado a julgar. Não deve, designadamente, pronunciar-se publicamente sobre o caso<sup>625</sup>. O dever do juiz ser imparcial é o “núcleo essencial dos seus deveres”<sup>626</sup>. Esta deverosidade do juiz contribui para a legitimidade democrática das suas decisões, para além da “legitimação institucional juridico-constitucionalmente fundada” (artigo 202.º, n.º 1 e 2, artigo 203.º e artigo 218.º, n.º 1, alíneas a) e b), da Constituição)<sup>627</sup>. A imparcialidade objectiva pressupõe que “o tribunal oferece garantias suficientes para excluir toda a dúvida

---

<sup>621</sup>. Cfr. artigo 202.º, n.º 1, da CRP.

<sup>622</sup>. Cfr. artigo 203.º da CRP.

<sup>623</sup>. Cfr. artigos 216.º a 218.º da CRP, Serge Salon e Jean Charles Savignac, *Fonction Publique, Agents de l'État, des Collectivités Locales et des Grands Services Publics*, Dalloz, Paris, 1976, pp. 298 a 300 (sobre as garantias dos magistrados e as suas obrigações, designadamente, a de não exercício de outras funções públicas e as decorrentes de restrições ao exercício de direitos políticos; os magistrados, destacam os autores, devem, num Estado democrático, dar constantemente prova de neutralidade absoluta), Jorge Miranda, *Ideias para uma Revisão Constitucional em 1996*, Edições Cosmos, Lisboa, 1996, p. 45, e John Alder, *Constitutional and Administrative Law*, Mcmillan Professional Masters, 1989, p. 55 (“Os juízes devem estar seguros contra a demissão e a redução no salário pelo executivo”) e p. 58.

<sup>624</sup>. Acórdão do TEDH, “Affaire Lavents c Letónia”, processo n.º 58442/00, de 28 de Novembro de 2002, pp. 37 e 38.

<sup>625</sup>. O “facto, do presidente ou membro de um tribunal chamado a julgar um litígio, empregar publicamente expressões que subentendem uma apreciação negativa da causa de uma das partes, é incompatível com as exigências de imparcialidade de todo o tribunal, consagradas no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção” (“Affaire Lavents c Letónia”, processo n.º 58442/00, de 28 de Novembro de 2002, p. 38).

<sup>626</sup>. Álvaro Reis Figueiredo afirma mesmo que “[t]udo no estatuto [dos magistrados] tem a ver, directa ou indirectamente, com a imparcialidade e formas de a garantir” – “Ser, dever ser e parecer. Notas sobre a deontologia dos juízes: da disciplina ao aparecimento de códigos de conduta”, *Sub Judice*, Justiça e Sociedade, 2005, Julho-Setembro, p. 9.

legítima” sobre a imparcialidade do juiz<sup>628</sup>, garantias como, por exemplo, a do juiz natural e a da não intervenção em determinado processo por motivo de escusa ou suspeição.

- c) Na organização independente da gestão dos juízes, através de um órgão duplamente legitimado, pela representatividade dos próprios juízes e pela representatividade dos eleitos por sufrágio popular, e dotados eles próprios, os seus membros, de um estatuto de independência<sup>629</sup>.

Os juízes são titulares dos órgãos de soberania tribunais. Esta sua qualidade, precípua, não exclui a de funcionários públicos<sup>630</sup>. O serviço que prestam à comunidade é soberano quanto ao conteúdo, não sujeito a qualquer conformação exterior. Não obstante, como observa José Augusto Sacadura Garcia Marques, “há determinados conteúdos normativos do ‘estatuto dos magistrados judiciais’ que revelam que a relação dos juízes com o Estado apresenta mais afinidades com o regime da função pública do que com a dos demais órgãos de soberania”<sup>631</sup>, sendo-lhe aplicável uma parte desse regime<sup>632</sup>. Com efeito, importa atender aos seguintes aspectos:

---

<sup>627</sup>. Jorge Figueiredo Dias, “A «pretensão» a um juiz independente como expressão do relacionamento democrático entre o cidadão e a justiça”, in *Sub Judice*, n.º 14, 1999, pp. 28 a 31.

<sup>628</sup>. Acórdão do TEDH, “Affaire Lavents c Letónia”, processo n.º 58442/00, de 28 de Novembro de 2002, p. 38.

<sup>629</sup>. Cfr. artigo 217.º e 218.º da CRP.

<sup>630</sup>. Sobre o assunto, escreve Luís Guilherme Catarino, “[t]al interpretação, considerando esta actividade do juiz assimilável à do funcionário do Estado, é sustentada na Alemanha (art. 34.º da Constituição de Bona), em Itália (art. 28.º da Constituição Italiana de 1948), e de igual forma por diversos autores em Espanha (que a subsumem ao art. 106.º, n.º 2, da CRP). A particular posição jurídica dos magistrados repousa num estatuto próprio, dotado de independência funcional e orgânica, o que não afasta decerto a sua posição como servidores do Estado” – A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça. O Erro Judiciário e o Anormal Funcionamento, Coimbra, 1999, p. 226.

No sentido de que os juízes reúnem uma dupla qualidade, concretamente, a de titulares de um órgão de soberania e de “profissionais de uma carreira em que exercem (em exclusividade, de forma permanente e com vínculo ao Estado) funções públicas de soberania (sem comparação possível com os funcionários públicos), cfr. Acórdão do Conselho Permanente do Conselho Superior da Magistratura de 9 de Novembro de 2004 (in *Sub judice*, n.º 32, Jul-Set., 2005, p. 154) e Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, Lisboa, 1940, p. 28.

<sup>631</sup>. “Poder e justiça em conflito. Uma abordagem ética da tensão existente entre o exercício do poder político e o funcionamento da Justiça”, in *Sub judice*, n.º 32, Jul-Set., 2005, pp. 39 e 40, e Mauro Cappelletti, “Quis custodes custodiet? Qui nous protegera contre ceux qui nous protegent? Étude de droit comparé sur la responsabilité des autorités judiciaires”, in *Le Pouvoir des Juges, Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*, traduction par René David, préface de Louis Favoreu, Presses Universitaires D’Aix-Marseille, Economica, 1990, p. 161 (os juízes são uma categoria particular de “agentes da autoridade

- a) O serviço que os juízes prestam à comunidade é heterodeterminado quanto ao modo (v. g. exclusividade de exercício), local (certo tribunal) e objecto (v. g., processos dados).
- b) À prestação disponibilizada corresponde uma dada remuneração, suplementos remuneratórios e prestações sociais, assim como o gozo de determinados direitos próprios da relação de trabalho (v. g., direito a férias, subsídio de férias, subsídio de Natal).
- c) À organização dos juízes em organizações sócio-profissionais e sindicais e ao exercício direito à greve, sem prejuízo das opções do legislador parlamentar pela respectiva proibição total ou parcial ou pela admissão com “restrições particulares”<sup>633</sup>.

A responsabilidade disciplinar destina-se a assegurar que os juízes “sejam fiéis à sua missão e satisfaçam as suas obrigações para com o Estado e a [Comunidade]”, “realizem correctamente a sua função pública”<sup>634</sup>. A independência dos juízes não obsta a que respondam disciplinarmente<sup>635</sup>, sendo mesmo a responsabilidade disciplinar “um elemento importante e necessário de bom equilíbrio entre a independência e a obrigação para o juiz de responder pela sua actividade”<sup>636</sup>. Essa mesma independência postula um estatuto disciplinar substantivo e processual que, também, a garanta. Há, por um lado, que garantir, efectivamente, a estabilidade e a inamovibilidade e, por outro lado, que evitar que a censura disciplinar não seja a aparência de uma outra censura, designadamente, de mérito ou

---

pública”).

<sup>632</sup>. Sobre os “membros das jurisdições internacionais”, nota Alain Plantey que, não podendo ser vistos como “funcionários internacionais, eles não são menos titulares de funções, de responsabilidades e portanto de privilégios de carácter internacional. (...) Uma parte do regime protector que se aplica à função pública internacional deve assim ser-lhe conferida, mesmo após a cessação da sua missão, de forma a preservar a sua independência”. Cfr. *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1977, p. 36.

<sup>633</sup>. Cfr., José de Melo Alexandrino, “A greve dos juízes – segundo a Constituição e a dogmática constitucional”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, cit., pp. 747 a 788, *maxime*, pp. 783 a 787.

<sup>634</sup>. Mauro Cappelletti, “Quis custodes custodiet? Qui nous protegera contre ceux qui nous protegent? Étude de droit comparé sur la responsabilité des autorités judiciaires”, cit., pp. 161 e 162.

<sup>635</sup>. Silvestre Pinheiro-Ferreira considerava ser “um erro acreditar que os magistrados deixariam de ser independentes se não fossem inteiramente irresponsáveis”. Os seus actos, como os de todos os “empregados públicos”, tornar-se-iam arbitrários sem a garantia do princípio da responsabilidade, o que atentaria contra a forma de governo, que deixaria de ser constitucional (*Précis d’un cours de Droit Public interne et externe*, cit., p. 131).

<sup>636</sup>. Mauro Cappelletti, “Quis custodes custodiet? Qui nous protegera contre ceux qui nous protegent?

política<sup>637</sup>. Por outro lado, o estatuto disciplinar deve atender à “específica natureza das funções e responsabilidades” constitucional e legalmente cometidas aos juízes. Reflete a regra geral segundo a qual “quanto mais a actividade dos funcionários contende com os direitos fundamentais dos cidadãos, mais exigente é o *standard* comportamental que lhes é imposto pelas normas e severas as sanções correctivas”<sup>638</sup>. Este “*standard* comportamental” tem tradução na amplitude ou densidade dos deveres funcionais, direccionados estruturalmente à garantia da independência e imparcialidade no cumprimento da função. Justifica-se, assim, a afirmação de um dever de reserva ou discrição: deve, por exemplo, abster-se de manifestar publicamente as opiniões que contendam com o exercício das funções, de participar em reuniões ou manifestações políticas; e deve, bem assim, guardar silêncio sobre os processos que lhe estejam distribuídos e sobre quaisquer outros processos judiciais os demais pendentes.

Como nota Mauro Cappelletti, importa precisar as “circunstâncias de facto que podem dar lugar a sanções disciplinares”, evitando que reflectam uma “preocupação abstracta, corporativa, de «prestígio» do corpo judiciário, perdendo de vista que a coisa mais importante é a execução regular e eficaz de uma tarefa importante para os cidadãos”<sup>639</sup>. Na alçada da responsabilidade disciplinar não deve cair o “bem fundado das decisões judiciais”<sup>640</sup>, o que atentaria contra a soberania dos juízes, para além da dificuldade de ordem prática, atinente à ausência de parâmetros jurídicos isentos de apreciação crítica.

No plano processual, destaca-se o exercício do poder disciplinar por um «órgão de governo» independente do poder executivo, democrática e profissionalmente legitimado,

---

Étude de droit comparé sur la responsabilité des autorités judiciaires”, cit., pp. 170 e 176.

<sup>637</sup>. Álvaro Reis Figueira, notando que os magistrados estão a “meras denúncias, queixas, tantas vezes infundadas e motivadas apenas por interesses de parte ou mesmo puras vinganças, ou pela intenção de pressionar”, advoga que o procedimento de averiguações tem a vantagem de mediar a acção disciplinar e prevenir a sujeição do trabalhador a procedimento disciplinar infundado. Cfr. “Ser, dever ser e parecer. Notas sobre a deontologia dos juízes: da disciplina ao aparecimento de códigos de conduta”, *Sub Judice*, Justiça e Sociedade, 2005, Julho-Setembro, p. 16.

<sup>638</sup>. Francisco Cardona, “Foundations and procedures on discipline of civil servants”, Outubro de 2002, in <http://www.oecd.org/dataoecd/27/45/37197156.pdf>.

<sup>639</sup>. “Quis custodes custodiet? Qui nous protegera contre ceux qui nous protegent? Étude de droit comparé sur la responsabilité des autorités judiciaires”, cit., pp. 163 e 164.

<sup>640</sup>. Sem prejuízo das “violações intencionais da lei ou das violações devidas à mais grosseira negligência ou ignorância”. Cfr. Mauro Cappelletti, “Quis custodes custodiet? Qui nous protegera contre ceux qui nous

actuando como “conselho de disciplina”. O procedimento disciplinar tem seguido a linha organizativa do procedimento disciplinar da função pública em geral. As decisões em matéria disciplinar do Conselho Superior da Magistratura têm um carácter administrativo, sendo susceptíveis de recurso nos termos gerais<sup>641</sup>, o que deve envolver o controlo amplo das mesmas (v.g., da “existência material dos factos” e a respectiva qualificação jurídica)<sup>642</sup>.

De acordo com a jurisprudência expressa nos Acórdão Pellegrin, de 8 de Dezembro de 1999, e Hermitte, de 23 de Fevereiro de 2000, a aplicação das sanções disciplinares aos juízes e magistrados do Ministério Público não é passível de ser subsumida ao n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, por do seu âmbito de aplicação excluir o TEDH “às sanções disciplinares dos funcionários públicos e empregados públicos que não exerçam funções de autoridade pública ou as designadas funções de administração pública”<sup>643</sup>.

## **2. A responsabilidade disciplinar dos magistrados do Ministério Público**

Ao Ministério Público compete prosseguir interesses públicos vários (artigo 219.º, n.º 1, da CRP), a saber: os interesses do Estado, quando o representa; os interesses da política criminal, na medida em que lhe cabe executá-la; os interesses públicos da acção penal; o interesse público da legalidade democrática. E cabe-lhe defender interesses privados de relevância comunitária, em sede de Direito Administrativo, do trabalho e do Direito da família e menores<sup>644</sup>. Os interesses são definidos pela Constituição e pela lei e a sua

---

protegent? Étude de droit comparé sur la responsabilité des autorités judiciaires”, cit., pp. 169, 170 e 176.

<sup>641</sup>. Serge Salon e Jean Charles Savignac, *Fonction Publique, Agents de l’État, des Collectivités Locales et des Grands Services Publics*, cit., p. 300, e Mauro Cappelletti, “Quis custodes custodiet? Qui nous protegera contre ceux qui nous protegent? Étude de droit comparé sur la responsabilité des autorités judiciaires”, cit., pp. 162 e 163.

O Conselho Superior da Magistratura tem também competência relativa “ao exercício da função disciplinar sobre os funcionários de justiça” (artigo 218.º, n.º 3, da CRP). Ver Acórdão do STA de 26 de Maio de 2004, processo n.º 0742/03, JSTA00060542 e SA1200405260742.

<sup>642</sup>. Serge Salon e Jean Charles Savignac, *Fonction Publique, Agents de l’État, des Collectivités Locales et des Grands Services Publics*, cit., pp. 234 a 236, e Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, cit., pp. 167, 171 e 173 (: “a repressão disciplinar é confiada a verdadeiras jurisdições administrativas no que respeita aos magistrados (...); ... esta técnica é reservada aos agentes inamovíveis”).

<sup>643</sup>. Francisco Cardona, “Foundations and procedures on discipline of civil servants”, Outubro de 2002, p. 5, in <http://www.oecd.org/dataoecd/27/45/37197156.pdf>.

<sup>644</sup>. A multiplicidade de interesses cuja defesa cabe ao Ministério Público pode conduzir, no plano jurídico-formal, à que surja numa mesma causa como autor e réu. Paulo Dá Mesquita entende que a

prossecução faz-se com submissão única ao direito e à lei<sup>645</sup>, em regra, de forma activa. Como tal, por um lado, não vale quanto aos respectivos magistrados a afirmação de um princípio da irresponsabilidade, mas, antes, o inverso (artigo 219.º, n.º 4, da CRP). A definição legal da aplicação do princípio deve levar, também, em linha de conta a qualidade de magistrados, participantes da acção dos tribunais como órgãos independentes (artigo 203.º da CRP). Esta dupla relação manifesta-se no enquadramento hierárquico dos magistrados do Ministério Público (artigo 219.º, n.º 4, da CRP)<sup>646</sup> e no respeito da respectiva autonomia técnica na iniciativa processual e condução da respectiva intervenção (artigo 219.º, n.º 2, da CRP)<sup>647</sup>.

Neste quadro, a Constituição comete o exercício da acção disciplinar, para além de outros actos da gestão dos respectivos magistrados, à Procuradoria-Geral da República (artigo 219.º, n.º 5, e artigo 220.º da CRP), em concreto, a cargo do Conselho Superior do Ministério Público, nela compreendida. Trata-se de um órgão colegial, dotado de legitimidade externa, democrática, e de legitimidade, interna, eleitoral e técnica, (artigo 220.º, n.º 2, da CRP), “independente no seio da Procuradoria-Geral da República”<sup>648</sup>.

O difícil equilíbrio entre hierarquia e autonomia passa, também, pelo “exercício da acção disciplinar” pelo Conselho Superior do Ministério, no qual relevante a sua composição e a

---

«dispersão» de interesses “perturba o “sentido essencial do estatuto constitucional do Ministério Público”. Cfr. “Política criminal e reforma do Ministério Público”, RMP, n.º 108, Ano 27, Out-Dez 2006, p. 89.

Também, a propósito da separação de poderes no Reino Unido, John Alder nota que o “Attorney General tem papéis conflitantes”. Concretamente, aí, “é um membro eleito dos Comuns e um membro do governo. É também o chefe do aconselhamento jurídico do governo e representa o governo nos tribunais. Contudo, tem a responsabilidade adicional da acção penal e de intentar acções cíveis em nome do interesse público geral. É-lhe exigido que seja completamente independente do governo. Com efeito pode ser devido que proceda contra uma autoridade pública que exceda os seus poderes embora na prática nunca o tenha feito [em 1989] contra o governo central do qual é um membro” (John Alder, *Constitutional and Administrative Law*, Mcmillan Professional Masters, 1989, p. 55).

<sup>645</sup>. Cfr. ponto III da Declaração de Princípios sobre o Ministério Público, *Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés*, Nápoles, 2 de Março de 1996, *apud* António Cluny, *Pensar o Ministério Público Hoje*, Edições Cosmos, Lisboa, 1997, p. 161.

<sup>646</sup>. O que se pode traduzir na emissão de ordens, instruções e directivas e no controlo por referência a concretos processos (artigos 105.º, n.º 2, e artigo 276.º, n.º 4, do CPP).

<sup>647</sup>. A “atomização excessiva” prejudicará a autonomia e a responsabilidade. Ver Paulo Dá Mesquita, “Política criminal e reforma do Ministério Público”, RMP, n.º 108, Ano 27, Out-Dez 2006, pp. 91 a 93.

<sup>648</sup>. António Cluny, *Pensar o Ministério Público Hoje*, Edições Cosmos, Lisboa, 1997, p. 133.



amplitude e efectividade dos poderes que lhe sejam conferidos<sup>649</sup>.

No quadro dessa dualidade (hierarquia e autonomia), a responsabilidade disciplinar afere-se “pelo cumprimento dos seus deveres” e “pela observância das directivas, ordens e instruções” hierárquicas, sejam extra-processualmente, seja processualmente.

A diferença entre a responsabilidade disciplinar dos juízes e dos magistrados do Ministério Público resulta das diferenças constitucionais de função, organizativas e estatutárias das respectivas magistraturas.

## **Subsecção II – O Direito penal**

### **1. Termos da delimitação**

O Direito disciplinar das relações de trabalho jus-administrativistas vive sob a marca da referência ao direito penal. Esta manifesta-se por duas vias. Ontologicamente, quando se indaga sobre a natureza do direito disciplinar. E, adjectivamente, pelo delinear segundo o parâmetro processual penal do procedimento disciplinar e pelo apelo ao mesmo com carácter supletivo.

Na óptica penalista, o Direito disciplinar é também um direito de referência<sup>650</sup>. A questão que coloca é geralmente, não obstante, a de saber se “o direito disciplinar será direito penal”<sup>651</sup> e não o inverso, ou seja, a perspectiva, as mais das vezes, é unilateral, a de indagar se o Direito disciplinar é de incluir ou não no Direito penal.

A alternativa fundamental, quanto ao primeiro aspecto, é entre a afirmação da sua diferença qualitativa e a afirmação de uma identidade substantiva e, para alguns também, de diferença quantitativa ou de grau.

---

<sup>649</sup>. António Cluny, Pensar o Ministério Público Hoje, cit., p. 134.

<sup>650</sup>. O Direito disciplinar da função pública é utilizado, muitas vezes, pelos manuais de Direito penal, para definir o mesmo pela negativa. Refere Teresa Pizarro Beleza que é uma das zonas em relação à qual se põe “com certa dificuldade” a delimitação do direito penal. Direito Penal, 1.º Volume, AAFDL, 2.ª edição, Lisboa, 1998, pp. 54 e 55.

<sup>651</sup>. Teresa Pizarro Beleza, Direito Penal, 1.º Volume, cit., p. 57.

## 2. As referências substantivas

### 2.1. A concepção da identidade material

A “tese da assimilação do direito penal e do direito disciplina” faz-se, segundo uns, poucos, sob a óptica disciplinar: o direito penal não é senão, dizem, “a repressão disciplinar própria da instituição primária”, a “sociedade global”; o seu fundamento é similar - a “manutenção da disciplina numa instituição” -, assim como é análogo o seu objecto - “ser uma via de execução do poder punitivo”. Considera que não divergem senão quanto ao “seu domínio de aplicação”<sup>652</sup>.

O Direito disciplinar é, segundo certa leitura, mais comum, Direito penal. É Direito penal aplicado a um membro do grupo, o “direito penal das corporações”<sup>653</sup>, um “direito penal especial”<sup>654</sup>, o “direito penal das instituições secundárias”<sup>655</sup>, dotados ambos da mesma “lógica e de técnicas coercitivas idênticas”<sup>656</sup>, tendo como fundamento “as mesmas razões de ordem jurídica e social”, de modo que se esperaria e será de esperar, “num futuro próximo”, que sejam “dois ramos de direito submetidos às mesmas regras gerais”<sup>657</sup>.

A separação formal, positiva, explica-se, argumenta-se, por uma historicamente insuficiente concretização da separação entre administração e justiça: é uma consequência da “manutenção nas mãos do Executivo de poderes sancionatórios directos e expeditos após a grande revolução do sistema repressivo que supôs a adopção do Direito Penal legalizado e judicializado”<sup>658</sup>; a diferença entre o ilícito penal e o ilícito disciplinar é artificialmente elaborada para justificar o poder sancionatório administrativo que, numa observância estrita

---

<sup>652</sup>. Sobre estas duas perspectivas, ver Éric Massat, “Droit disciplinaire et droit pénal”, cit., p. 749.

<sup>653</sup>. Lições de Direito Administrativo, “segundo as prelecções do Exm.º Sr. Dr. Magalhães Collaço, ao 3.º ano jurídico de 1923-24, aproveitando também estas lições ao curso do 2.º ano jurídico – (Reforma de 1922)”, de A. Queiroz Martins, Simões Correia e Ferreira Junior, Papelaria Escolar Editora, 1924, Lisboa, pp. 175 e 191.

<sup>654</sup>. Goldschmidt *apud* Michel Stassinopoulos, *Le Droit de la Défense Devant les Autorités Administratives*, cit., p. 119.

<sup>655</sup>. Legal e Brêthe de la Gressaye *apud* Michel Stassinopoulos, *Le Droit de la Défense Devant les Autorités Administratives*, cit., p. 128.

<sup>656</sup>. Éric Massat, “Droit disciplinaire et droit pénal”, cit., p. 749.

<sup>657</sup>. Lopes Navarro também regista este entendimento, in *Funcionários Públicos*, cit., p. 218.

<sup>658</sup>. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, cit., pp. 164 e 165.

do princípio da separação de poderes, deveria estar cometido ao poder judicial<sup>659</sup>. Por invocadas razões de autodefesa e independência, a Administração reteve um resquício (significativo) sancionatório não jurisdicionalizado, a que se vieram juntar, para explicar a expressão sancionatória administrativa em geral, a descriminalização de certas condutas, as funções reguladoras das entidades administrativas independentes, o aumento de centros de poder político-administrativos e a influência do direito comunitário europeu<sup>660</sup>.

Existe “um único poder punitivo do Estado que se manifesta por via do direito penal - no caso dos factos configurarem a prática de um ilícito penal -, ou pela via do poder sancionador da administração - caso configure um ilícito administrativo”<sup>661</sup>. Assim se explica, “de acordo com os princípios do Estado de Direito e Democrático..., a quase total aplicação, em direito disciplinar, das soluções garantísticas dos direitos dos cidadãos em

---

<sup>659</sup>. Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., pp. 67 e 68, Mireille Delmas-Marty e Catherine Teitgen-Colly, *Punir Sans Juger? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Ed. Economica, 1992, pp. 12, 13 e 32 (A revolução francesa não suprimiu a repressão administrativa das mãos da Administração; entre os poderes repressivos, temos o poder de sancionar os agentes que inobservam a disciplina e o poder de sancionar os concessionários que faltam às suas obrigações contratuais), Acórdão do STA de 23 de Janeiro de 2007, processo n.º 0300/03, in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta) e A. L. Guimarães Pedrosa, *Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo*, Prelecções feitas na Universidade de Coimbra, I – Introdução e Parte I (Parte Geral), Coimbra, Imprensa da Universidade, 1908, pp. 293 e 294 (“Dar esta competência à administração é estabelecer uma espécie de excepção aos princípios gerais [...]. *Conquanto seja de carácter penal*, pois que as infracções da disciplina dão lugar a punições, a responsabilidade disciplinar diverge da responsabilidade penal propriamente dita em que aquela só se aplica nas relações internas da hierarquia administrativa, com formas de processo menos rigorosas e menos solenes do que as estabelecidas nos processos criminais, e ainda pelo carácter das sanções repressivas, mais moral e de correcção do que repressivo e de coacção, e enfim porque as penas meramente disciplinares não deixam a mancha de indignidade que deriva das condenações em processo criminal” – itálico nosso) e p. 301.

<sup>660</sup>. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, cit., pp. 165, 166 e 174, e Mireille Delmas-Marty e Catherine Teitgen-Colly, *Punir Sans Juger?*, citado, pp. 7 a 9 e p. 18.

<sup>661</sup>. Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., pp. 67 e 68, e STC n.º 18/1981, de 8 de Junho de 1981 (p. 6), in [www.tribunalconstitucional.es/](http://www.tribunalconstitucional.es/) e in [www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_tc/](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/).

Alberto Xavier perfilha “a opinião dos escritores que sustentam que a repressão disciplinar tende constantemente a identificar-se com a repressão penal e que, quanto ao seu fundamento, as duas espécies de repressão se confundem, quer dizer que elas se explicam por uma mesma concepção do Estado. // Com efeito se se faz derivar o poder da repressão penal do *imperium* do Estado, é também dele que resulta o direito da repressão disciplinar”. A diferença que reconhece é formal, traduz-se “no facto de a [repressão] disciplinar se exercer no todo ou em parte por meio de actos administrativos, e a penal se efectuar por meio de actos jurisdicionais.” Estatuto dos Funcionários (Justificação Jurídico-Política da Questão e Projecto de Lei), Lisboa, Portugal-Brasil Limitada, Sociedade Editora, pp. 21 e 22.

direito criminal”<sup>662</sup>, referenciado como “Direito comum sancionatório”<sup>663</sup>. É ainda alegado que, como tal, o poder discricionário para punir as infracções disciplinares “não tem cabimento, num Estado de Direito democrático”, sendo os seus espaços de indeterminação, também existentes no direito penal, passíveis de “ser objecto de um controlo pleno ou total por parte do juiz”, incluindo, de forma estrita, a proporcionalidade da sanção<sup>664</sup>.

Constituiriam manifestações de identidade o facto de a sanção disciplinar ter que ser proporcionada à configuração concreta do ilícito, a aproximação do procedimento disciplinar ao processo penal, com destaque para as garantias do sujeito arguido nos respectivos processos, o decalque significativo de princípios do Direito disciplinar a partir dos do Direito penal<sup>665</sup> e uma mais refinada e eficaz aplicação do princípio *non bis in idem*<sup>666</sup>.

Na leitura da indistinção ontológica, alguns autores notam, em particular, a existência de uma diferença de grau ou quantitativa, querendo com isto referir o carácter mais gravoso das acções puníveis e das sanções no direito penal, um dos critérios utilizados na delimitação da noção de “matéria penal” no n.º 1 do artigo 6.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais<sup>667</sup>. No direito

---

<sup>662</sup>. Carlos Alberto Conde da Silva Fraga, Sobre a independência dos Juizes e Magistrados (Um estudo constitucional comparado entre a Ley Orgánica del Poder Judicial e o Estatuto dos Magistrados Judiciais Portugueses), Vislis Editores, 2003, pp. 115 e 116.

A “separação de princípios manteve-se como resultante de uma suposta e nunca explicada “substantividade” das sanções administrativas”, referem Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, cit., p. 167.

<sup>663</sup>. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, cit., p. 188.

<sup>664</sup>. António Francisco de Sousa, “Conceitos indeterminados” no Direito Administrativo, Livraria Almedina, Coimbra, 1994, pp. 217 a 221.

<sup>665</sup>. Juan Manuel Trayter, Manual de Derecho Disciplinario de los Funcionarios Publicos, cit., p. 71, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, Direito Administrativo Geral, Tomo I, Introdução e princípios fundamentais, Dom Quixote, Outubro de 2004, p. 71, e Teresa Pizarro Beleza, Direito Penal, 1.º Vol., cit., pp. 59 e 60.

<sup>666</sup>. Estreitece as possibilidades de aplicação de mais do que uma sanção (uma penal e uma disciplinar) para uma mesma conduta – Juan Manuel Trayter, Manual de Derecho Disciplinario de los Funcionarios Publicos, cit., p. 72.

<sup>667</sup>. Franck Moderne, “La sanction administrative”, Revue Française de Droit Administratif, 2002, Mai-Juin, n.º 3, p. 484.

Cfr. Acórdão proferido no caso Engel et outros contra a Holanda, de 8 de Junho de 1976, pp. 25 e 26 <http://cmiskp.echr.coe.int/>): “De son côté, la sanction privative de liberté dont M. Engel se voyait en théorie

disciplinar, a aplicação desse critério traduzir-se-á numa disciplina jurídica mais aberta ou menos densa das infracções disciplinares<sup>668</sup>.

José de Sousa e Brito, apelando à derivação histórica do “direito disciplinar dos funcionários público como o dos militares” do “direito penal especial destas classes «ou estados» de pessoas”, por força de descriminalização e «destatização» da relação de serviço, afirma que “a delimitação do direito penal não depende da natureza dos interesses mas da sua gravidade ou incidência (nomeadamente, a funcionalidade da administração pública é um bem jurídico penalmente protegido, embora só contra certas formas mais graves de ofensa)”, reflectindo-se estas “diferenças quantitativas” em “diferenças qualitativas”, como por exemplo, na não determinação correlativa das sanções disciplinares aos ilícitos, como no direito penal e no facto de a relevância do fim das penas da prevenção especial ser diferente, dependendo a sua escolha “da personalidade do infractor (punição do autor), numa medida inoportuna para o direito penal (punição do acto)”<sup>669</sup>.

Outros, contestam a diferença quantitativa, notando que as sanções disciplinares, como as administrativas, são, por vezes, mais gravosas do que as penas<sup>670</sup>. Ainda assim assinalam

---

menacé était de trop courte durée pour ressortir à la ‘matière pénale’; il ne risquait du reste pas de devoir la subir à la l’issue de l’instance engagée par lui devant la Haute Cour militaire le 7 avril 1971 puisqu’il l’avait déjà purgée du 20 au 22 mars (...). En revanche, les ‘accusations’ portées contre MM. De Wit, Dona et Schul relevaient bien de la ‘matière pénale’ car elles tendaient à l’infliction de lourdes peines privatives de liberté. ” No voto de vencido, o juiz Cremona, de forma crítica, escreve: “Quand je recherche ensuite si certaines ‘accusations disciplinaires’, impliquant le risque de sanctions indéniablement privatives de liberté, peuvent s’analyser en des accusations de nature pénale (aux fins de l’article 6 par. 1 – art. 6-1), je ne puis, à la différence de la majorité de mes collègues (par. 82), *établir des distinctions additionnelles fondées notamment sur la durée respective de telles privations de liberté* [p. 36] (...) je crois qu’en examiner la nature véritable d’une accusation pénale il faut envisager le risque d’une peine indéniablement privative de liberté sans tenir compte de la durée de celle-ci. [p. 37 ;] (...) j’ai la conviction *qu’il n’est pas juste de se servir ... de la notion quantitative de ‘faible importance’* pour qualifier le préjudice entraîné par une privation de liberté établie en tant que telle, ni du reste d’apprécier ce préjudice d’après sa durée, sauf pour en mesurer la gravité ” (p. 37 – itálicos nossos).

<sup>668</sup>. Alessandro Catelani, Gli Ordini e i Collegi Professionali nel Diritto Pubblico, cit., p. 175.

<sup>669</sup>. Cfr. voto de vencido de José de Sousa e Brito ao Acórdão n.º 155/91, de 24 de Abril de 1991, Processo n.º 63/90, in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 18.º volume, p. 536.

Jean-Marc Duval refere-se ao “rigor da sanção penal” como explicativo da “determinação muito precisa e muito concreta do conteúdo das obrigações penais, através da definição do comportamento criminal” - “Faute personnelle, faute disciplinaire et faute pénale, en matière d’activité médicale hospitalière”, Revue du Droit Public, n.º 6, 2001, p. 1855.

<sup>670</sup>. Expressivo disso mesmo é a sanção disciplinar da demissão, de maior gravidade do que uma pena de multa e do que, no exemplo de Teresa Pizarro Beza, uma pena de “15 dias de prisão com pena suspensa”. A maior gravidade não reside, segundo a autora, apenas nos seus efeitos, mas também “em termos de vexame e

um “núcleo irreduzível” à mutabilidade qualificadora do legislador, o das penas privativas de liberdade e o relativo a certos direitos civis e políticos<sup>671</sup> e o facto de as sanções administrativas, incluídas as disciplinares, ao invés das penais, não estarem, como estas, orientadas para a “protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”<sup>672</sup>.

No cruzamento entre uma «visão penal» e uma «visão disciplinar», de referir, ainda, a observação de que “entre o direito disciplinar e o direito penal” existe “uma evidente afinidade estrutural”, assente no facto de ambos definirem os pressupostos da respectiva responsabilidade e da sua exclusão, “bem como as consequências jurídicas” dos correspondentes ilícitos<sup>673</sup>.

## 2.2. A concepção da diferença qualitativa

Para um outro entendimento, o Direito penal e o Direito disciplinar são considerados materialmente distintos. Argumenta-se que o Direito penal sanciona “a falta de observância de um mínimo ético exigível a uma pessoa pela sociedade”, enquanto o Direito disciplinar vincula o funcionário à observância de “um comportamento moral e ético muito superior àquele mínimo e que respeita unicamente aos seus direitos estritamente profissionais”<sup>674</sup>. O primeiro preocupa-se com a lesão ou o perigo de lesão de bens jurídicos do Estado e dos

---

de humilhação social” (Direito Penal, 1.º Vol., cit., p. 58). Teresa Pizarro Beleza, registando a consideração prevalecente de que o direito disciplinar está “fora do direito penal” (p. 59) – porque “na responsabilidade disciplinar dos funcionários públicos, o que está em causa é uma violação dos deveres profissionais num âmbito restrito” e porque “as sanções disciplinares não vão até à privação da liberdade” – afirma ter dúvidas sobre essa exclusão. Limita-se, no entanto, a destacar o efeito gravoso da sanção disciplinar de demissão e a dizer, a propósito “da competência dos tribunais administrativos para conhecerem do recurso de processos disciplinares”, que “aí se poderia discutir se no fundo isto não será materialmente matéria penal e, portanto, não deveriam ser os tribunais comuns a conhecer desse recurso” (p. 59) – Direito Penal, Vol. 1.º, citado.

<sup>671</sup>. Este aspecto é assinalado por vários autores. Ver, entre outros, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, citado, p. 196 (A administração não pode impor sanções que impliquem privação de liberdade por “exigência elementar de liberdade pessoal e de garantia judicial exclusiva e plena.”) e Lopes Navarro, Funcionários Públicos, cit., p. 218 (“Nenhuma das sanções disciplinares aplicáveis aos funcionários civis pode envolver medidas privativas da liberdade pessoal, enquanto que na escala penal desempenha função predominante a pena de prisão”).

<sup>672</sup>. Cfr. artigo 40.º, n.º 1, do Código Penal e Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, citado, pp. 166 e 196.

<sup>673</sup>. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, Direito Administrativo Geral, Tomo I, cit., pp. 70 e 71.

<sup>674</sup>. STS de 3 de Novembro de 1993 (Ar. 5379) *apud* Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, cit., p. 93, nota 114.

seus cidadãos e o segundo com “a valoração ética [profissional] da conduta subjectiva do funcionário”<sup>675</sup>.

Quanto às finalidades das respectivas sanções, afirma-se o carácter repressivo das penas e o carácter fundamentalmente correctivo das sanções disciplinares; que o Direito penal preocupa-se com restabelecimento da ordem jurídica violada e o direito disciplinar com o prestígio e a dignidade corporativas do funcionário e da função<sup>676</sup>, com a boa organização e funcionamento do serviço<sup>677</sup> e ou com a “capacidade funcional da Administração Pública em geral”<sup>678</sup>.

O facto de o Direito disciplinar ser “aplicado pelos próprios órgãos do Estado a que pertence o serviço”, “ao contrário do direito criminal, em que o poder é exercido jurisdicionalmente, através de órgãos supra-estaduais”<sup>679</sup>, é apontado, também, como revelador de uma distinção substancial e não como sendo um aspecto meramente formal e secundário.

Sendo diferentes o Direito penal e o Direito disciplinar, observa-se que não é devido o preenchimento das lacunas deste recorrendo ao primeiro por analogia (como é consequente

---

<sup>675</sup>. Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., p. 92.

<sup>676</sup>. Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., p. 92.

<sup>677</sup>. Mireille Delmas-Marty e Catherine Teitgen-Colly, *Punir Sans Juger?*, citado, pp. 32 e 33, e Emídio Beirão Pires da Cruz, “Competência disciplinar (Análise de alguns dos seus problemas)”, pp. 7 e 9 (o poder disciplinar punitivo é o poder de “aplicar sanções correctivas ou expulsivas aos agentes que, pelo seu procedimento, embarcam ou de qualquer modo prejudiquem o perfeito funcionamento do serviço”).

<sup>678</sup>. João Pacheco de Amorim, “Duas questões de direito disciplinar suscitadas pela criação de empresas municipais”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Janeiro-Junho, 2001, Ano XLII (XV da 2.ª série), n.ºs 1 e 2, pp. 14 e 38.

<sup>679</sup>. Vítor António Duarte Faveiro, “Esquema de uma teoria geral da infracção disciplinar”, cit., p. 907.

Diz Guido Zanobini que “neste campo não vale o princípio *nulla poena sine iudicio*, porque a pena é sempre aplicada por uma autoridade administrativa: ainda que esta, nalguns casos, tenha de a fazer preceder da aplicação de um contraditório e de um procedimento instrutório que se desenvolve perante particulares comissões de disciplina, a pronúncia destas não tem senão o valor de um parecer ou de uma proposta e a aplicação da pena tem lugar através de decisão da autoridade administrativa” (*Corso di Diritto Amministrativo*, Volume Terzo (L’Organizzazione Amministrativa), Sesta Edizione, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1958, p. 359).

Carlo Enrico Paliero e Aldo Travi notam que - se já não haverá sanções penais aplicadas pela Administração, cabendo só a sua aplicação exclusiva pela jurisdição penal (M. Gallo) - nem todas as sanções administrativas são aplicadas por autoridades administrativas (La Sanzione Amministrativa, cit., pp.13 a 15; registam, ainda, que se Zanobini destacou, inicialmente, na sanção administrativa o facto de ela ser exclusivamente aplicada por uma autoridade administrativa (in La Sanzioni Amministrativa, p. 40), veio a alterar essa posição, adoptando o critério funcional atinente ao tipo de função do Estado em causa.

à leitura da identidade material), mas por apelo a princípios e institutos do mesmo<sup>680</sup>, alguns próprios de qualquer poder punitivo<sup>681</sup>.

### **2.3. Traços de delimitação da relação entre Direito disciplinar e Direito penal**

#### **2.3.1. O reenquadramento dos termos da relação entre Direito disciplinar e Direito penal**

Os termos expostos da relação entre o Direito disciplinar da função pública e o Direito penal<sup>682</sup> têm de ser reenquadrados, por não ser a função pública a realidade jurídica que, muitas vezes, é pressuposta<sup>683</sup>. Senão vejamos:

- 1) As relações jurídicas de emprego regidas por um específico regime jurídico de Direito administrativo, de recorte estatutário (função pública em sentido estrito), constituem apenas uma parte, ainda que a mais significativa, mas que tendencialmente vem perdendo importância no conjunto das relações de trabalho da Administração Pública e passará a ser residual no quadro do novo regime de vínculos laborais<sup>684</sup> (função pública em sentido amplo).
- 2) A tradicionalmente dita “relação de serviço” dos funcionários públicos e agentes administrativos (função pública em sentido estrito) «laboralizou-se»: deixou de ter uma natureza estritamente estatutária, sendo que alguns aspectos do respectivo regime

---

<sup>680</sup>. Carlo Leda, *Il Potere Disciplinare del Lavoro di Lavoro*, Milano, 1956, p. 7.

<sup>681</sup>. Renato Alessi, *Principi di Diritto Amministrativo*, I, I Soggetti Attivi e L'Esplicitazione della Funzione Amministrativa”, Quarta Edizione Rielaborata e Aggiornata, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1978, p. 288 (“o recurso ao direito penal não é feito para integrar por analogia o direito disciplinar com o direito penal, mas para descobrir neste aqueles princípios e institutos que são próprios de todo o poder punitivo e que podem ter acolhimento também no direito disciplinar exactamente enquanto tal”) e pp. 291 e 293.

<sup>682</sup>. Assim, Teresa Pizarro Beleza, quando analisa a distinção entre Direito disciplinar e Direito penal, considera, quanto ao primeiro, o Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro (cfr. *Direito Penal*, 1.º Vol., cit., pp. 57 e segs., *maxime*, p. 57), o qual não regula a responsabilidade disciplinar de todos os trabalhadores da Administração Pública, mas a dos funcionários e agentes e mesmo, quanto a estes, não a de todos, constituindo antes o “estatuto disciplinar” geral.

<sup>683</sup>. Ora, “[o] que cada imagem, qualquer que seja a sua forma, tem que ter em comum com a realidade para a poder de todo representar pictorialmente – correcta ou incorrectamente – é a forma lógica, isto é, a forma da realidade” (Ludwig Wittgenstein, *Tratado Lógico-Filosófico*, tradução e prefácio de M. S. Lourenço, Serviço de Educação, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 37).

<sup>684</sup>. Ver Projecto de Lei n.º 316/2007, de 12 de Junho de 2007, *maxime*, artigos 9.º e 10.º.



jurídico são substantivamente comuns ou próximos do Direito laboral privado<sup>685</sup>. O que se fica a dever a uma maior atenção ao facto de tais relações de serviço serem estruturalmente relações jurídicas de trabalho.

A «privatização» das relações de trabalho na Administração não prejudica o seu enquadramento jus-publicístico, seja pela regulação constitucional de aspectos do seu regime jurídico, seja pelos interesses e fins a cargo do empregador público, seja pela respectiva heteronomia financeira (o empregador que não «joga», nas relações de trabalho, o seu «pecúlio pessoal»).

O Direito administrativo regula a actividade e a organização administrativas. Os trabalhadores integram a organização e materializam a actividade. As relações de trabalho na Administração Pública não podem assim deixar de ser objecto da sua atenção e de serem por ele enquadradas, mesmo quando tituladas por vínculo jurídico e regime laboral privado. A qualidade de trabalhador e de parte numa relação de trabalho convoca os institutos e alguns aspectos daquele regime.

O Direito da função pública é, assim, o conjunto dos princípios e regras do Direito administrativo que organizam, enquadram e disciplinam, em maior ou menor medida, as relações de trabalho na Administração Pública<sup>686</sup>. Participa, como Direito administrativo, das características que o distinguem, designadamente, salienta-se o seu carácter público, “conjunturalmente mutável”, não exaurente do seu objecto, “intencionalmente lacunar e aberto” e não codificado<sup>687</sup>.

A locução relação jurídica de emprego público tem hoje maiores virtualidades técnicas do que a expressão função pública. Por um lado, porque esta última é conotada com aquela, que é hoje apenas uma parte das relações de trabalho na Administração Pública; e, por outro lado, porque a percepção legislativa, jurisprudencial e dogmática é, como

---

<sup>685</sup>. Cfr. artigo 5.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, e “PL 316/2007” de 12 de Junho.

<sup>686</sup>. O objecto do Direito da função pública, enquanto Direito administrativo especial, são as relações de trabalho na Administração Pública e não, como dizem Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos “o exercício da função administrativa” (Direito Administrativo Geral, cit., p. 79). Só de forma mediata se pode considerar a afirmação.

<sup>687</sup>. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, Direito Administrativo Geral, cit., pp. 52 a 55.

deve ser, a “percepção laboral”, a do estudo das relações jurídicas de trabalho estabelecidas com uma pessoa colectiva pública e não o da relação de um sujeito que, juridicamente, se dilui, ao serviço de um superior hierárquico ou da comunidade abstractamente considerada.

Colocado o enfoque nas relações de trabalho, assente que o Direito disciplinar a considerar é o da relação jurídica de emprego público, percebe-se que é excessiva e desajustada a compreensão do Direito disciplinar como Direito penal e que os pontos de contacto com este são sobretudo, no Direito administrativo geral, com alguns valores imediatos da actividade administrativa<sup>688</sup>, mediatizados nas relações de trabalho.

- 3) O trabalhador na relação jurídica de emprego vincula-se voluntariamente a realizar uma dada prestação ou actividade ou a disponibilizar a sua força de trabalho. A assunção de um compromisso voluntário afasta, também, a assimilação de uma sanção aplicada no quadro da respectiva relação jurídica a uma sanção penal<sup>689</sup>.

### 2.3.2. O âmbito material de intervenção

A intervenção penal tem um carácter subsidiário e, portanto, fragmentário, que a vocaciona para os “ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes”<sup>690</sup>. Dir-se-á, então, que são sempre mais graves as sanções penais do que quaisquer outras. A invocada relatividade da maior gravidade da intervenção penal face à disciplinar, demonstrada pela contraposição

---

<sup>688</sup>. “As regras de direito criminal tutelam interesses essenciais para a colectividade, que muitas vezes coincidem com interesses públicos que compete à administração pública prosseguir”. Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, cit., pp. 71 e 72.

<sup>689</sup>. Cfr. Acórdão de 17 de Dezembro de 1970, “Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel”, Caso 11-70, in [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int). O Tribunal de Justiça, ao argumento de que a perda de caução, consequente à não execução de um compromisso de importação ou de exportação constituiria uma contra-ordenação ou uma pena, afirmou que não pode ser assimilada a uma sanção penal, pois não constitui senão a garantia de execução de um compromisso voluntariamente assumido (considerando 18).

<sup>690</sup>. Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., pp. 90, 106 e 293, nota 107, e STC 56/1998, de 16 de Março de 1998, in [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es) (: No “processo ventilam-se os conflitos sociais mais graves e chega-se às consequências mais lesivas para os cidadãos”).

A qualificação de um dado comportamento como crime não se dissocia da sua gravidade. Elucidativa é a expressão de Eça de Queirós (Uma Campanha Alegre, de “As Farpas”, XLVII, Dezembro, 1871, Vol. I, Lello & Irmão, Editores, Porto, 1979, p. 286): “E notem que o Código diz cometerem um crime. É um crime: não é a honesta contravenção nem a modesta infracção! É o crime”.

entre sanção disciplinar expulsiva ou despedimento por justa causa disciplinar e, por exemplo, uma pena de multa<sup>691</sup>, é frágil, pelas seguintes razões:

- a) Por um lado, porque a correspondência entre os factos disciplinarmente punidos com a sanção disciplinar mais grave e a eventual moldura penal para os mesmos ou similares factos não os quedará, as mais das vezes, no Direito penal, ao nível da pena de multa.
- b) Por outro lado, porque, como se vê, é uma análise parcelar, sem que a conclusão que permita (da maior gravidade de determinada ou determinadas sanções disciplinares) possa ser afirmada em termos globais.
- c) Acresce que, ainda que seja de atender a uma diferença de grau, ela não esgota toda a diferença entre Direito penal e Direito disciplinar<sup>692</sup>. A diferença não se queda pela avaliação da gravidade das acções puníveis e a mensurabilidade da maior ou menor gravidade de cada sanção no conjunto de sanções típicas de cada um dos “universo” ou da mensurabilidade da gravidade global de um e outro elenco de sanções.

O Direito penal, segundo o paradigma vigente, ordena-se à protecção dos bens jurídicos fundamentais para a “realização pessoal” ou o “livre desenvolvimento ético da pessoa” - “bens jurídicos correspondentes às dimensões e liberdades fundamentais da pessoa humana” - e para a “subsistência e funcionamento da sociedade democraticamente organizada”, se e na medida em que, a essa luz, a sua tutela seja necessária e eficaz<sup>693</sup>. Numa “sociedade do riscos”, o paradigma vigente vai-se enriquecendo, para tutelar os “novos ou grandes riscos típicos”, com destaque para a assunção da protecção de “bens jurídicos sociais, trans-individuais, trans-pessoais, colectivos” - que “encontram refracção legitimadora ... na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos sociais, económicos e ecológicos” e justificação na necessidade de evitar tais riscos e promover a observância

---

<sup>691</sup>. Ou da “pena de prisão por 15 dias suspensa”, no exemplo, acima referido, de Teresa Pizarro Beleza, *Direito Penal*, 1.º Volume, cit., p. 58. Ver Juan Manuel Trayter, *Manual de Derecho Disciplinario de los Funcionarios Publicos*, cit., pp. 72 e 73.

<sup>692</sup>. Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., p. 90.

<sup>693</sup>. Manuel da Costa Andrade, “A ‘dignidade penal’ e a ‘Carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Abril-Junho, 1992, pp. 173 a 205, *maxime*, pp. 178 a 181, Américo A. Taipa de Carvalho, *Direito Penal*, Parte Geral. *Questões Fundamentais*, Porto, 2003, pp. 60, 129 a 132, e Luís Duarte D’Almeida, António Lamego e Sónia Reis, “Para Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante”, in *Revista da Faculdade de*

das respectivas normas da protecção - e para a responsabilidade jurídico-penal de entes colectivos<sup>694</sup>.

Não obstante a evolução do ou no paradigma, o Direito penal distingue-se pela sua ordenação valorativa, teleológico-funcional<sup>695</sup>. Da subsidiariedade do direito penal - pela “aplicação, ao direito penal e à política criminal, dos princípios constitucionais da justiça e da proporcionalidade, este afluindo, designadamente, no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, e ambos decorrentes, iniludivelmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignada no artigo 2.º da lei fundamental” -, “bem como da protecção geral da liberdade”<sup>696</sup> e da ponderação do “postulado da dignidade humana e da danosidade social do facto conexa com o conceito do bem jurídico” resulta a limitação do Direito penal à “intervenção necessária para ‘assegurar a convivência humana na comunidade’”<sup>697</sup>. A

---

Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2002, p. 771.

<sup>694</sup>. Jorge Figueiredo Dias, “O direito penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade do risco’”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares, Coimbra Editora, 2001, pp. 583 a 613. O autor refere que, paralelamente, ao paradigma vigente, esboçam-se paradigmas alternativos, de marcada funcionalização ou de “radicalização da perspectiva individualista e liberal”, deixando a meios não penais e mesmo não jurídicos o fazer face às “fontes dos mega-riscos” (idem).

Ver, também, José Albuquerque, “Reforma do Código Penal. Considerações sobre o crime de poluição previsto e punido pelo artigo 279.º do Código Penal revisto. Alguns problemas de aplicação”, 1996, pp. 1 a 3, pontos 1 a 2.1, in [http://www.pgr.pt/portugues/grupo\\_soltas/pub/difusos/11/reforma.htm](http://www.pgr.pt/portugues/grupo_soltas/pub/difusos/11/reforma.htm), e Germano Marques da Silva, “A Tutela Penal do Ambiente (ensaio introdutório)”, Estudos de Direito do Ambiente. Sessões do Seminário de 2002 de Direito do Ambiente, Coordenação de Mário de Melo Rocha, Publicações Universidade Católica, pp. 10, 18 e 19.

<sup>695</sup>. O Direito penal dá guarida àquilo que tem dignidade penal. Criminaliza e pune as condutas que ético- -socialmente são intoleráveis, ou seja, que afectam bens jurídicos eminentes e cuja afectação é socialmente gravosa e danosa. Sublinha Nadia Belaidi que o Direito penal é um “direito incontestavelmente de ordem pública, na medida em que toda a violação das suas disposições tem por efeito perturbar a ordem social”, considerada como estruturado de organização e paz social e como expressiva dos valores fundamentais da sociedade (Nadia Belaidi, síntese do colóquio que teve lugar na Universidade de Bourgogne, Dijon, em 6 e 7 de Fevereiro de 2003, sobre “A ordem pública ecológica”, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, avril/juin 2003, n.º 2, p. 453).

<sup>696</sup>. Acórdão n.º 274/98/T.Const. - Processo n.º 272/97 (DR., n.º 271, II Série, de 23.11.98, p. 16 626, Agustín Jorge Barreiro, “Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal Español de 1995”, in Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra 1999/2000, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, *Studia Iuridica, Colloquia* - 6, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 112 e 154, e Luís Duarte D’Almeida, António Lamego e Sónia Reis, “Para Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante”, cit., p. 771 (“O Direito penal cumpre ..., limitado sempre por um princípio de culpa, uma tarefa de preservação da estrutura social que o segrega”).

<sup>697</sup>. Acórdão n.º 274/98/T.Const. - Processo n.º 272/97, cit., p. 16 626. Ver “O sistema sancionatório do direito penal português no contexto dos modelos de política criminal”, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, pp. 806 e 807, e Maria del Castillo Falcon Caro, “La responsabilidad penal del

dignidade penal legitima negativamente a criminalização, mas esta só ocorre se legitimada também positivamente, isto é, se houver carência de tutela penal e, portanto, se justificada nos limites da subsidiariedade e da *ultima ratio*<sup>698</sup>.

A infracção disciplinar é substantivamente distinta do ilícito criminal; está em causa a valoração punitiva de bens jurídicos diferentes. No caso do ilícito criminal, aqueles que correspondem a valores jurídicos primários de uma determinada comunidade, sem que a variabilidade resultante da criminalização e descriminalização<sup>699</sup> contrarie este critério:

---

funcionario: artículo 329 del Código Penal”, Cuadernos de política criminal, 1998, n.º 66, p. 675 e p. 682, Américo A. Taipa de Carvalho, Direito Penal, cit., p. 181.

<sup>698</sup>. Luís Duarte D’Almeida, António Lamego e Sónia Reis, “Para Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante”, cit., p. 771 (: os autores observam que o apelo à noção de dignidade penal como expressão de intolerabilidade social de certa conduta não particulariza a “pública intervenção sancionatória” penal; trata mais da finalidade da sanção do que da intervenção.), Manuel da Costa Andrade, “A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, cit., pp. 184 a 188 e 196 a 199 (: tem de verificar-se necessidade de intervenção, por não existir “alternativa idónea e eficaz” e a mesma tem de ser apta para assegurar a tutela pretendida e para a assegurar sem sacrifícios desmesurados face a outros bens jurídicos, entre os quais encimeira a liberdade”), José Albuquerque, “Reforma do Código Penal. Considerações sobre o crime de poluição previsto e punido pelo artigo 279.º do Código Penal revisto. Alguns problemas de aplicação”, cit., pp. 1 a 3, pontos 1 a 2.1 (: “Na medida em que a protecção do meio ambiente se revela necessária [à sobrevivência humana], a tutela penal passa a ser adequada e proporcional à protecção do meio ambiente e, em última análise, à protecção do ser humano. (...) Preservar e defender o ambiente, reconduz-se à defesa da dignidade e liberdade da pessoa humana, cuja salvaguarda constitui o objectivo último do direito penal.”) e DAR, II Série-RC, n.º 20, p. 542.

<sup>699</sup>. Nem sempre correspondem a mudanças valorativas mas ao resultado do aparecimento de novas realidades. Há, de todo o modo, constância nos critérios, apesar de uma certa variabilidade, espaço-temporal, na identificação dos ilícitos passíveis de sanção penal. Há bens jurídicos que são perenemente objecto de tutela penal, como “a vida, a integridade física e a liberdade” - reconduzíveis à esfera dos direitos, liberdades e garantias das pessoas -, relativamente aos quais o legislador tem “o dever de criminalizar as condutas que os lesem” (Américo A. Taipa de Carvalho, Direito Penal, Parte Geral, cit., p. 71). Não nos impressiona a alegação de relatividade dos bens penais. Na alçada do Direito penal especial, é menor a perenidade ou invariabilidade espaço-temporal de valores. A um núcleo estável de punição penal junta-se a estabilidade de critério na delimitação do objecto da punição penal. A ponderação dos parâmetros da discricionariedade legislativa (v. g., o da “defesa” da lei ou prova da sua justificação, o princípio *in dubio pro libertate*) e do princípio da proporcionalidade, e neste, da maior eficácia de tutela jurídica (A. Taipa de Carvalho, Direito Penal, Parte Geral, cit., pp. 175 a 181; os direitos penais especiais, não obstante, tendencialmente, constarem de leis extravagantes ou avulsas, não tem uma menor “dignidade penal”, sendo os mesmos os princípios, regras e métodos do designado direito penal clássico ou comum - obra ora citada - p. 180), determina a própria “configuração interna” do Direito Penal, distinguindo-se entre o “direito penal de justiça” e o “direito penal secundário” ou especial, respectivamente, atinente à “ordenação constitucional relativa aos direitos, liberdades e garantias das pessoas” e àquela cuja referência são os “direitos sociais” e a “organização económica”, na perspectiva da protecção da “esfera de actuação social do homem como membro da comunidade” (Luís Duarte D’Almeida, António Lamego e Sónia Reis, “Para Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante”, cit., p. 773). Entre os dois flui uma tendencial diferença de impacto ético social, que não necessariamente de “grau de gravidade objectiva dos crimes” (Adolfo Merkl, Teoría General del Derecho Administrativo, cit., p. 346) e de maior perenidade do primeiro.

Adolfo Merkl, diversamente, referindo-se à dualidade entre a “justiça penal ou criminal e a justiça penal

num certo espaço e tempo são criminalmente censuráveis os valores essenciais, segundo a lógica da intervenção mínima de um direito por excelência repressivo e, consequentemente, limitativo dos direitos dos indivíduos, em particular da liberdade individual, pela prisão, efeito nunca resultante da aplicação de sanção disciplinar na relação jurídica de emprego público<sup>700</sup>.

O Direito disciplinar no emprego público apela a uma deverosidade funcional e organizacional, delimitada pela relação jurídica de emprego e pelos deveres e obrigações que a traduzem. Define-se e desenha-se para a assegurar.

Os “bens jurídicos protegidos pelo direito disciplinar” relevam, não tanto no recorte das infracções disciplinares, mas sobretudo, como uma “exigência do princípio da proporcionalidade”, para “a determinação da gravidade da infracção e da sanção correspondente”<sup>701</sup>.

As infracções à disciplina podem também ter repercussões sociais<sup>702</sup> e ser nefastas para os interesses públicos da colectividade, mas são consideradas porque consubstanciam comportamentos desvalorosos do trabalhador no quadro da relação jurídica de emprego, atingem “interesses, cujo cuidado está confiado à Administração”, na medida em que

---

administrativa”, argumenta que a “competência da administração em matéria penal é a prova mais decisiva de que o específico valor da justiça não reside nos objectos das mesmas, já que estes se podem converter, com um golpe de asa, isto é, com uma mudança de competência, em objectos de administração” (Teoría General del Derecho Administrativo, cit., p. 341). No sentido da “intercambialidade entre as técnicas punitivas sanção penal-sanção administrativa” se pronuncia a STC n.º 18/1981, de 8 de Junho de 1981 (p. 6), in [www.tribunalconstitucional.es/](http://www.tribunalconstitucional.es/) e in [www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_tc/](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/): “os princípios inspiradores do direito penal são de aplicação, com certas matizes, ao direito administrativo sancionador, dado que ambos são manifestações do ordenamento punitivo do Estado (...), até ao ponto de um mesmo bem jurídico poder ser protegido por técnicas administrativas ou penais, se bem que no primeiro caso com o limite que estabelece o próprio artigo 25.3, ao assinalar que a Administração Civil não poderá impor penas que directa ou subsidiariamente impliquem privação da liberdade.” Marcelo Madureira Prates observa que não é um dado adquirido que a sanção privativa de liberdade seja necessariamente uma sanção penal, que o que se impõe é que seja necessariamente aplicada pelos tribunais, pelo que a reserva é antes “uma *reserva de juiz* do que uma *reserva de matéria penal*” (Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia, Coimbra Editora, 2005, p. 139).

<sup>700</sup>. Carlo Enrico Paliero e Aldo Travi, La Sanzione Amministrativa, cit., pp. 17 e 18, STC 18/1981, registo n.º 101/1980, de 8 de Junho de 1981, in [www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_tc/](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/), STC 56/1998, de 16 de Março de 1998, in [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es/), Jesús Jordano Fraga, Nulidad de los Actos Administrativos y Derecho Fundamentales, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 37, e Eugenio Mele, La Responsabilità dei Dipendenti e degli Amministratori Pubblici, Quinta Edizione, Milano, Giuffrè Editore, 2000, pp. 22 e 23, e Adolfo Merkl, Teoría General del Derecho Administrativo, cit., pp. 348 a 356.

<sup>701</sup>. Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, cit., p. 93.

estejam corporizados no empregador público para com o qual se vinculou<sup>703</sup> e perante o qual responde, nos limites da mesma relação jurídica laboral.

O âmbito do Direito disciplinar é, deste modo, em consentaneidade com o das relações jurídicas a que respeita e os dos interesses dos sujeitos envolvidos, mais restrito<sup>704</sup>.

O poder disciplinar é, assim, funcionalmente autónomo face à acção penal e ao poder estatal de punição dos crimes. É igualmente estruturalmente autónomo, porque não vale por si, mas é instrumental à garantia dos deveres e obrigações do trabalhador na relação jurídica de emprego. O seu âmbito de intervenção é, pois, laboral<sup>705</sup>.

### 2.3.3. Os fins da intervenção penal e da intervenção disciplinar

A intervenção penal e a intervenção disciplinar perspectivam-se de forma diferente quanto aos fins<sup>706</sup>. O “direito penal é um direito de protecção de bens jurídicos”<sup>707</sup>, “referenciados constitucionalmente”<sup>708</sup>, na perspectiva preventiva, de reinserção social do agente punido<sup>709</sup> e no quadro da procura de (ou da maximização de) resultados<sup>710</sup>.

---

<sup>702</sup>. Cfr., por exemplo, as alíneas b) e f), do artigo 26.º do Estatuto Disciplinar de 1984.

<sup>703</sup>. Federico A. Castillo Blanco, *Función Pública Y Poder Disciplinario del Estado*, cit., pp. 43 e 44.

<sup>704</sup>. Embora nos pareça ser de salientar a vertente obrigacional no exercício do poder disciplinar, é pertinente a seguinte observação de Manuel Monteiro Guedes Valente: “O direito disciplinar tem um âmbito de aplicação mais restrito, ou seja, destina-se aos membros da organização humana de cada espécie: administração pública estadual ou local, magistratura, forças militares e militarizadas, ordem dos advogados, universidade, partidos políticos, associações, empresas privadas ... enfim, entidades públicas e privadas que assentam a sua orgânica funcional em estatutos e regulamentos para que cada um dos seus membros conheça as ‘regras em que se move’” (Da Publicação da Matéria de Facto nas Condenações nos Processos Disciplinares, Instituto de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2000, p. 21).

<sup>705</sup>. A Administração, enquanto empregador, precisa do poder sancionatório como garantia de cumprimento pelo trabalhador dos deveres e obrigações a que se vincula por força da relação de trabalho. Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., pp. 109 e 110 (de forma em parte diferente, a autora diz que “a Administração precisa do poder sancionatório para desempenhar eficazmente as funções que lhe foram consignadas”), e Ivone Cacciavillani, *Il Diritto Disciplinare*, Cedam, Padova, 1994, p. 77.

<sup>706</sup>. Carlo Leda, *Il Potere Disciplinare del Datore di Lavoro*, cit., p. 7. “A principal diferença entre direito disciplinar e direito penal (prescindindo dos respectivos fundamentos) reside nos fins que cada um destes dois ramos de direito persegue através da imposição das suas várias espécies de sanção”.

<sup>707</sup>. Anabela Rodrigues, “Sistema punitivo português. Principais alterações no Código Penal revisto”, cit., p. 28, e Figueiredo Dias, *Reforma do Código Penal. Trabalhos preparatórios. Audições parlamentares*, Vol. III, Ministério da Justiça, Comissão de Revisão do Código Penal, Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Lisboa, 1995, p.82.

<sup>708</sup>. Figueiredo Dias, *Reforma do Código Penal. Trabalhos preparatórios*, cit., p. 82.

<sup>709</sup>. Cfr. artigo 40.º, n.º 1, do Código Penal. A “segurança” da legitimidade dos “fins” - concretamente

A punição é, também, legitimada pelo princípio da culpa (no sentido único de que não há pena sem culpa; ademais, sem a culpa específica integrativa do tipo penal<sup>711</sup>), que é igualmente um princípio de limitação, expressão do Estado de direito e da protecção da dignidade da pessoa humana, sem que, não obstante, a pena redunde na expiação da culpa ou seja determinada por ela<sup>712 713</sup>.

Apenas os dois primeiros aspectos constituem a função e o fim do direito penal; “todos os demais aspectos da intervenção penal na sociedade – pense-se basicamente na vertente de

---

prevenção especial e geral - de que este Direito penal se vale, substitui-se à “segurança” que a “ideia retributiva” também durante muito tempo lhe garantiu (Anabela Rodrigues, “Sistema punitivo português. Principais alterações no Código Penal revisto”, cit., p. 29). A doutrina da prevenção geral positiva “representa a pena como um exercício de fidelidade ao direito e de reafirmação contrafáctica da validade das normas e da confiança naquela validade” (Costa Andrade, “O princípio constitucional ‘*nullum crimen sine lege*’ e a analogia no campo das causas de justificação”, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 134, n.ºs 3924 e 3925, p. 76). O Direito penal orientou-se para a prevenção especial, de que constituem manifestações a atenção dada às sanções substitutivas das penas privativas de liberdade e a “instituição individualizadora da liberdade condicional” (Agustín Jorge Barreiro, “Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal Español de 1995”, cit., pp. 110 e150).

<sup>710</sup>. Cfr. Anabela Rodrigues, “Sistema punitivo português. Principais alterações no Código Penal revisto”, cit., p. 29

<sup>711</sup>. Assim, por força do “princípio da tipicidade da excepcional punição da negligência (art. 13.º do Código Penal) – que contrasta com a equiparação geral do dolo e da negligência, estabelecida pelo art.º 483.º, n.º 1, do Código Civil – à exclusão do dolo, determinada pelo art.º 16.º, n.º 2, não se segue uma automática punição por facto negligente” – Teresa Quintela de Brito, O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa, 1994, p. 70.

<sup>712</sup>. A “pena exige a culpa, mas a culpa não torna de modo algum necessária à pena” (Manuel da Costa Andrade, “A ‘dignidade penal’ e a ‘Carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, cit., pp. 202). A prevenção, geral e especial, fundamenta a aplicação da pena, a culpa constitui o seu pressuposto e limite - “concepção preventivo-ética da pena”; a prevenção especial determina a pena tendo como limite máximo a culpa e como limite mínimo a prevenção geral (Américo A. Taipa de Carvalho, Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, cit., pp. 79 e segs.). Ver também Jorge Figueiredo Dias, “O direito penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade do risco’”, cit., pp. 584 a 586, e Hans Joachim Rudolphi, “A consciência da ilicitude potencial como pressuposto da punibilidade no antagonismo entre ‘culpa’ e ‘prevenção’”, in Direito e Justiça, Volume de Homenagem ao Prof. Doutor Gonçalves Cavaleiro Ferreira, Vol. III, 1997/1998, p. 109.

<sup>713</sup>. Cícero, referindo-se aos princípios enunciados por Platão, aos quais “[a]queles que estão à frente dos destinos da república devem inteiramente ater-se” –, a saber, “um, que mantenham o interesse do povo de feição a que, sejam quais forem os seus actos, procedam em conformidade com ele, esquecendo os seus próprios interesses; o outro, que olhem por todo o corpo da república para que, enquanto prestarem atenção a uma parte, não ignorem as restantes” –, enquadra no primeiro o dever de “precaver-nos para que o castigo não seja maior do que a culpa”. Cfr. Dos Deveres (*De Officiis*), Tradução de Carlos Humberto Gomes, Edições 70, sem data, pp.45 a 47.



garantia que deve acompanhar essa intervenção – são limites do *jus puniendi* e não fins do direito penal”<sup>714</sup>.

A intervenção disciplinar justifica-se pela necessidade de assegurar as obrigações e os deveres do trabalhador na relação jurídica de emprego público, os quais incluem, entre outras, as valorações relevantes para a regularidade e o aperfeiçoamento do serviço público, sem se centrar especificamente nestes, mediatizados pelos deveres e obrigações concretos das relações de trabalho<sup>715</sup>.

A aplicação de sanções destina-se a repor a disciplina violada apenas na medida em que determina o trabalhador para o cumprimento funcional, seja porque o interpela para os deveres a cumprir seja porque o impele a não reincidir. A ponderação das circunstâncias em que a infracção foi cometida, das motivações do trabalhador, específico grau de culpa e da personalidade do mesmo, permite determinar a necessidade de punição e da sua medida<sup>716</sup>. A distinção entre penas correctivas e expulsivas revela a prevalência nas primeiras da finalidade de prevenção especial positiva e nas segundas a prevalência da prevenção especial negativa e da prevenção geral, reportada aos demais trabalhadores.

---

<sup>714</sup>. Anabela Rodrigues, “Sistema punitivo português. Principais alterações no Código Penal revisto”, cit., p. 30, e Hans Joachim Rudolphi, “A consciência da ilicitude potencial como pressuposto da punibilidade no antagonismo entre “culpa” e “prevenção””, cit., pp. 83, 97, 109 e 110: “...a tarefa do direito penal não é retribuir a culpa, mas evitar as violações de bens jurídicos, insuportáveis para a sociedade” (p. 83). Sem prejuízo, e sem pôr em causa que são de afastar “os objectivos da primitiva intimidação e da pura segurança”, observa que “não é de desconsiderar que, também com a pena são co-determinados objectivos preventivos ambicionados, através do princípio da culpa” (p. 110).

<sup>715</sup>. Diversamente Marcello Caetano, *Do Poder Disciplinar*, cit., pp. 25, 34 e 43. Marcello Caetano considera que “é ainda o interesse do serviço cuja regularidade tem de ser defendida” que fundamenta o poder disciplinar sobre as pessoas que estão ligadas a um serviço público por um vínculo outro que não o de trabalho, como, por exemplo, os examinandos, os estudantes e os presos (p. 34). Em sentido semelhante, Éric Massat advoga que, no Direito disciplinar, trata-se de fazer respeitar, pelos trabalhadores, as “regras próprias da ordem institucional às quais estão ligados, de serem sancionados com base nas faltas frequentemente determinadas *a posteriori* e *in concreto*, de se submeter ao estatuto interno do serviço, de sujeitar-se as suas obrigações”. Em contraponto, no Direito penal, está em causa “a ordem global considerada, *a priori* e *in abstracto*, aquilo que está excepcionalmente excluído” (“Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l’administratifs. Contribution à une étude sur le pouvoir administratif visant les usagers des services publics”, *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*, n.º 4, Octobre/Décembre 2003, p. 760).

<sup>716</sup>. Cfr. artigos 28.º e 29.º do Estatuto Disciplinar de 1984.

O Direito disciplinar é, como Direito penal, direito sancionatório ou punitivo<sup>717</sup>, ao contrário deste e do que “sugeriria uma aproximação fragmentária da disciplina”<sup>718</sup>. Tem ainda uma dimensão regulativa, um “carácter constitutivo ou preceptivo estendendo-se à formulação de regras de conduta (disciplinarmente sancionadas)”<sup>719 720</sup>. ou uma “dimensão organizativa, constitutiva e solidarista”<sup>721</sup>. Tem igualmente uma dimensão premial<sup>722 723</sup>,

---

<sup>717</sup>. Américo A. Taipa de Carvalho, *Direito Penal, Parte Geral*, cit., p. 182, Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., p. 95 (“ambas constituem manifestações repressivas”), Éric Massat, “Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l’administration. Contribution à une étude sur le pouvoir administratif visant les usagers des services publics”, cit., p. 760 (A analogia entre a acção penal e a acção disciplinar não vai além da sua identidade repressiva e o seu fim de ordem pública) e Giselle Cibilla Silva, no “Direito Administrativo disciplinar” brasileiro, in “A prescrição no Direito Administrativo disciplinar”, [http://www.redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano-V\\_novembro\\_2005/-giselleprescricao.pdf](http://www.redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano-V_novembro_2005/-giselleprescricao.pdf) (: “O direito disciplinar, muito embora constitua sector autónomo da ciência jurídica, guarda estreita relação com o direito penal, de forma que os institutos deste ramo jurídico acabam por influenciá-lo. Não se trata de afirmar o direito disciplinar como espécie do direito penal, mas de analisá-lo à luz do direito sancionador, do qual o direito penal também é parte.”).

<sup>718</sup>. Éric Massat, “Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l’administration. Contribution à une étude sur le pouvoir administratif visant les usagers des services publics”, cit., p. 761.

<sup>719</sup>. Carlo Leda, *Il Potere Disciplinare del Datore di Lavoro*, cit., p. 8, e João Alfaia, *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, Vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 1985, pp. 504 e 505: o “poder disciplinar consiste na faculdade e dever que o superior hierárquico possui de manter a ordem dos serviços, inclusive, para tanto, punindo os subalternos ou accionando os mecanismos necessários para tal (quando a pena a aplicar exceda a sua competência)”, poder de punir esse que é a “faceta mais importante” (mas não a única) do poder disciplinar.

<sup>720</sup>. Considere-se a figura da “disciplinary probation”, que consiste em colocar o trabalhador, durante determinado período de tempo, sob a prova preventiva de uma acção disciplinar subsequente, que não terá lugar se a causa ou causas disciplinarmente relevantes que lhe são imputáveis forem corrigidas ou reparadas durante esse período. Cfr. 1208 do Civil Service Rules, in <http://www.dscs.state.la.us/PROGASST/CSRULES.htm>.

<sup>721</sup>. Éric Massat, “Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l’administration; Contribution à une étude sur le pouvoir administratif visant les usagers des services publics”, cit., p. 761.

<sup>722</sup>. Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, *A Função Pública Portuguesa. Estatuto Novo ou Nova Política?*, cit., p. 49, nota 38 (“Notar-se-á, ainda, que não basta olhar à «responsabilidade» apenas como garante da punição de faltas. É preciso, também, encará-la na sua contrapartida: - o prémio ao mérito. Daí que na estruturação da nova função pública se devam prever medidas destinadas a estimular e a encorajar o mérito individual.”), Alejandro Nieto, “Problemas capitales del derecho disciplinario”, *Revista de Administración Pública*, n.º 63, Septiembre-Diciembre, 1970, p. 49 (Em 1775, Castillo de Bobadilla assinala já que a “intenção do Rei, que determina a fiscalização do seu Corregedor, é para que se syndique e saiba tanto do seu bem proceder como das suas culpas; que se averigüe da sua lealdade, do cuidado, prudência e diligência com que administram a justiça e cumprem os mandatos reais”), Guido Landi, “Disciplina”, cit., p. 18, e Michel Foucault, *Surveiller et punir*, cit., p. 212. Este último escreve: “A punição, na disciplina, não é senão um elemento de um sistema duplo: gratificação-sanção.”.

<sup>723</sup>. Visível em certos estatutos jurídicos laborais, em que a disciplina é especialmente importante e ou regulada. É o caso dos militares e agentes militarizados e dos agentes dos serviços e forças de segurança.

Expressivo da dupla feição, punitiva e premial, da disciplina, são, por exemplo: (1) o artigo 93.º do Regulamento disciplinar do exército, de 15 de Dezembro de 1875, onde se previa a possibilidade dos

traduzida na atribuição de louvores e “recompensas”, por exemplo, pelo “bom serviço” ou pela assiduidade<sup>724</sup>. Expressivamente, e com as devidas adaptações, o artigo 73.º do Regulamento disciplinar de 16 de Maio de 1913, dispunha: “Os meios que o superior tem, para manter a disciplina, são, em primeiro lugar o próprio exemplo, e em segundo lugar a recompensa, a persuasão e o castigo, ...”<sup>725</sup>. De forma mais específica, o artigo 2.º, n.º 3.º, do Decreto n.º 11:311, de 1 de Dezembro de 1925, estabelecia: “Os chefes empregarão os seguintes meios para obter a disciplina: // a) Conduzir-se modelarmente; // b) Ser criterioso nas suas determinações; // c) Instruir os subordinados acerca do cumprimento dos seus deveres; // d) Fiscalizar o cumprimento de tudo o que estiver determinado; // e) Impor-se pela justiça do seu procedimento e pelo cuidado constante para que os inferiores gozem todos os seus direitos compatíveis com as exigências, estabelecendo a estima recíproca, que não deve todavia ir até à familiaridade, só permitida entre oficiais ou praças da mesma classe fora dos actos de serviço; f) Recompensar os subordinados que se distinguirem no

---

“comandantes dos corpos, primeiros responsáveis pela manutenção da disciplina, além da competência disciplinar para punir, poder[em], como estímulo para o bom comportamento e zeloso cuidado no cumprimento dos deveres militares, remunerar as praças de pret sob o seu comando (...) [por exemplo]: // 1.º Dispensar das formaturas de revista (...); 4.º Graduar no posto de cabo (...); (2) o artigo 136.º do Regulamento disciplinar do exército, de 5 de Julho de 1894, aprovado por decreto da mesma data, in Collecção Official de Legislação Portuguesa, Anno de 1894, Imprensa Nacional, Lisboa, 1895, p. 564: “Ao direito de punir é inerente o de recompensar, e só é competente para recompensar quem tem competência para punir”; (3) Idêntica é a redacção do artigo 122.º do Regulamento disciplinar do exército, de 16 de Dezembro de 1896, aprovado por Ordem do exército n.º 26, referida a 21 de Dezembro de 1896, in Diário do Governo, n.º 41, de 22 de Fevereiro de 1897, p. 516; (4) O artigo 120.º do Regulamento disciplinar do exército, de 2 de Maio de 1913, aprovado por Decreto da mesma data, in Diário do Governo, n.º 113, de 16 de Maio de 1913, p. 1807, afirmando que ao “direito de punir é inerente o de recompensar”, não associa a competência para recompensar à de punir; (5) No primeiro parágrafo do preâmbulo do Decreto n.º 11:311, de 1 de Dezembro de 1925, que aprovou o Regulamento de disciplina militar (in Colecção Oficial de Legislação Portuguesa, publicada no ano de 1925, segundo semestre, Imprensa Nacional, Lisboa, 1928, p. 887) justifica-se a atenuação das penas, “quer na duração quer nos efeitos”, quer a ampliação das recompensas, pelo “moderno critério da equidade e as actuais exigências da disciplina”. O seu artigo 77.º dispõe: “A competência disciplinar resulta naturalmente do dever que todos os superiores têm de recompensar ou punir dentro dos princípios, condições e limites consignados neste regulamento.” (6) De acordo com o artigo 4.º, n.º 34.º do Regulamento de disciplina militar, de 15 de Junho de 1929, (aprovado pelo Decreto n.º 16:963, da mesma data, in Colecção Oficial de Legislação Portuguesa, publicada no ano de 1929, primeiro semestre, Imprensa Nacional, Lisboa, 1936, p. 1048) constitui dever dos militares “[r]ecompensar os seus subordinados, quando o merecerem, pelos actos por eles praticados ou propor superiormente a recompensa adequada se a julgar superior à sua competência”.

<sup>724</sup>. Ludgero Neves, *Direito Administrativo cit.*, p. 187. Os artigos 25.º, 26.º e 27.º (também artigos 28.º e 29.º) do Regulamento Disciplinar de 1913 versam sobre as “recompensas atribuídas aos funcionários com bom serviço e a ele assíduos”.

<sup>725</sup>. Cfr. Regulamento em referência, aprovado por Decreto da mesma data, in Diário do Governo, n.º 113, de 16 de Maio de 1913, p. 1805.

cumprimento dos seus deveres; // g) Punir as infracções em harmonia com os preceitos deste regulamento.”

#### **2.3.4. A estrutura das normas jurídicas penais e das normas jurídicas disciplinares**

Registou-se, acima, o entendimento segundo o qual “entre o direito disciplinar e o direito penal” existe “uma evidente afinidade estrutural”, assente no facto de ambos definirem os pressupostos da respectiva responsabilidade e da sua exclusão, “bem como as consequências jurídicas” dos correspondentes ilícitos<sup>726</sup>. A afirmação é diluente de efeito útil e compreensivo, porque susceptível de aplicação a normas disciplinadoras de uma qualquer forma de responsabilidade.

Relativamente ao Direito disciplinar da relação jurídica de emprego público pode dizer-se, em geral, o mesmo que Cavaleiro de Ferreira assinala quanto às normas do direito penal, isto é, que, na “legislação disciplinar”, se encontram “como em toda a ordem jurídica, normas jurídicas preceptivas e proibitivas, bem como atributivas e permissivas”<sup>727</sup>.

As suas normas singularizam-se, não obstante, quanto a alguns aspectos:

- a) As normas que definem as infracções disciplinares, sendo proibitivas, ao identificarem condutas a não adoptar, são também prescritivas da observância dos “deveres gerais ou especiais decorrentes da função que [o trabalhador] exerce”<sup>728</sup>, deveres cuja demonstração da respectiva violação tem de ser feita na acusação e decisão punitiva<sup>729</sup>.

---

<sup>726</sup>. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, cit., pp. 70 e 71.

<sup>727</sup>. Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982, Editorial Verbo, 4.ª edição, 1992, p. 52.

<sup>728</sup>. Considera-se infracção disciplinar o facto, ainda que meramente culposo, praticado pelo funcionário ou agente *com violação de algum dos deveres gerais ou especiais decorrentes da função que exerce* (artigo 3.º, n.º 1, do Estatuto Disciplinar de 1984 – itálico nosso).

<sup>729</sup>. Sandro Lúcio Dezan refere, também, que “as condutas [disciplinares] ilícitas são descritas ...através de comandos normativos proibitivos ou impositivos” (“O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imputação subjectiva”, p. 3, in <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=6154>).

No Direito penal, as “normas incriminadoras ... são normas preceptivas ou proibitivas, consoante prevêm crimes de omissão ou crimes de comissão”<sup>730</sup>, distinção que não existe *qua tale* na “legislação disciplinar”.

- b) No Direito penal, a “estrutura das normas incriminadoras em sentido lato” compreende “o preceito primário, que define o crime” e o “preceito secundário ou sanção, que comina a pena”, sem prejuízo da existência de mais do que uma incriminação numa disposição legal, de disposições legais que “prevêm modalidades de execução do mesmo crime”, de outras “privadas de preceito secundário” e ou “inicialmente do preceito primário” (normas penais em branco)<sup>731</sup>.

Na “legislação disciplinar”, temos quanto às infracções disciplinares, fundamentalmente, normas delimitativas de categorias de infracções, reunidas em disposição legal, que apresenta primeiro a norma secundária e é seguida de normas que as enunciam e ou concretizam (as infracções); estas, por vezes, reúnem mais do que uma infracção<sup>732</sup>.

- c) Para além da dependência de algumas normas jurídicas disciplinares de outros instrumentos normativos<sup>733</sup>, as mesmas apresentam uma tessitura normativa em geral menos densa do que as do direito penal<sup>734</sup>. Do conjunto, resulta uma tipicidade imperfeita das infracções disciplinares.

### 2.3.5. Os princípios fundamentais da responsabilidade penal e da responsabilidade disciplinar

A responsabilidade penal pressupõe a prática de um facto ilícito típico e, em princípio, doloso, identificado na lei<sup>735</sup>. A responsabilidade disciplinar pressupõe a prática de um

---

<sup>730</sup>. Manuel Cavaleiro de Ferreira, Lições de Direito Penal, I, cit., p. 52.

<sup>731</sup>. Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, cit., pp. 52 e 53.

<sup>732</sup>. É o caso clássico dos estatutos disciplinares portugueses. Ver, v.g., os artigos 22 a 26.º do Estatuto Disciplinar de 1984.

<sup>733</sup>. Cfr., por exemplo, artigos 23.º, n.º 2, alínea e) e 27.º, n.º 1, alínea c), do Estatuto Disciplinar de 1984.

<sup>734</sup>. Cfr. artigos 22.º a 27.º do Estatuto Disciplinar de 1984.

<sup>735</sup>. Cfr. artigo 13.º do Código Penal e Américo Taipa de Carvalho, Direito Penal, Parte Geral, cit., pp. 132 a 134.

facto ilícito, identificado por «tipos legais abertos», e meramente culposos<sup>736</sup>. Como se infere do enunciado, constituem princípios fundamentais de ambos os tipos de responsabilidade os princípios da legalidade e o princípio da culpa. No entanto, como é perceptível, não é, nos mesmos, igual a respectiva configuração. Acresce que, como resulta do já visto acima e da própria referência à tipicidade dos crimes, constitui princípio estruturador da responsabilidade penal o princípio da intervenção mínima.

O princípio da legalidade é um princípio cardinal da responsabilidade penal (*nullum crimen nulla poena sine lege*). Alguém só pode ser penalmente responsabilizado por uma dada acção ou omissão se a mesma foi “predefinida pelo legislador como crime” e se o facto ou os factos que consubstanciam a sua acção ou omissão concreta se identifiquem na *fattispecie* legal. Pelo crime praticado não lhe pode senão ser aplicada uma das penas legalmente previstas<sup>737</sup>.

Este entendimento (estrito) da legalidade afasta da sede penal a analogia. O significativo número e diversidade de existentes *fattispecie* penais tornaria fácil a recondução de factos não previstos a normas reguladoras de casos análogos, esvaziando o alcance enunciado do princípio<sup>738</sup>. Conexo com o princípio da legalidade, temos o princípio da não retroactividade da lei penal e o da aplicação das disposições mais favoráveis ao réu, de molde a, respectivamente, assegurar a predeterminação legal das condutas puníveis e das formas de punição e a valoração jurídica legal, a socialmente tida, na actualidade, por necessária, e que beneficia aquele<sup>739</sup>.

A definição pela lei das infracções e sanções disciplinares não tem o mesmo alcance. A Constituição reserva à Assembleia da República o “regime geral de punição das infracções disciplinares”, a matéria dos “direitos, liberdades e garantias” (entre os quais, o direito de acesso à função pública e o direito à segurança no emprego) e as “bases do regime e âmbito

---

<sup>736</sup>. Cfr. artigo 3.º do Estatuto Disciplinar de 1984 e, de forma diferente, os artigos 365.º a 367.º, 372.º e 374.º e 396.º do Código do Trabalho.

<sup>737</sup>. Cfr. artigo 1.º, n.º 1, do Código Penal português. Ver, também, Eugenio Mele, *La Responsabilità dei Dipendenti e degli Amministratori Pubblico*, Quinta Edizione, Milano, Giuffrè Editore, 2000, pp. 23 e 24.

<sup>738</sup>. Cfr. artigo 1.º, n.º 3, do Código Penal, e ver Eugenio Mele, *La Responsabilità dei Dipendenti e degli Amministratori Pubblico*, cit., p. 24, e Teresa Pizarro Beleza, *Direito Penal*, 1.º Vol., cit., pp. 48 e 49, 325 a 330, e 350 e 351.

da função pública”. Diferentemente da responsabilidade penal, as infracções e o procedimento disciplinares não são objecto de reserva parlamentar e, em matéria de legislação laboral, importa ter presente o direito dos trabalhadores da Administração Pública à contratação colectiva<sup>740</sup>. Acresce que, enquadrando-se a responsabilidade disciplinar na relação jurídica de emprego, torna-se difícil especificar, esgotando, legislativamente as condutas disciplinarmente relevantes do sujeito trabalhador. Tal não deve prejudicar a identificação prévia da acção ou omissão infractora segundo critérios que permitam a segurança dos trabalhadores quanto à respectiva punibilidade.

O carácter geralmente menos preciso da definição das infracções disciplinares “permite, de forma diferente do direito penal, englobar o simples ‘começo de execução’ ou simples comportamentos de ajuda e assistência”; e “é mais fácil dissociar o cúmplice do autor principal ou, pelo contrário, dar-lhe o mesmo tratamento”<sup>741</sup>; a “participação nos factos de maneira diferenciada”<sup>742</sup> não está sujeita à sua medida gradativa em face de uma determinada infracção. A infracção disciplinar de um trabalhador é valorativamente autónoma, sem qualquer relação de dependência com a conduta de outros agentes que nela intervenham, como co-autores ou cúmplices<sup>743</sup>.

O carácter pessoal da “repressão penal”<sup>744</sup> e da “repressão disciplinar” é um traço comum, diferentemente da “repressão administrativa”, que tanto pode ter por destinatários pessoas físicas ou singulares como pessoas colectivas. Ao tradicional princípio *universitas* ou *societas delinquere non postest* sucedeu a aceitação “da responsabilidade penal dos entes

---

<sup>739</sup>. Eugenio Mele, *La Responsabilità dei Dipendenti e degli Amministratori Pubblico*, cit., pp. 24 a 26.

<sup>740</sup>. Cfr. artigos 165.º, n.º 1, alíneas d), b) e t), e artigos 47.º, n.º 2, 53.º e 56.º, n.ºs 3 e 4, da CRP.

<sup>741</sup>. Mireille Delmas-Marty e Catherine Teitgen-Colly, *Punir Sans Juger? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Ed. Economica, 1992, p. 56, e artigos 21.º a 29.º do Código Penal.

<sup>742</sup>. “Informe” da “Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público”, Abril de 2005, p. 218, in [www.map.es](http://www.map.es).

<sup>743</sup>. Vítor António Duarte Faveiro, “Esquema de uma teoria geral da infracção disciplinar”, cit., p. 901.

Daí a ausência de previsão de situações de co-autoria, cumplicidade e outras formas de atribuição de relevância jurídica à articulação ou entrecruzamento dos trabalhadores na prática de infracção disciplinar.

<sup>744</sup>. Yves Mayaud, “Fautes concurrentes et dimension personnelle de la responsabilité pénale dans la fonction publique territoriale (Cass. crim. 3 déc. 2002, n.º 01-85.109, Bul. crim., n.º 219)”, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Avril/Juin 2003, n.º 2, pp. 334 e 335.

colectivos”<sup>745</sup> (artigo 11.º do Código Penal de 1982), imposta, nalguns casos, por obrigações públicas internacionais<sup>746</sup>. Não obstante, as pessoas singulares e as pessoas colectivas não são indiferenciadamente passíveis de responsabilidade criminal<sup>747</sup>. Os casos em que está prevista são interpretados como “desvios ao rigoroso cumprimento do princípio da pessoalidade ... sem que tente, contudo, destruí-lo”<sup>748</sup>. Uma “organização ou um ente”, ainda que dotado de personalidade jurídica, “não têm senão vontade em sentido figurado, não tendo condições de poder maturar o processo psíquico necessário para a idealizar e

---

<sup>745</sup>. Jorge Figueiredo Dias, “O direito penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade de risco’”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares, Coimbra Editora, 2001, p. 607, e Franck Moderne, “La sanction administrative”, *Revue Française de Droit Administratif*, 2002, Mai-Juin, n.º 3, p. 494, e Fabrice Melleray, “Ça notion judiciaire de service public”, *AJDA*, n.º 3/2002, de 27 janvier 2003, p. 115 (Em França, por Lei de 27 de Julho de 1992, entrada em vigor em 1 de Março de 1994, foi introduzida no Código Penal a responsabilidade penal das pessoas colectivas, públicas, com exclusão do Estado, e das pessoas colectivas privadas - artigo 121-2) e Agustín Jorge Barreiro, “Directrizes político-criminais y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal Español de 1995”, cit., pp. 146 e 147 (O Código Penal espanhol de 1995 prevê medidas aplicáveis às pessoas colectivas, como o encerramento, a dissolução e a suspensão de actividade. Afirmando o princípio da irresponsabilidade penal das pessoas colectivas não deixa de estabelecer “reacções punitivas [a que chama “consecuencias accesorias”] contra quem, como as empresas ou sociedade, não é possível aplicar penas ou medidas de segurança, e utiliza o aparelho organizativo para a comissão de delitos”).

<sup>746</sup>. A partir dos anos 70/80, foram sendo ultrapassadas as resistências à consagração legal da responsabilidade das pessoas colectivas - Américo A. Taipa de Carvalho, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais*, cit., pp. 169 e 170, e Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, cit., pp. 267 e 268.

Dos trabalhos da “Unidade de Missão Para a Reforma Penal”, dirigida por Rui Pereira, destaca-se a “previsão da responsabilidade penal das pessoas colectivas, não para todos os crimes, mas relativamente àqueles que são facilitados pela existência da própria pessoa colectiva e em vários casos impostos por compromissos internacionais (*maxime*, pelo Direito comunitário europeu)”, tais como: a violação de regras de segurança, o crime de tráfico de seres humanos, os crimes sexuais contra menores, a burla informática, a burla relativa a trabalho ou emprego, a discriminação racial ou religiosa, as falsificações, os crimes de perigo comum, o tráfico de influência e a corrupção. Esta responsabilidade só existe quando o crime “é cometido em nome e no interesse da pessoa colectiva e não prejudica a responsabilidade das pessoas singulares”. Cfr. “Revisão do Código Penal – Principais alterações”, ponto 2, in <http://www.mj.gov.pt/sections/justica-tribunais/justica-criminal/unidade-de-missao> e artigo 1.º e artigo 2.º Proposta de lei n.º 98/X, de 12 de Outubro de 2006, in [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt).

<sup>747</sup>. A nova redacção sugerida para o artigo 11.º do Código Penal, pela Proposta de lei citada, cuja epígrafe é “Responsabilidade das pessoas singulares e colectivas” é a seguinte: “1 – Salvo o disposto no número seguinte e nos casos especialmente previstos na lei, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal. // 2. As pessoas colectivas e entidades equiparadas, com excepção do Estado, de outras pessoas colectivas públicas e de organizações internacionais de direito público, são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos ...”.

<sup>748</sup>. Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, cit., p. 267.



[para] a comissão de um crime”; são as pessoas que pelos mesmos agem que adoptam a “conduta antijurídica, penalmente relevante”<sup>749</sup>.

O carácter pessoal da responsabilidade penal torna irrelevante o grau hierárquico a que corresponde o exercício de certas funções e a existência de delegação de poderes, bastando a efectividade de certa autonomia de actuação e de autodeterminação quanto aos deveres a cumprir, sem prejuízo da sua ponderação na determinação da medida da pena<sup>750</sup>. Procede ainda independentemente da de outros responsáveis<sup>751</sup>. Na responsabilidade disciplinar, aqueles dois primeiros aspectos podem influir na determinação da sanção e da sua medida e o enquadramento hierárquico exclui, em certas condições, a responsabilidade do trabalhador ou órgão subalterno<sup>752</sup>.

O carácter pessoal da responsabilidade disciplinar e da responsabilidade penal, assim como a sua natureza sancionatória, postulam-nas como uma responsabilidade subjectiva, isto é, que o respectivo sujeito tenha agido de forma livre, consciente e deliberadamente ou sem a diligência que lhe era exigível<sup>753</sup>. Diversamente acontece da responsabilidade civil, onde, a

---

<sup>749</sup>. A Proposta de lei n.º 98/X, de 12 de Outubro de 2006 afirma a responsabilidade das pessoas colectivas por certos crimes quando os mesmos sejam cometidos “em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança” (isto é, pelos “órgãos e representantes da pessoa colectiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade”) ou “por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem”.

Germano Marques da Silva esbate a ideia de responsabilidade penal das pessoas colectivas, referenciando no artigo 12.º a “incriminação dos que actuam em nome e no interesse delas.” Destaca o facto de os “crimes ecológicos dos art.ºs 278.º e 279.º” não abrangerem as pessoas colectivas, o que depõe a favor da ideia de que “não são meras infracções da ordem pública, mas verdadeiros crimes, puníveis até com a espécie de pena mais grave”, e o facto de a “estigmatização que culturalmente é inerente ao direito penal ..., enquanto factor de prevenção”, perder, nesse caso, eficácia. Cfr. “A Tutela Penal do Ambiente (ensaio introdutório)”, Estudos de Direito do Ambiente. Sessões do Seminário de 2002 de Direito do Ambiente, Coordenação de Mário de Melo Rocha, Publicações Universidade Católica, pp. 18 e 19.

Especifica Eugenio Mele: “Para poder chamar pessoalmente a juízo o representante legal de um ente ou, de qualquer modo, o sujeito titular de um órgão complexo, importa a demonstração de que o sujeito físico particular deixou de adoptar particulares medidas idóneas a evitar a produção de um certo facto penalmente ilícito” (Responsabilità dei Dipendenti e degli Amministratori Pubblici, Milano, Giuffrè Editore, 2000, Quinta Edizione p. 54).

<sup>750</sup>. Cfr. artigo 71.º do Código Penal.

<sup>751</sup>. Yves Mayaud, “Fautes concurrentes et dimension personnelle de la responsabilité pénale dans la fonction publique territoriale (Cass. crim. 3 déc. 2002, n.º 01-85.109, Bul. crim., n.º 219)”, cit., pp. 334 e 335.

<sup>752</sup>. Cfr. artigos 28.º, 29.º e 10.º do Estatuto Disciplinar de 1984.

<sup>753</sup>. Cfr. artigo 3.º, n.º 1, do Estatuto Disciplinar de 1984 e artigos 363.º e 396.º do Código do Trabalho e artigo 13.º do Código Penal. Ver, também, Teresa Pizarro Beleza, Direito Penal, cit., pp. 49 a 52, Germano

par da responsabilidade subjectiva, tem cada vez mais expressão a responsabilidade civil objectiva, com cedência da exigência de culpa e ou de ilicitude.

Ao carácter sancionatório da responsabilidade disciplinar liga-se a “exigência de censurabilidade ético-individual” do trabalhador infractor<sup>754</sup>. A culpa é um seu “pressuposto irrenunciável”<sup>755</sup>. Não releva, no entanto, no Direito disciplinar nos mesmos termos em que releva no Direito penal. Neste, a “forma particular que toma a exigência da culpabilidade” é determinante para a incriminação<sup>756</sup>. Os «tipos» disciplinares não pressupõem, em geral, um determinado tipo de culpa<sup>757</sup>. O carácter doloso ou negligente da actuação do trabalhador releva, fundamentalmente, para efeitos de determinação da sanção<sup>758</sup>.

### **2.3.6. A coexistência do desvalor jurídico-disciplinar e do desvalor jurídico-penal relativamente a certas condutas do «funcionário»**

Pelas acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos pode o funcionário e agente do Estado e das demais entidades públicas responder civil, criminal e disciplinarmente (artigo 271.º, n.º 1, da CRP). As duas primeiras responsabilidades efectivam-se perante os tribunais: “Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo” (artigo 202.º, n.º 1, da CRP). Os tribunais judiciais são os tribunais comuns em matéria cível e criminal e demais matérias não atribuídas a outras ordens jurisdicionais (artigo 209.º, n.º 1, al. a), e artigo 211.º, n.º 1, da CRP). Aos tribunais administrativos compete “o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das

---

Marques da Silva, Direito Penal Português, Parte Geral, II, Teoria do Crime, Editorial Verbo, 1998, pp. 135 e segs.

<sup>754</sup>. Américo A. Taipa de Carvalho, Direito Penal, Parte Geral, cit., p. 182.

<sup>755</sup>. Hoje é inequívoco (legislativa e jurisprudencialmente) que a responsabilidade disciplinar da função pública é subjectiva, surgindo como desajustadas, por desactualizadas, as referências legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias que Teresa Pizarro Beleza enfatiza, para criticar o facto de assim alegadamente não ser (Direito Penal, cit., pp. 64 a 70).

<sup>756</sup>. Jean-Marc Duval, “Faute personnelle, faute disciplinaire et faute pénale en matière d’activité médicale hospitalière”, cit., p. 1870 a 1872.

<sup>757</sup>. Cfr. artigo 3.º, n.º 1, do Estatuto Disciplinar de 1984.

relações jurídicas administrativas” (artigo 212.º, n.º 3, da CRP). A responsabilidade disciplinar é efectuada pelo empregador público<sup>759</sup>.

A construção da identidade ou da distinção substancial entre a responsabilidade disciplinar e a responsabilidade penal confronta-se com a representação da diferença do seu enunciado<sup>760</sup> e da sede da sua efectivação.

O «funcionário» pode responder criminalmente como qualquer cidadão. Mas responderá, atendendo à sua específica qualidade, pelos crimes praticados fora ou no exercício das funções relacionados com esse exercício (v. g., por abuso de autoridade e por corrupção<sup>761</sup>), e qualificada e mais severamente que os demais cidadãos por certos crimes (v. g., falsificação de documentos e favorecimento pessoal<sup>762</sup>). A “sua qualidade de funcionário público influi na qualificação dos crimes e na determinação das penas”<sup>763 764</sup>. Por outro

---

<sup>758</sup>. Cfr. artigo 28.º e 29.º, n.º 1, alíneas a) e b), do Estatuto Disciplinar de 1984.

<sup>759</sup>. Cfr., v.g., artigos 16.º a 21.º do Estatuto Disciplinar de 1984 e o artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.

<sup>760</sup>. Com a nomeação de certas condutas dos trabalhadores públicos como desvalorosas quer para o ordenamento jurídico criminal quer para o disciplinar.

<sup>761</sup>. Cfr. artigos 372.º a 374.º e 378.º do Código Penal. As condutas consideradas são especificamente desvalorosas para o Direito Criminal enquanto próprias de quem está ao serviço da prossecução de interesses públicos.

<sup>762</sup>. Cfr. artigos 257.º e 368.º do Código Penal, e Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, cit., pp. 246 e 247.

<sup>763</sup>. Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, cit., p. 245, e Ludgero Neves, *Direito Administrativo*, Lições ao curso de 1916-1917, coligidas por Arthur de Campos Figueira, 1916, p. 180. Escreve este autor (p. 181) que “[a] qualidade de funcionário também por vezes influi para a suavização de penas, sendo considerada como circunstância atenuante ou até justificativa do facto: Código Penal, art.º 34.º, n.º 12, e art.º 44.º, n.º 3)”. É o caso da conduta adoptada por obediência a ordem do superior hierárquico.

O Código Penal tipifica criminalmente certos comportamentos ilícitos dos funcionários e considera esta condição como um elemento qualificativo ou agravante de certos tipos de crime. Cfr., por exemplo, artigos 372.º a 385.º e 350.º e 368 do Código Penal, e Acórdão da Relação de Lisboa de 8 de Março de 1989, Recurso 24 474, in *Colectânea de Jurisprudência*, 1989, n.º 2, p. 155.

<sup>764</sup>. Os “crimes praticados por funcionários contra a Administração” recortam condutas que têm, também, relevância disciplinar. Tratar-se-ão, segundo assinala a doutrina brasileira, de crimes que “são, em essência, ilícitos disciplinares que se tornaram, pela sua gravidade, infracções penais”. Esta identificação, invoca-se, limita a consideração dos prazos prescricionais penais apenas aos mesmos e não a todo e qualquer crime. Ver Antônio Carlos Alencar Carvalho, “Contagem dos prazos prescricionais da lei penal para punições disciplinares de servidores públicos: reflexão crítica sobre os conceitos de tipicidade e discricionariedade das faltas administrativas para os fins do art. 142, § 2.º, da Lei n.º 8.112/90”, *Jus Navigandi*, n.º 1237 (20.11.2006), in <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9181>”.

lado, o Direito penal tipifica certas condutas de não funcionários que atentem contra a actividade administrativa e os seus funcionários<sup>765</sup>.

Para os crimes específicos dos funcionários, que só por estes podem ser praticados<sup>766</sup>, ou qualificados por esta qualidade, o círculo dos respectivos sujeitos não coincide senão em parte com o círculo dos que podem ser responsabilizados disciplinarmente<sup>767</sup>. Os

---

<sup>765</sup>. Cfr. artigos 347.º a 354.º do Código Penal, Acórdão da Relação de Évora de 14 de Novembro de 1989, Recurso n.º 494, in *Colectânea de Jurisprudência*, 1989, n.º 5, p. 281, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 1990, Processo n.º 40 450, in *BMJ*, n.º 393, p. 340, e Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, 1940, pp. 208 e 209.

<sup>766</sup>. Eugenio Mele, *La Responsabilità dei Dipendenti e degli Amministratori Pubblici*, cit., pp. 20, 27 e 31.

<sup>767</sup>. Cfr. J. M. Damião da Cunha, comentário ao artigo 386.º do Código Penal, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III (Artigos 308.º a 386.º)*, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2001, pp. 808 e segs., *maxime*, pp. 810, 811 e pp. 820 e 821: “A solução que o CP estabeleceu de criar um conceito autónomo e alargado de funcionário é politico-criminalmente justificável”; “o conceito de funcionário apenas tem aplicação nos casos de incriminação por força da qualidade de agente activo”; e “tem fundamentalmente aplicação ao nível dos crimes cometidos no exercício de funções públicas (e nem mesmo em todos estes crimes, pois alguns supõem características mais especificadas, cf., exemplificativamente, o art. 384.º). Fora do âmbito deste capítulo, todos os crimes que exijam a qualidade de funcionário para o agente activo (ou passivo, como vimos) referem-se ao conceito, tradicional e específico do direito público, de agente da Administração (ou então, no sentido da CRP, a funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas).”

Inclui, para o Código Penal francês, segundo Didier Jean-Pierre, os crimes cometidos por ou contra as pessoas “depositárias da autoridade pública” e de “uma missão de serviço público” (*Le Droit de la Fonction Publique*, 10 Ans de Jurisprudence, 1990-2000, Editions Du Juris-Classeur, décembre 2000, p. 5).

Eugenio Mele informa, reportando-se ao Direito penal italiano (*La Responsabilità dei Dipendenti e degli Amministratori Pubblici*, cit., pp. 27 a 32) que a distinção entre o tipo de actividade exercida pelo funcionário público foi perdendo importância prática, até porque não é segura a sua distinção teórica (pp. 27 a 29). GianFranco Bronzetti critica a distinção entre “*pubblici ufficiali*” e “*incaricati di un pubblico servizio*” para efeitos de responsabilização criminal dos trabalhadores públicos, pela conhecida dificuldade em separar o que é função pública e o que é serviço público e para evitar uma subsunção dupla de uma mesma conduta de um trabalhador público às duas noções (cfr. *Casi Tipici di Responsabilità nella Pubblica Amministrazione*, Cedam, 1997, pp. 62 a 70). As noções de “*pubblico ufficiale*” e de “*incaricato di pubblico servizio*” são, na expressão de Francesco Goisis, “duas tormentosas categorias penalistas”, a segunda das quais, refere, é caracterizada negativamente face à de “função pública”, isto é, como aquela a cujos actos falta o carácter autoritário, típico dos “actos formalmente *provvedimentali*”. A necessidade de certeza impõe, de acordo com o autor, a “limitação da transmissão de qualidades públicas penalmente relevantes aos órgãos de sociedade com mão pública aos casos em que uma segura, e formalmente significativa, finalidade pública informe todos os principais níveis de organização da actividade”, a “organização geral da actividade (...)”; o sujeito pessoa jurídica a quem o acto é imputado (...); enfim, os actos nos quais se concretiza a actividade (...)” - “*Gli amministratori e funzionari di società in mano pubblica come pubblici ufficiali ed incaricati di pubblico servizio*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, n.º 3/2002, Anno XX, Fascicolo III, Settembre 2002, pp. 774, 784, 790 e 791.

Indo além do disposto no Código Penal, a jurisprudência penal espanhola “faz depender a qualidade de funcionário do facto concreto e real da participação mais ou menos permanente ou temporária, tendo sido designado [nomeado, contratado ou encarregue por qualquer outra forma] para o efeito, no exercício de funções públicas”. Exige-se, por um lado, o exercício de funções públicas e, por outro lado, que o mesmo seja

funcionários, para efeitos de responsabilidade penal, não são os funcionários para efeitos disciplinares. Abrange estes (aqueles que são parte numa relação jurídica de trabalho titulada pela nomeação e disciplinada por um específico regime de Direito administrativo), todos os demais trabalhadores da Administração pública (com vínculos e regimes jurídicos diferentes dos daqueles) e os que, mesmo inexistindo uma relação de trabalho ou de um vínculo jurídico-formal, desempenham ou participam no exercício de “actividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional” ou exerçam ou participem no exercício funções em organismos de utilidade pública, independentemente da duração, do carácter remunerado e voluntário<sup>768</sup>. O conceito penal de funcionário é mais extenso do que o conceito no âmbito do Direito administrativo. No primeiro, é ressaltada a função *lato sensu* (o exercício, a qualquer título, de funções públicas). No segundo, o conceito é delimitado pelo tipo de relação jurídica de emprego e, em alguma medida, pelo tipo de actividade exercida. Por via dos crimes agravados e dos crimes especiais, o Direito penal é “um instrumento especial de defesa da acção administrativa”<sup>769</sup>. O bem jurídico protegido é a administração pública enquanto actividade de serviço público e de prestação aos administrados; a pessoa (do trabalhador) responde criminalmente perante “toda a comunidade”. A responsabilidade penal não tutela aqui os estritos interesses da pessoa colectiva enquanto empregador público<sup>770</sup> ou da “organização administrativa particular em

---

juridicamente titulado (Antonio Martínez Martín, *Regimén Jurídico de los Funcionarios*, segunda edición, Tecnos, 2001, p. 114).

<sup>768</sup>. Maia Gonçalves, *Código Penal Anotado*, Almedina, 2001, p. 997, e Damião da Cunha, comentário ao artigo 386.º do Código Penal, *in* *Comentário Conimbricense do Código Penal*, cit, p. 816 (“O âmbito do conceito de funcionário termina, necessariamente, quando o exercício, nos termos referidos, seja ilegal ou inadmissível, isto é, quando se verifique um caso de usurpação de funções”. Sem prejuízo, é de observar que nem todas as situações ilegais de exercício de funções públicas consubstanciam usurpação de funções (é o caso do exercício de trabalho subordinado por pessoas com contrato de prestação de serviços) e Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, 1940, p. 242 (“O Código Penal atende mais à simples participação no exercício de funções públicas do que à circunstância de se tratar de funcionários públicos propriamente ditos”).

<sup>769</sup>. Fabrice Melleray, “La notion judiciaire de service public”, cit., p. 114.

<sup>770</sup>. “O direito disciplinar tem um âmbito de aplicação mais restrito, ou seja, destina-se aos membros da organização humana de cada espécie: administração pública estadual ou local, magistratura, forças militares e militarizadas, ordem dos advogados, universidade, partidos políticos, associações, empresas privadas ... enfim, entidades públicas e privadas que assentam a sua orgânica funcional em estatutos e regulamentos para que cada um dos seus membros conheça as ‘regras em que se move’” (Manuel Monteiro Guedes Valente, *Da Publicação da Matéria de Facto nas Condenações nos Processos Disciplinares*, Instituto de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2000, p. 21).

que [o trabalhador] se insere”, “mas ordena-se à defesa dos fins gerais que superintendem ao próprio ordenamento e que permitem a sua continuação”<sup>771</sup>.

A preocupação com a acção administrativa reflecte-se no regime jurídico de protecção do funcionário por obediência indevida desculpante: “em ordem a assegurar um efectivo cumprimento da aludida função de salvaguarda do funcionário, contemplou-se na obediência indevida desculpante um critério de não censurabilidade mais brando para com o funcionário”, o do carácter não manifesto da ilegitimidade da ordem segundo a sua percepção concreta à luz de circunstâncias dadas<sup>772</sup>. A não censurabilidade do erro exclui, não só a culpa dolosa como a própria culpa negligente (artigo 37.º do Código Penal)<sup>773</sup>.

Importa ainda observar que a responsabilidade criminal dos funcionários públicos não está desimediata pela dependência, em qualquer fase, de autorização hierárquica (artigo 271.º, n.º 1, 2.ª parte)<sup>774</sup>.

O empregador público é titular de poder disciplinar (no qual avulta a sua face punitiva) no âmbito das relações de trabalho que estabelece. As diferentes leituras sobre o fundamento deste poder situam-no sempre no seio da Administração, como um instrumento de garantia da funcionalidade que lhe cabe assegurar (por exemplo, organizativa, hierárquica) ou das relações jurídicas de emprego estabelecidas. Os sujeitos envolvidos (empregador público corporizado pelos órgãos que exercem os respectivos poderes e os trabalhadores, sujeitos passivos desse exercício) situam-se, pois, num dado contexto; reúnem uma qualidade ou

---

<sup>771</sup>. Eugenio Mele, *Responsabilità dei Dipendenti e degli Amministratori Pubblici*, cit., pp. 20 e 21. Em sentido não coincidente, Agatino Cariola escreve que, “prevendo a possibilidade ou a deverosidade de sanções penais, a Constituição mostra que considera o emprego público naturalmente dominado por interesses públicos que cabe à lei identificar e garantir” (*La Nozione Costituzionale di Pubblico Impiego*, Milano, Dott., A. Giuffrè Editore, 1991, p. 259).

<sup>772</sup>. Nuno Brandão, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*. Coimbra Editora, Fevereiro, 2006, pp. 315 a 320, *maxime*, p. 319.

<sup>773</sup>. Nuno Brandão, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, cit., p. 320. Caso seja censurável, não fica excluído um juízo de culpa negligente (pp. 320, 321 e 326).

<sup>774</sup>. Salientando estes aspectos, cfr. François Gazier, *La Fonction Publique dans le Monde*, Bibliothèque de L’Institut International d’Administration Publique, 1972, p. 162.

estão numa situação que os distingue da colectividade indiferenciada<sup>775</sup>, dos cidadãos em geral ou dos administrados quando entram em relação com a Administração Pública<sup>776</sup>.

O facto de a sanção disciplinar ser aplicada por um acto administrativo, consequentemente no exercício de um poder administrativo e mediante um procedimento próprio, assume, à partida, carácter indiciário da natureza administrativa da sanção disciplinar, na medida em que, se já não haverá sanções penais aplicadas pela Administração, cabendo a sua aplicação exclusiva à jurisdição penal, nem todas as sanções administrativas são aplicadas por autoridades administrativas, havendo sanções administrativas aplicadas pelos tribunais<sup>777</sup>.

Há quem veja na referência legal às penas disciplinares (e não sanções) um sinal de aproximação e ou fonte de integração do Direito disciplinar no Direito penal. Argumenta-se que o facto de a reacção aos ilícitos disciplinares se fazer através de penas, “sendo a pena uma figura jurídica específica e originária do direito criminal”, conduz a que “uma grande parte do regime da infracção disciplinar” deva pertencer ao direito penal e neste se resolvam “uma pluralidade de problemas que não encontram no direito disciplinar positivo disposição legal que se lhe refira especialmente”<sup>778</sup>.

A observação não precede. Por um lado, porque a expressão formal não desobriga da análise substancial, antes sendo de questionar a propriedade ou o desajustamento linguístico. Por outro lado, porque existe uma disciplina substantiva autónoma das «penas» disciplinares. Acresce considerar que, hoje, no direito penal, outras soluções se oferecem de reacção ao ilícito criminal que não apenas a aplicação de uma pena<sup>779</sup>.

---

<sup>775</sup>. Guido Landi, “Disciplina”, *Enciclopedia del Diritto*, XIII, p. 22.

<sup>776</sup>. O Direito penal e o Direito disciplinar são, respectivamente, “legge del gruppo politico supremo, l’altro quella dei gruppi subordinati” - Piergiovanni Piscione, *Ordine e Collegi Professionali*, Milano, Dott. A. Editore, Università degli Studi di Roma, 1959, p. 141.

<sup>777</sup>. La Sanzione Amministrativa, cit., pp.13 a 15.

<sup>778</sup>. “Sendo a pena uma figura jurídica específica e originária do direito criminal, segue-se naturalmente que uma grande parte do regime da infracção disciplinar deverá pertencer a este ramo de direito, ..., e sendo através dele que se há-de resolver uma pluralidade de problemas que não encontram no direito disciplinar positivo disposição legal que se lhe refira especialmente” - Vítor António Duarte Faveiro, “Esquema de uma teoria geral da infracção disciplinar”, cit., p. 887.

<sup>779</sup>. Assim, importa referir, a dispensa ou isenção da pena - artigos 74.º, 186.º, 286.º e 364.º do Código Penal -, o arquivamento do processo apesar dos indícios suficientes da prática do crime, “em caso de dispensa da pena”, nos termos do artigo 280.º do CPP (diversão simples), a “suspensão provisória do processo” conforme o disposto no artigo 281.º (diversão com intervenção) e a mediação. A aposta nas reacções

Um outro aspecto diferenciador considerado é o estigma ético-social da pessoa penalmente condenada, em particular, pelos efeitos jurídicos que lhe andam associados (condiciona a sua relação de futuro com a lei penal e sempre que seja dada relevância jurídica à sua conduta anterior, por exemplo, para efeitos profissionais)<sup>780</sup>. Em contraponto, é observado que, “em termos de vexame e de humilhação social, uma pena de demissão pode ser tão ou mais ‘eficiente’ do que uma leve pena de prisão”. O critério é algo fluído, ajuizável variavelmente em face das circunstâncias concretas do caso.

A aplicação dos princípios do Direito penal e processo penal mais ou menos matizados pela “intervenção de um sujeito específico, a Administração”<sup>781</sup> não é significativa da natureza penal da «matéria disciplinar», nem necessariamente explicável pela interpretação do poder disciplinar como “um poder residual herdado da jurisdição penal”<sup>782</sup>. O chamamento «à demanda» daqueles princípios fica a dever-se ao facto de o poder disciplinar ter uma forte

---

criminais não sancionatórias (pp. 30 a 33, 38 a 42, 54 a 62) - assim como o maior espaço dado ao princípio da oportunidade (pp. 24 a 30) e o aumento do número de crimes semipúblicos (pp. 22 e 23) - corresponde à procura de maior eficácia e justiça (porque mais rápida, próxima das pessoas envolvidas e preocupada com a ideia de reparação ou compensação da vítima e a interiorização da responsabilidade) por via da flexibilidade ou reformulação da intervenção penal (e não tanto da sua despublicização) - Ver Despublicização do Direito Criminal, AAFDL, Lisboa, 2000, de Carlota Pizarro de Almeida, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87 - Processo n.º 302/86, DR., I Série, n.º 33, de 9 de Fevereiro de 1987, p. 504-(13) e a Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio (“Aprova a Lei Quadro da Política Criminal). No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87 foi apreciada a constitucionalidade do artigo 281.º. “O artigo 281.º consagra..., uma inovação..., estabelecendo o princípio da oportunidade do exercício da acção penal pelo MP relativamente à pequena criminalidade, atribuindo-lhe o poder de suspender o processo, quando se verifiquem conjuntamente certas condições (...), mediante a imposição - pelo próprio MP - de injunções e regras de condutas (...).” O Tribunal considerou que a “suspensão não levant[a], em geral, qualquer obstáculo constitucional”, ao invés da “atribuição ao MP da competência para a suspensão do processo e imposição das injunções e regras de conduta previstas na lei, sem a intervenção de um juiz, naturalmente o juiz de instrução”, concluindo pela “inconstitucionalidade, nessa medida, dos n.ºs 1 e 2 do artigo 281.º, por violação dos artigos 206.º [hoje, artigo 202.º, n.º 1, e 32.º, n.º 4, da CRP.” Censurou, igualmente, a possibilidade de modificação das injunções e regras de conduta (n.º 4 do artigo 281.º do Código Penal) por ofensa do direito à segurança (artigo 27.º, n.º 1, da CRP).

Messias Bento votou vencido quanto à admissibilidade constitucional do Ministério Público “tomar a decisão de suspender o processo”. Arguiu, para tanto, que “o que é verdadeiramente específico da função jurisdicional é cumprir-lhe dirimir conflitos, e, no caso, trata-se de uma forma consensual de decisão, destinada justamente a evitar a declaração do «conflito jurídico-penal». Depois, conquanto algumas das injunções e regras de conduta se traduzam em restrições da liberdade do arguido, elas só lhe são impostas porque ele consente nisso, e o consentimento é, aqui, relevante, uma vez que não põe em causa o núcleo essencial dos direitos sacrificados.” Destacou, ainda, o “estrito dever de objectividade e imparcialidade” que impende sobre o Ministério Público. Cfr. voto de vencido ao Acórdão citado, in loc. cit., p. 504-(22). Em sentido diametralmente oposto, cfr. o voto de vencido de Vital Moreira, in loc. cit., p. 504-(17).

<sup>780</sup>. Carlo Enrico Paliero e Aldo Travi, *La Sanzione Amministrativa*, cit., pp. 21 a 23.

<sup>781</sup>. Federico A. Castillo Blanco, *Función Publica Y Poder Disciplinario del Estado*, cit., p. 47.

<sup>782</sup>. Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionários Públicos*, cit., pp. 107 a 109.



vertente punitiva e de esse poder ser exercido por órgãos do poder público administrativo. Tal aplicação “não tem um alcance «literal», mas o alcance que requer a preservação dos «valores essenciais que se encontram na base [dos mesmos] e da segurança jurídica”<sup>783</sup>. As concretas garantias do processo penal não podem aplicar-se de “modo mimético, imediato ou automático”, mas de forma cautelosa e respeitadora da natureza do procedimento disciplinar.

Em suma, a previsão, actual e tradicional, do apuramento e efectivação paralela de responsabilidades diversas, mostra, nos termos expostos, que são qualitativamente diferentes<sup>784</sup>.

### **2.3.7. A pena acessória de proibição do exercício de função pública e a suspensão do exercício de funções**

A condenação em pena de prisão obsta à execução da prestação de trabalho. A suspensão de funções pelo “mesmo tempo da duração da prisão” é um seu efeito jurídico e material consequente<sup>785</sup>.

Paralelamente à punição criminal, ao trabalhador pode ser aplicada, pelo empregador público, sanção disciplinar que implique “o não exercício do cargo ou função”<sup>786</sup>, como acontece com as sanções de suspensão, inactividade, aposentação compulsiva e demissão. A sanção disciplinar, nestes casos, por si, independentemente da condenação penal, afasta o trabalhador do exercício de funções. Para além deste comum aspecto, os efeitos jurídicos das referidas sanções disciplinares são gradativamente mais gravosos.

Na falta de qualquer uma destas punições disciplinares, a condenação judicial em pena de prisão, ao impossibilitar a prestação de trabalho, repercute-se sobre as contrapartidas

---

<sup>783</sup>. STC 56/1998, de 16 de Março de 1998, registo n.º 4241/1994, in [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es).

<sup>784</sup>. Juan Manuel Trayter, *Manual de Derecho Disciplinario de los Funcionarios Publicos*, cit., p. 74, e voto de vencido do juiz Vincent Evans ao Acórdão Campbell e Fell c. Reino Unido, de 28 de Junho de 1984, processos n.ºs 7819/77 e 7878/77 (<http://cmiskp.echr.coe.int/>), p. 39 (observou que a possibilidade de poder ocorrer responsabilidade penal pelos factos objecto de punição disciplinar mostra que esta não pode ser incluída na “matéria penal” para efeitos do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH (p. 39).

<sup>785</sup>. A STC n.º 104/1995, de 3 de Julho de 1995, Número de registo 71/1992, p. 7 (in [http://boe.es/g/es/bases\\_datos\\_tc](http://boe.es/g/es/bases_datos_tc)) fala numa pena “acessória ope legis, por ministério da lei, restritiva de direitos e consistente na suspensão de todo cargo público pelo mesmo tempo que a prisão”.

<sup>786</sup>. Cfr. artigo 13.º, n.ºs 2, 4, 5, 6, 10 e 11, do Estatuto Disciplinar de 1984, e o ponto 3 da anotação ao

devidas pelo empregador na relação laboral. O trabalhador deixa de receber a retribuição, suplementos remuneratórios e prestações associadas à mesma. Como não há trabalho prestado, o tempo correspondente não releva, designadamente, em antiguidade na categoria e carreira e para efeitos de aposentação e afecta a possibilidade de gozo inteiro do período de férias que seria devido, como compensação pelo trabalho efectuado. Nesta medida, compreende-se que a suspensão de funções por força de pena de prisão tenha os efeitos da sanção disciplinar de suspensão do exercício de funções<sup>787</sup>.

A suspensão da função pelo tempo do cumprimento da pena de prisão não tem estes efeitos, mas outros mais gravosos, quando, por punição disciplinar, cessar a relação jurídica de emprego<sup>788</sup>. Dir-se-á que também não tem aqueles efeitos quando for aplicada ao trabalhador sanção disciplinar mais gravosa do que a suspensão e menos gravosa do que a sanção disciplinar de demissão. Isto é, no caso da aplicação das sanções disciplinares de inactividade e de aposentação compulsiva, as mesmas terão os correspondentes efeitos e não os da sanção disciplinar de suspensão do exercício de funções, salvo quando a pena de prisão tiver uma duração superior à da sanção da inactividade. Se a duração da pena de prisão for superior à de sanção disciplinar de inactividade aplicada, os efeitos pelo tempo de prisão além da duração daquela serão os da suspensão.

Há, no entanto, um efeito jurídico temporário produzido pela sanção disciplinar de suspensão e de inactividade, o da impossibilidade de promoção<sup>789</sup>, que a suspensão judicial do exercício de funções públicas não produz necessariamente<sup>790</sup>, por não ser essa impossibilidade uma decorrência da privação física de liberdade do trabalhador e inexistir uma valoração disciplinar da sua conduta que, ao invés, é inerente à aplicação de uma sanção disciplinar. A valoração disciplinar por suspensão pode, então, coexistir.

---

artigo 67.º do Código Penal de Manuel Lopes Maia Gonçalves, Almedina, 2001, p. 227.

<sup>787</sup>. Cfr. artigos 67.º e 68.º do Código Penal, artigo 13.º, n.ºs 3, 4 e 9, do Estatuto Disciplinar de 1984, e Serge Salon e Jean Charles Savignac, *Fonction Publique, Agents de l'État, des Collectivités Locales et des Grands Services Publics*, cit., p. 225.

<sup>788</sup>. Na expressão da lei, quando o arguido “for demitido disciplinarmente de função pública” (n.º 1 do artigo 67.º do Código Penal).

<sup>789</sup>. Cfr. artigo 13.º, n.ºs 4 a 6, do Estatuto Disciplinar de 1984.

<sup>790</sup>. Por exemplo, pode o recluso habilitar-se a concurso de promoção por avaliação curricular ou mesmo por provas presenciais, para o que pode ser autorizado a sair do estabelecimento prisional pelo tempo correspondente.

Diferentemente acontece na proibição judicial do exercício de função pública por trabalhador<sup>791</sup> que cometeu “crime punido com pena de prisão superior a 3 anos”. Aqui, há uma valoração da idoneidade do trabalhador para as continuar exercer, em atenção a um dado quadro factual<sup>792</sup>, circunstancial à prática do crime<sup>793</sup>: o crime foi “praticado com flagrante e grave abuso da função”, “com manifesta e grave violação dos deveres que lhe são inerentes”, “revela indignidade no exercício do cargo” ou “implica a perda da confiança necessária ao exercício da função”<sup>794</sup>. A proibição é temporária, mas é sempre superior à duração de uma sanção disciplinar não expulsiva<sup>795</sup>. A nomeação “para cargo ou para função” futuros, pelo período transitório, é possível desde que “possam ser exercidos sem as condições de dignidade e confiança que o cargo ou a função de cujo exercício foi proibido exigem”<sup>796</sup>. Na aplicação desta pena acessória, o juiz dispõe de um significativo espaço de valoração, para a adequar, nos casos concretos, aos parâmetros da culpa e da proporcionalidade<sup>797</sup>. Na hipótese de ter sido aplicada sanção disciplinar de efeito

---

<sup>791</sup>. No Código Penal espanhol de 1995, “a suspensão de emprego ou cargo público” e a “inabilitação especial para emprego ou cargo público, profissão, ofício, indústria ou comércio” etc., subsumem-se na categoria denominada de “penas privativas de outros direitos”. Distinguem-se por, respectivamente, privar o funcionário de exercer as funções correspondentes ao emprego ou cargo público só durante o período da condenação e importar a “privação definitiva dos mesmos e dos benefícios ou honras que lhe sejam inerentes” - Agustín Jorge Bareiro, “Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal Español de 1995”, cit., pp. 119 e 153.

O Código Penal português prevê a “proibição do exercício de função” por parte de “titular de cargo público, funcionário público ou agente da Administração”, a proibição de exercício de “profissões ou actividades cujo exercício depende de título público ou de autorização ou homologação da autoridade pública” (artigo 66.º) e a “suspensão do exercício de função enquanto durar o cumprimento da pena” de prisão (artigo 67.º).

<sup>792</sup>. Não se trata de uma pena acessória automática, nem de efeitos secundários e automáticos da pena criminal. Sobre esta problemática, cfr. Manuel Leal Henriques, *Procedimento Disciplinar*, 2.ª edição, 1989, pp. 54 a 58.

<sup>793</sup>. O “conceito de pena acessória pressupõe a verificação de circunstâncias na prática do crime que estão para além dos elementos constitutivos do próprio crime. Estas circunstâncias ... constituem o pressuposto material de aplicação de uma pena acessória e dizem respeito a um particular conteúdo do ilícito praticado”. Ver Ana Luísa Pinto, *A Pena Acessória de Expulsão de Estrangeiros do Território Nacional*, Coimbra Editora, 2005, p. 38.

<sup>794</sup>. Cfr. n.ºs 1 e 2 do artigo 66.º do Código Penal.

<sup>795</sup>. Cfr. artigo 12.º, n.ºs 4 e 5, do Estatuto Disciplinar de 1984 e artigo 66.º, n.º 1, do Código Penal. O n.º 3 do artigo 7.º do Estatuto Disciplinar de 1984, quanto à estrita referência à aplicação judicial da pena acessória de demissão, deve ter-se por revogado, por o Código Penal não o prever já.

<sup>796</sup>. Cfr. artigo 68.º, n.º 2, do Código Penal.

<sup>797</sup>. O n.º 4 do artigo 30.º da CRP “não proíbe as penas que consistam elas mesmas na perda desses direitos [“direitos civis, profissionais ou políticos] (penas de interdição profissional, suspensão de direitos

equivalente à proibição judicial do exercício de funções, para um conjunto fáctico de referência, importa que o juiz pondere a sua pertinência em face daquela<sup>798</sup>.

O tribunal deve sempre comunicar ao empregador público a condenação pela prática de crime<sup>799</sup>. Considerando que a proibição judicial de funções, no exercício das quais o trabalhador cometeu crime, ocorrerá quase sempre por período superior ao inerente à aplicação de sanção disciplinar não extintiva da relação jurídica de emprego<sup>800</sup> (no caso, com relevância, as sanções disciplinares de suspensão e inactividade) e que implica uma valoração da idoneidade do trabalhador para as exercer, parece que, subsequentemente, àquela comunicação, não fará sentido a sua aplicação, havendo como que uma consumpção destas últimas pelas primeiras<sup>801</sup>. Em face daquela comunicação, a instauração de procedimento disciplinar só se justifica se os factos noticiados apontarem para a aplicação de uma sanção expulsiva<sup>802</sup>. Dir-se-á que assim não é, por terem as sanções disciplinares da suspensão e da inactividade efeitos jurídicos específicos não assacáveis à proibição judicial do exercício de função. Uma observação mais atenta mostra que os efeitos jurídicos acabam

---

políticos, etc.). O que se pretende é proibir que à condenação em certas penas se acrescente de forma automática, mecanicamente, independentemente de decisão judicial, por efeito directo da lei (*ope legis*), uma outra «pena» daquela natureza.” (Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada, cit., p. 198). Sobre o critério de controlo do respeito do n.º 4 do artigo 30.º da CRP, que proíbe a perda de direitos civis, profissionais e políticos como efeito necessário de uma condenação penal, ver, também, Ana Luísa Pinto, A Pena Acessória de Expulsão de Estrangeiros do Território Nacional, cit., pp. 16 a 26, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 363/91 – Processo n.º 351/91, publicado na Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 124.º, n.º 3807, de 1 de Outubro de 1991, pp. 167 a 197 e a anotação de Gomes Canotilho a pp. 197 a 200, e, na mesma revista, o Acórdão n.º 282/86 – Processo n.º 4/85, DR., I Série, n.º 260, de 11 de Novembro de 1986, pp. 3387 e 3388.

<sup>798</sup>. Alvar Nelson, “From King’s men to public employees (Notes on the development of legal consequences of offences or misconduct by Swedish civil servants)”, in *Liber amicorum* Raymond Screvens, L’Interdiction professionnelle en Droit Comparém Editions Nemesis, Bruxelles, 1986, pp. 364 e 368.

<sup>799</sup>. Cfr. n.º 5 do artigo 66.º do Código Penal.

<sup>800</sup>. A sanção disciplinar de inactividade não pode ser superior a dois anos (artigo 12.º, n.º 5, do Estatuto disciplinar de 1984) e a proibição judicial do exercício de funções públicas tem a duração mínima de dois anos (artigo 66.º, n.º 1, do Código Penal).

<sup>801</sup>. *Mutatis mutandis*, pode aplicar-se aqui o n.º 3 do artigo 7.º do Estatuto Disciplinar de 1984. Ver, também, Pietro Virga, *Il Pubblico Impiego*, Milano - Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, Terza Edizione Interamente Rifatta, p. 213 (Não é necessário procedimento disciplinar quando da condenação penal resulta a interdição de exercício de ou na função pública). O procedimento disciplinar serve a ponderar a gravidade do facto constitutivo do crime, seja dos factos em si, seja quanto ao prejuízo sofrido pela Administração, seja em relação à qualificação ou categoria do trabalhador.

<sup>802</sup>. Também na hipótese, diferente, de aplicação de pena de prisão sem que o tribunal determine a proibição do exercício de funções públicas.

por coincidir ou serem consumidos pelos da proibição judicial<sup>803</sup>. Sem prejuízo, na perspectiva laboralística, dos interesses do empregador público na relação de emprego, pode justificar-se a avaliação disciplinar dos factos criminalmente punidos<sup>804</sup>.

O “conceito de pena acessória pressupõe a verificação de circunstâncias na prática do crime que estão para além dos elementos constitutivos do próprio crime”<sup>805</sup>. Nesta medida, a suspensão da pena principal não impõe, por princípio, a suspensão daquela. Não é, no entanto, argumento bastante a ausência de previsão legal da suspensão da pena acessória, para a afastar. Não sendo de admitir a suspensão da pena acessória não havendo suspensão da principal, atenta a respectiva acessoriedade, entendemos que a valoração em concreto dos interesses e finalidades que a justificam podem depor no sentido do cumprimento da pena acessória<sup>806</sup>.

### 2.3.8. O conceito de “matéria penal” no artigo 6.º da CEDH

O artigo 6.º da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais constitui uma referência normativa fundamental das garantias de “um processo equitativo”<sup>807</sup>. O n.º 1 estabelece que “[q]ualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal

---

<sup>803</sup>. Cfr. artigo 13.º, n.ºs 4 e 5, do Estatuto Disciplinar de 1984 e artigo 68.º, n.º 2, do Código Penal. Por exemplo, o funcionário suspenso disciplinarmente por, suponha-se, 240 dias (período máximo) não pode ser promovido durante o período de um ano, contado do termo daquela. A proibição judicial do exercício de função nunca pode ser inferior a dois anos. O funcionário a quem foi aplicada a sanção disciplinar de inactividade pelo período de, suponha-se, dois anos (período máximo) não pode ser promovido pelo período de dois anos, contado a partir do termo do seu cumprimento. Ocorrendo proibição judicial do exercício de função por cinco anos, esta consume aquele efeito. Ocorrendo pelo período mínimo de dois anos, a promoção subsequente pode ficar prejudicada se se entender que o funcionário revelou não ter condições de dignidade e confiança para voltar a exercer, ainda que transitoriamente, as mesmas funções. A aplicação de sanção disciplinar, no entanto, não afastaria os efeitos da punição penal nesse sentido.

<sup>804</sup>. Diego Vaiano, *La Riserva di Funzione Amministrativa*, cit., p. 297, nota 56, referenciando jurisprudência do Conselho de Estado.

<sup>805</sup>. Ana Luísa Pinto, *A Pena Acessória de Expulsão de Estrangeiros do Território Nacional*, Coimbra Editora, 2005, p. 38, p. 67 e p. 5.

<sup>806</sup>. Ana Luísa Pinto, *A Pena Acessória de Expulsão de Estrangeiros do Território Nacional*, cit., pp. 46 e 47. A Autora defende que, atento o facto de que “o objectivo da aplicação de uma pena acessória é também o de prosseguir finalidades de prevenção geral e especial”, “haverá, na generalidade dos casos, um interesse no cumprimento da pena acessória mesmo quando se encontra suspensa a execução da pena principal”.

<sup>807</sup>. Tornou-se “a fonte normativa principal dos processos que se pretendem assegurar os direitos do homem” - Arnaud Cabanes e Alexia Robbes, “L’ impartialité objective du juge en Europe: des apparences parfois trompeuses”, *AJDA*, n.º 43/2004, p. 2375.

independente e imparcial, criado por lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento – prossegue a mesma norma – deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo...”. Os números 2 e 3 referem-se, respectivamente, à “pessoa acusada de uma infracção”, dispondo que se presume inocente “enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”, e ao “acusado”, explicitando os respectivos direitos, a saber, o direito a “[s]er informado no mais curto espaço de tempo, em língua em que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada”, o direito a “[d]ispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa”, “[d]efender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, pode ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem”, o direito de “[i]nterrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação” e o direito de “[f]azer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo”.

Os direitos enunciados nos n.ºs 2 e 3 do artigo 6.º, atenta a referência genérica a “pessoa acusada de uma infracção” e ao “acusado”, não são de excluir de um qualquer processo sancionatório<sup>808</sup>, reclamáveis em face, também, das entidades administrativas dos Estados membros do Conselho da Europa e, enquanto normas de Direito internacional, são parte

---

<sup>808</sup>. Não obstante, a aplicação dos n.ºs 2 e 3 do artigo 6.º da CEDH é, em geral, considerada no âmbito das causas referidas no n.º 1 (Pedro Madeira Froufe, “A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a aplicação do Direito da Concorrência: o caso 000 NESTE”, in *Scientia Iuridica*, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LIV, N.º 303, Julho/Setembro, 2005, pp. 409 a 429). Tal parece-nos criticável, por dois motivos: as expressões “qualquer pessoa acusada de uma infracção” e “acusado”, na sua expressão literal, não justificam a restrição; em segundo lugar, as garantias enunciadas nos n.ºs 2 e 3 podem sem dificuldades e sem relevantes ajustamentos ser aplicadas a qualquer processo.

O direito de qualquer pessoa a que a sua causa relativa à “determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil” ou a “acusação em matéria penal dirigida contra ela” seja apreciada “equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei”, pode ser entendida como o estabelecimento de uma reserva jurisdicional na matéria. No entanto, considerando que os direitos estabelecidos nos n.ºs 2 e 3 vão referidos a “pessoa acusada” e a “acusado”, pode dizer-se, então, que não surgem conectados a um processo necessariamente judicial.

integrante da ordem jurídica portuguesa, prevalecendo sobre quaisquer disposições legislativas e regulamentares<sup>809</sup>.

O n.º 1 do preceito refere-se a causa relativa a “direitos e obrigações de carácter civil” e a “qualquer acusação em matéria penal”. A interpretação destes pressupostos normativos da aplicação dos direitos enunciados – apreciação equitativa, pública, num prazo razoável e por “um tribunal independente e imparcial”, criado por lei, da causa em que qualquer pessoa seja parte – suscita dificuldades. Em face da diversidade substantiva e organizativa dos ordenamentos jurídicos nacionais, a sua compreensão há-de transcender os dados positivos desses mesmos ordenamentos, para ser eficaz<sup>810</sup>. Por outro lado, elenca garantias de que importa dotar os processos que afectam de forma paralela, tão ou mais significativa, a esfera jurídica das pessoas.

A dilucidação dos critérios daquela identificação, na primeira perspectiva, oferecer-se-ia como um imperativo. No segundo caso, parece ter assumido mais uma função ancilar ou instrumental-processual de inclusão no respectivo âmbito<sup>811</sup>.

A metodologia de aferição da existência de uma “acusação em matéria penal”, pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, consiste, num primeiro passo, em saber qual a respectiva qualificação, conteúdo e efeitos, no direito nacional e em “examiná-la à luz do denominador comuns às legislações respectivas dos diversos Estados contratantes”<sup>812</sup>, em

---

<sup>809</sup>. Cfr. artigo 8.º, n.ºs 1 e 2, da CRP.

<sup>810</sup>. Por exemplo, à qualificação como penal de dada matéria num Estado pode corresponder a sua qualificação como administrativa ou disciplinar num outro.

No Acórdão de 8 de Dezembro de 1999, “Pellegrin c. França”, processo n.º 28541/95, o TEDH refere-se à necessidade de uma “interpretação autónoma da noção de ‘função pública’”, para efeitos da aplicação do artigo 6.º, n.º 1, para “assegurar um igual tratamento dos agentes públicos que exercçam funções equivalentes ou similares nos Estados partes na Convenção, independentemente do sistema de emprego praticado no plano nacional e qual seja em particular a natureza da relação jurídica entre o agente e a administração (relação contratual ou posição estatutária e regulamentar)” (considerando 63, p. 16 - <http://cmiskp.echr.coe.int/>).

<sup>811</sup>. É expressivo o voto de vencido do juiz Matscher no Acórdão proferido no Caso Le Compte, Van Leuven e De Meyere (1981), pp. 27, 28 e 30 in <http://cmiskp.echr.coe.int/> (“Pour moi, il n’y a pas de doute qu’elles résident dans le fait de vouloir introduire de force dans la veste de l’article 6 § 1 (art. 6-1) des situations juridiques pour lesquelles, de toute évidence, elle n’a pas été cousue.” – p. 30).

Em 2004, escreve Mehmet Öncü (La Fonction Publique et L’article 6 de La Convention Européenne des Droits de L’homme, Université de Paris II (Panthéon Assas), Faculté de Droit et de Science Politique, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 21) que “hoje, não restam que alguns tipos de processos que se encontram fora do âmbito de aplicação desta disposição”.

<sup>812</sup>. “Para este efeito, importa em primeiro lugar, saber se o ou os textos definidores da infracção

segundo lugar, na procura da natureza da infracção, considerando o seu fim, os interesses que protege, “o carácter geral da norma” de previsão e o seu carácter repressivo, dissuasor ou reparador e, por último, na indagação da gravidade da sanção, atendendo aos efeitos e ao seu grau de censurabilidade inerentes<sup>813</sup>.

Estes critérios revelaram-se dotados de virtualidades expansivas, para além do que, *prima facie*, se poderia identificar como “matéria penal”<sup>814</sup>; de forma acrescida, se se considerar

---

imputada pertencem, de acordo com a técnica jurídica do Estado ..., ao direito penal, ao direito disciplinar ou aos dois ao mesmo tempo. Trata-se de um simples ponto de partida. A indicação que fornece não tem senão um valor formal e relativo; é preciso examiná-lo à luz do denominador comum às legislações respectivas dos diversos Estados contratantes.” Cfr. Acórdão proferido no caso Engel et outros contra a Holanda, de 8 de Junho de 1976, p. 25, e Acórdão proferido no caso Känig c. Alemanha, de 1978, considerando 89, p. 20, <http://cmiskp.echr.coe.int/>.

<sup>813</sup>. “Numa sociedade que atribui proeminência ao direito, relevam em ‘matéria penal’ as privações de liberdade susceptíveis de serem infligidas a título repressivo, excepto aquelas que pela sua natureza, a sua duração ou as suas modalidades de execução não sejam causa de um prejuízo importante.” (Acórdão proferido no caso Engel et outros contra a Holanda, de 8 de Junho de 1976, p. 25 <http://cmiskp.echr.coe.int/>). No caso Öztürk, o Tribunal considerou que “as contravenções administrativas são penais pela sua natureza, ainda que no ordenamento jurídico alemão não dependam do Direito penal”, considerando “que entre as ‘contravenções administrativas’ e as infracções penais não há diferenças fundamentais que justifiquem subtrair as primeiras ao âmbito do artigo 6.º da Convenção. O Tribunal destacou: i) que a “contravenção” cometida por Öztürk, não obstante a despenalização verificada no Direito alemão, enfatizada pelos votos de vencido, relevava no plano do Direito penal na larga maioria dos Estados co-contratantes; ii) que a despenalização se traduzia no essencial no procedimento e no elenco das sanções, conservando o seu carácter punitivo; iii) que a “regra de direito transgredida ... não sofreu qualquer mudança de conteúdo”, não se dirigindo a “um grupo determinado com um estatuto particular – à semelhança, por exemplo, do direito disciplinar -, mas a todos os cidadãos”, “prescreve um certo comportamento e acompanha esta exigência de uma sanção punitiva”. Concluiu que o “carácter geral da norma e o fim, ao mesmo tempo preventivo e repressivo, da sanção, chega para estabelecer, à luz do artigo 6.º (art. 6) da Convenção, a natureza penal da infracção em litígio” (Acórdão Öztürk c. Alemanha, de 21 de Fevereiro de 1984, processo n.º 8544/79, *maxime*, pp. 13 a 16).

Ver Federico A. Castillo Blanco, *Función Publica Y Poder Disciplinario del Estado*, cit., pp. 79 e 84, Pedro Madeira Froufe, “A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a aplicação do Direito da Concorrência: o caso 000 NESTE”, cit., p. 427, e Paule Quilichini, “Réguler n’est pas juger. Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique”, *AJDA*, n.º 20/2004, 24 Mai, p. 1063.

<sup>814</sup>. Assim, por exemplo, Pedro Madeira Froufe, analisando o Acórdão do TEDH de 3 de Junho de 2004, proferido no caso 000 NESTE ST. Petersburg e as razões pelas quais concluiu pela natureza não penal da infracção pela qual dadas empresas “foram condenadas ao pagamento de uma quantia equivalente aos lucros obtidos com... alegada prática concertada” (p. 412), coloca a questão em termos de saber quando é “defensável a extensão das garantias impostas pelo art. 6.º da CEDH, em benefício das empresas ou de quaisquer outras entidades (incluindo, naturalmente, pessoas físicas) que sejam, eventualmente, acusadas de uma infracção violadora das regras de defesa da concorrência” (p. 421). À pergunta que coloca responde “que o que se pretende avaliar é, precisamente, a possibilidade de um determinado processo, aparente e formalmente não criminal, implicar, contudo, acções e comportamentos que reflectam o exercício de poderes de autoridade, assim como a restrição de direitos fundamentais que, materialmente – e, repita-se, independentemente da qualificação dada pelo respectivo Direito nacional -, coloquem o acusado numa posição análoga à de quem enfrenta uma acusação criminal” (p. 422).



que pode bastar para a subsunção que um dos critérios torne plausível a qualificação (de uma infracção como sendo em “matéria penal”)<sup>815</sup>. Tratando-se de “litígios relativos aos agentes da função pública, a questão da aplicabilidade do artigo 6.º, § 1, colocou-se mais frequentemente sob o ângulo dos ‘direitos e obrigações de carácter civil’”<sup>816</sup>. O Tribunal exclui, igualmente, por princípio, que os procedimentos disciplinares ponham em causa “direitos e obrigações de carácter civil”<sup>817 818</sup>. Quanto à “acusação em matéria penal”, o

---

Ver, também, Mehmet Öncü, *La Fonction Publique et L'article 6 de La Convention Européenne des Droits de L'homme*, Université de Paris II (Panthéon Assas), Faculté de Droit et de Science Politique, Bruxelles, 2004, pp. 14, 19, 25, 26 e 27.

<sup>815</sup>. Mireille Delmas-Marty e Catherine Teitgen-Colly, *Punir Sans Juger?*, citado, pp. 165 a 169, e Mehmet Öncü, *La Fonction Publique et L'article 6 de La Convention Européenne des Droits de L'homme*, cit., p. 27 (“Os dois critérios são em princípio alternativos e não cumulativos, de todo o modo, se a análise de cada critério não permitir chegar a uma conclusão clara, nada obsta a que o Tribunal proceda a uma análise cumulativa”).

<sup>816</sup>. Cfr. Acórdão de 8 de Dezembro de 1999, “Pellegrin c. França”, processo n.º 28541/95) e a síntese do “estado da jurisprudência” nele apresentada. O TEDH, fazendo a síntese da jurisprudência em matéria de função pública, de acordo com a qual a inclusão no âmbito de aplicação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH vinha sendo aferida à luz do carácter patrimonial ou “essencialmente patrimonial” da pretensão deduzida na contenda e do envolvimento ou não de prerrogativas discricionárias da administração, adoptou um novo critério, funcional, “fundado sobre a natureza das funções e das responsabilidades exercidas pelo agente”, paralelo ao utilizado pela jurisprudência do TJCE (<http://cmiskp.echr.coe.int/>). Cfr., também, a título de exemplo, o Acórdão Darnell c. Reino Unido, processo n.º 15058/89, de 26 de Outubro de 1993, *in* <http://cmiskp.echr.coe.int/> (relativo ao despedimento do Dr. Darnell, na qualidade de “microbiologiste-conseil” da “Trent Regional Health Authority”), o Acórdão Frydlender c. França, de 27 de Junho de 2000, processo n.º 30979/96 (sobre a demora do processo judicial relativo à não renovação do contrato do cidadão francês M. Nicolas Frydlender, pelo Ministro da Economia e das Finanças) e o Acórdão Le Calvez c. França, de 29 de Julho de 1998, processo 73/1997/857/1996 (referente à demora do “procedimento de fixação de indemnização por doença e de uma compensação salarial” a um “funcionário do quadro territorial da Nova-Caledónia na situação de disponibilidade).

O Comité dos Direitos do Homem da ONU considerou, em 19 de Julho de 1994 (“Casanova contra França, Comunicação n.º 441/1990”) que um processo de despedimento constitui uma “contestação sobre direitos e obrigações de carácter civil no sentido do artigo 14, § 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

<sup>817</sup>. Caso Le Compte, Van Leuven e De Meyere (1981), pp. 24, 25 e 32, *in* <http://cmiskp.echr.coe.int/>. Sobre o processo relativo à determinação de direitos e obrigações de carácter civil, resulta da jurisprudência do TEDH que respeita a processo cujo resultado é determinante para os direitos e obrigações de carácter privado, sendo irrelevante a natureza da lei aplicável e a da autoridade competente na matéria; releva “o conteúdo material e os efeitos conferidos pelo direito interno do Estado” (Acórdão König c. Alemanha, considerando 89). Verifica se o ente público actuou usando «prerrogativas discricionárias» ou se se “pode comparar a um empregador parte num contrato de trabalho regido pelo direito privado” (considerando 58 do Acórdão Pellegrin c. França, de 8 de Dezembro de 1999, processo n.º 28541/95).

Mehmet Öncü (*La Fonction Publique et L'article 6 de La Convention Européenne des Droits de L'homme*, cit., p. 32) esclarece que “a Comissão considera desde os anos sessenta que, em geral, as contestações relativas ao contencioso disciplinar da função pública não são susceptíveis de constituir “contestações sobre direitos e obrigações de carácter civil” no sentido do artigo 6.º, § 1 da Convenção”.

<sup>818</sup>. Considerou, não obstante, que a sanção de suspensão temporária do exercício da medicina, aplicada

Tribunal, considerando que as sanções disciplinares “têm por fim assegurar o respeito pelos membros de grupos particulares de regras próprias de comportamento”<sup>819</sup>, afirma que não se enquadram, em princípio, no âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 6.º da CEDH. No entanto, ciente de que certas infracções, formalmente nomeadas como disciplinares, possam encobrir “uma verdadeira acusação penal”, admite a sua inserção no âmbito do n.º 1 do artigo 6.º, atento o “grau de severidade da sanção susceptível de ser aplicada ao interessado” (por exemplo, “as privações de liberdade susceptíveis de serem infligidas a título repressivo” no âmbito da disciplina aplicável às forças armadas)<sup>820</sup>. “No entanto – escreve Mehmet Öncü<sup>821</sup> –, parece adquirido que a penalização das sanções disciplinares não acontecerá senão de forma muito residual e, por consequência, a noção de «acusação em matéria penal», no sentido do artigo 6.º da Convenção não se tornará um conceito «attrape-tout».”

O artigo 6.º da CEDH pode ser objecto de uma outra leitura que não «force» quer a noção de “acusação em matéria penal” quer a de “direitos e obrigações de carácter civil”, com base no pré-juízo de que é devida a aplicação a qualquer sanção das garantias aí

---

pela ordem dos médicos da Flandres, a três médicos, constituía afectação de um direito de carácter civil, o direito de continuarem a exercer a medicina, situável no plano das relações de ordem privada com os respectivos clientes. Ver Acórdão proferido no processo *Le Compte, Van Leuven e De Meyere* (1981), p. 14, e também Acórdão *könig c. Alemanha* (1987), in <http://cmiskp.echr.coe.int/>. Ver também Federico A. Castillo Blanco, *Función Publica Y Poder Disciplinario del Estado*, cit., pp. 80 e 81.

Ireneu Cabral Barreto, sobre a “exigência de audiência pública”, no artigo 6.º da CEDH, escreve que se impõe “como regra, nos processos cíveis e nos processos crime”, mas que também se impõe “nos processos disciplinares que apliquem sanções que venham a afectar direitos ou obrigações de carácter civil ou que pretendam aplicar sanções eu pela sua natureza, severidade ou gravidade devam ser consideradas de natureza penal”. Cfr. “Direito ao exame da causa publicamente”, p. 7, <http://www.gddc.pt/actividade-editorial/pdf-publicacoes/7576-f.pdf>.

<sup>819</sup>. Mireille Delmas-Marty e Catherine Teitgen-Colly, *Punir Sans Juger?*, citado, pp. 165 a 169, e Mehmet Öncü, *La Fonction Publique et L'article 6 de La Convention Européenne des Droits de L'homme*, cit., p. 28.

<sup>820</sup>. Ver Acórdão proferido no caso *Le Compte, Van Leuven e De Meyere* (1981), pp. 24, 25 e 32, in <http://cmiskp.echr.coe.int/>. A observação do juiz Pinheiro Farinha segundo a qual “não é o resultado do procedimento, a sanção que venha a ser aplicada, que determina a aplicabilidade ou inaplicabilidade do parágrafo 1 do artigo 6.º (art. 6-1)”, mas antes o objecto e, portanto, a *causa petendi*, é pertinente. No entanto, é desajustado o pressuposto de que parte quando exclui tal aplicabilidade a partir da variabilidade das possíveis sanções (pp. 31 e 32). Com efeito, a instauração de procedimento disciplinar pressupõe a existência de indícios bastantes da prática de infracção disciplinar e a formulação da acusação delimita a ou as infracções e respectiva moldura punitiva.

<sup>821</sup>. Mireille Delmas-Marty e Catherine Teitgen-Colly, *Punir Sans Juger?*, citado, pp. 165 a 169, e Mehmet Öncü, *La Fonction Publique et L'article 6 de La Convention Européenne des Droits de L'homme*,

estabelecidas<sup>822</sup>, ainda que adaptada a exigência ou termos da respectiva aplicação. Sendo devida uma interpretação das condições do n.º 1 do artigo 6.º da CEDH «supranacional», “com um alcance ‘autónomo’ no contexto da Convenção”<sup>823</sup>, para obstar a que as qualificações nacionais diluam as garantias que estabelece, cremos que a aplicação dessas mesmas garantias no procedimento disciplinar não importa uma necessária subsunção aos mesmos (da «acusação em matéria disciplinar»)<sup>824</sup>.

As manifestações punitivas do poder público, num Estado de Direito, e os “princípios essenciais reflectidos em matéria procedimental hão-de ser aplicáveis à actividade sancionatória da Administração, na medida necessária para preservar os valores essenciais que aí se encontram e a segurança jurídica”. “Não se trata, portanto, de uma aplicação literal..., mas com o alcance que requerem... [alguns de tais valores]”<sup>825</sup>, com margem para a diferenciação na concretização legislativa dos termos da sua salvaguarda<sup>826</sup>. Deste modo, “a aplicação destas garantias não será a mesma em todos os casos (...) e haverá que graduar a sua aplicação em cada relação considerando o seu conteúdo e a sujeição que importa em face do Estado”<sup>827</sup> – no caso da relação jurídica de emprego público uma

---

cit., pp. 28 e 29.

<sup>822</sup>. Ora, “[u]m pensamento correcto [ou simplesmente dado] *a priori*, seria um pensamento cuja possibilidade condicionaria a sua verdade” (Ludwig Wittgenstein, Tratado Lógico-Filosófico, tradução e prefácio de M. S. Lourenço, Serviço de Educação, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 39).

<sup>823</sup>. Cfr. considerando 88 do Acórdão proferido no caso König c. Alemanha, de 1978 (p. 20). Advoga a desvalorização do sentido da locução no Direito interno. No entanto, como observa, no seu voto de vencido, o juiz Matscher, importa considerar a existência de um mínimo denominador comum, através da “análise comparativa das legislações internas dos Estados contraentes”, p. 32 (<http://cmiskp.echr.coe.int/>). Federico A. Castillo Blanco, *Función Publica Y Poder Disciplinario del Estado*, cit., p. 79, e Mehmet Öncü, *La Fonction Publique et L’article 6 de La Convention Européenne des Droits de L’homme*, cit., p. 24 (: a “noção de ‘acusação em matéria penal’ reveste igualmente um sentido autónomo aos olhos do Tribunal e pode tanto respeitar às infracções penais propriamente ditas como às infracções qualificadas de disciplinares ou administrativas no direito interno”).

<sup>824</sup>. Ver votos de vencido do juiz Liesch, do juiz Matscher e do juiz Bernhardt ao Acórdão Öztürk c. Alemanha, de 21 de Fevereiro de 1984, processo n.º 8544/79, pp. 21 e segs.

<sup>825</sup>. STC 18/1981, de 8 de Junho de 1981 (p. 6), in [www.tribunalconstitucional.es/](http://www.tribunalconstitucional.es/), DAR, II Série, n.º 71-RC, de 2 de Fevereiro de 1989, p. 2155 (O direito de audiência e defesa são direitos fundamentais não “pelo esquema irradiante do processo penal. São-[no] por outro tipo de normas, que aliás vêm reconduzir-se aos mesmos tipos de valores. Mas simplesmente, isto tem lógicas diferentes”) e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 265/2001 – Processo n.º 213/2001, DR., I Série-A, n.º 163, de 16 de Julho de 2001, pp. 4393).

<sup>826</sup>. DAR, II Série, n.º 71-RC, de 2 de Fevereiro de 1989, p. 2156.

<sup>827</sup>. Federico A. Castillo Blanco, *Función Publica Y Poder Disciplinario del Estado*, cit., pp. 85 e 86.

qualquer pessoa colectiva pública na sua qualidade e agindo enquanto empregador –, o tipo e o grau de intervenção na esfera de liberdade dos sujeitos<sup>828</sup> e os interesses das partes na relação jurídica<sup>829</sup>. Acresce ter presente que a subsunção ao conceito de “matéria penal” torna-se mais problemática com o aumento das relações de trabalho na Administração Públicas com vínculos e disciplina de direito laboral privado.

Fausto de Quadros, por sua vez, observa que “a aproximação do direito disciplinar, quando este alcança o estágio da disciplina jurisdicionalizada, do direito criminal, verifica-se apenas no campo adjectivo e, mesmo aí, sem nunca atentar contra os princípios decorrentes da própria essência do poder disciplinar, enquanto eles se reflectem no campo processual; no sector do direito substantivo, a separação mantém-se em absoluto”<sup>830</sup>. Se esta não existisse, isto é, se sanções disciplinares fossem de caracterizar materialmente como expressão do *jus puniendi* estadual e, portanto, estivessem centradas na realização de “uma justiça punitiva”, “infra-penal” ou pensada em função do Direito Penal, deveria implicar a atribuição da respectiva aplicação aos tribunais judiciais<sup>831</sup>. Da discussão parlamentar, em sede de processos de revisão, relativa ao artigo 32.º, n.º 10, resulta que a perspectiva não

---

<sup>828</sup>. E nisto se distingue o poder disciplinar exercido pelo empregador privado, por ser maior a liberdade dispositiva das partes e a importância da autonomia privada.

<sup>829</sup>. A este propósito, escreve Belén Marina Jalvo “que a sua construção de base penalista é eficaz, para a garantia que traz, no âmbito daquele Direito, mas não assim necessariamente no âmbito do funcionamento mesmo da Administração que, sem esquecer as garantias jurídicas, aparece hoje claramente inspirada por um princípio da eficácia”. Cfr. *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios*, cit., pp. 106 e 107. Ver também STC 56/1998, de 16 de Março de 1998, in [www.tribunalconstitucional.es/](http://www.tribunalconstitucional.es/) (: o Tribunal Constitucional espanhol postula “uma aplicação das garantias processuais ao procedimento administrativo sancionatório ‘em linha de princípio’ (...), cautelosa (...) e respeitosa da natureza deste procedimento (...), e recusando que esta aplicação possa ocorrer de forma mimética, imediata (...) ou automática (...)” e o voto de vencido do juiz Matscher, no Acórdão proferido no caso “König contra Alemanha”, o qual, situando a afirmação histórica das garantias do artigo 6.º no âmbito do Direito penal e a sua extensão à “matéria civil”, destaca a sua vocação para as matérias que relevam da competência dos tribunais.

<sup>830</sup>. Fausto de Quadros, *Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa*, cit., p. 337, Alberto Augusto Oliveira e Alberto Esteves Remédio, “Sobre o direito disciplinar da função pública”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. II, Coimbra Editora, 2001, p. 633 (: “As circunstâncias em que um processo disciplinar pode ser integrado directamente na previsão deste artigo 6.º são poucas.”).

<sup>831</sup>. *Mutatis mutandis*, cfr. Maria Fernanda Palma e Paulo Otero, a propósito da “distribuição do conhecimento dos actos sancionadores das contra-ordenações entre os tribunais administrativos e os tribunais comuns”, in “Revisão do regime legal do ilícito de mera ordenação social (Parecer e proposta de alteração legislativa)”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XXXVI, 1996, pp. 582 e 583.

pode ser a de transpor o processo penal para o procedimento disciplinar, nem de concretizar a “aplicação do processo penal a recursos contenciosos”<sup>832</sup>.

O TEDH esclareceu, ademais, que “[i]mperativos de flexibilidade e eficácia, inteiramente compatíveis com a protecção dos direitos do homem, podem justificar a intervenção prévia de órgãos administrativos ou corporativos, e *a fortiori* de órgãos jurisdicionais que não satisfaçam sob todos os aspectos às prescrições” constantes da norma do n.º 1 do artigo 6.º (Acórdão proferido no caso *Le Compte, Van Leuven e De Meyere*)<sup>833</sup>. O equacionamento da sua aplicação a procedimentos perante órgãos administrativos coloca-se, sobretudo, na medida em que as instâncias jurisdicionais de controlo não sejam dotadas de poderes para corrigir erros de facto nem para controlar a proporcionalidade entre infracção e sanção<sup>834</sup> e deve colocar-se sobretudo relativamente a tais instâncias jurisdicionais. Com efeito, o primado do Direito implica necessariamente que “uma ingerência do executivo nos direitos de um indivíduo seja submetida a um controlo eficaz que deve assegurar o poder judiciário, pelo menos como último recurso, por oferecer as melhores garantias de independência, imparcialidade e processo regular”<sup>835</sup>.

---

<sup>832</sup>. Equacionando hipótese diversa, relativamente às contra-ordenações, ver Maria Fernanda Palma e Paulo Otero, “Revisão do regime legal do ilícito de mera ordenação social (Parecer e proposta de alteração legislativa)”, cit., p. 584.

<sup>833</sup>. Acórdão proferido no caso *Le Compte, Van Leuven e De Meyere* (1981), p. 18, e Acórdão proferido no caso “*Öztürk contra a Alemanha*”, de 21 de Fevereiro de 1984, processo n.º 8544/79, p. 16 (: confiar às autoridades administrativas a tarefa de “perseguir e reprimir” “infracções ligeiras” “não viola a Convenção desde que o interessado possa recorrer de toda a decisão assim tomada relativamente a si para um tribunal que ofereça as garantias do artigo 6.º”). Cfr. Acórdãos in <http://cmiskp.echr.coe.int/>.

<sup>834</sup>. Acórdão de 23 de Junho de 1981, proferido no caso *Le Compte, Van Leuven e De Meyere* (1981), p. 18, in <http://cmiskp.echr.coe.int/>. O Tribunal considerou que a “publicidade do processo perante a *Cour de cassation* de Belgique não seria suficiente para suprir a lacuna constatada. Com efeito, a alta jurisdição ‘não conhece do fundo dos casos (...), de modo que numerosos aspectos das ‘contestações’ relativas aos ‘direitos e obrigações de carácter civil’ escapam ao seu controlo” (pp. 20 e 21 do Acórdão, in <http://cmiskp.echr.coe.int/>). Joseph Farber, escrevendo sobre o Acórdão refere: “O Tribunal de Estrasburgo atendeu a que o Tribunal de cassação belga não podia conhecer do fundo da causa, [que] a lei de 1967 relativa à Ordem dos médicos não respondia à exigência de publicidade”. Cfr. “*Le médecin et l’interdiction professionnelle*”, in *Liber amicorum* Raymond Screvens, *L’Interdiction professionnelle en Droit Comparé* Editions Nemesis, Bruxelles, 1986, p. 53.

<sup>835</sup>. Cfr. Acórdão proferido no “Caso *Klass e outros contra a Alemanha*”, de 6 de Setembro de 1978 (§ 55).

### 3. A perspectiva adjetiva

#### 3.1. A referência do processo penal

O procedimento disciplinar organiza-se de forma diferente da do processo penal. A autonomia de processos, como tal, reflecte a autonomia substantiva<sup>836</sup>. O processo penal, no entanto, é nomeado frequentemente como referência. O procedimento disciplinar é pretendido que seja dúctil, dotado de “maleabilidade processual”<sup>837</sup>. Na falta de expressa previsão da “forma dos actos” do procedimento disciplinar, deve ser utilizada a forma ajustada ao fim em vista e a mesma deve limitar-se “ao indispensável para atingir essa finalidade”<sup>838</sup>. Por outro lado, devem ser adoptadas as providências necessárias “para a descoberta da verdade”. Sendo omissa a respectiva regulação, a lei manda não perder de vista “os princípios gerais de direito processual penal”<sup>839</sup>. Embora não haja uma parametrização pelas regras processuais penais e haja um comando legal de flexibilidade e celeridade procedimental, na prática, estas perdem-se em alguma medida, por, na falta de arrimo normativo concreto, e com a preocupação de respeito dos princípios gerais de direito processual penal, a tendência ser a de se fazer apelo, desde logo, às regras deste último.

As providências necessárias para a descoberta da verdade, nos casos omissos, devem ser, segundo a lei, realizadas no respeito dos “princípios gerais de direito processual penal”, o que significa, por um lado, que são os respectivos valores jurídicos e não as regras processuais que os concretizam que constituem a referência e, por outro lado, que não podem ser seguidos quando contrariem a regulação do procedimento disciplinar, na sua estrutura e respectivos princípios e regras.

Em termos estruturais, é de registar que algum paralelismo é possível encontrar entre procedimento disciplinar e processo penal. A instrução disciplinar tem similitudes com o

---

<sup>836</sup>. Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal I, 3.ª edição, revista e actualizada, Editorial Verbo, 1996, p. 32 (“Os ilícitos disciplinar e penal são autónomos, tutelam bens jurídicos diversos. Ora, à independência dos ilícitos corresponde a autonomia dos respectivos processos e, por isso, em regra, o procedimento disciplinar e o procedimento penal correm independentemente um do outro.”) e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87 – Processo n.º 302/86, DR., I Série, n.º 33, de 9 de Fevereiro de 1987, pp. 504-(2) e 504-(3).

<sup>837</sup>. Cfr. a expressão in Leal Henriques, Procedimento Disciplinar, 2.ª edição, 1989, pp. 121 e 122.

<sup>838</sup>. Cfr. artigo 36.º do Estatuto Disciplinar de 1984.

<sup>839</sup>. Cfr. artigos 35.º, n.º 4, e 36.º, n.º 2, do Estatuto Disciplinar de 1984.

inquérito, porque constitui uma fase de investigação em função de cujos resultados é equacionada ou não a dedução de “acusação” ou “nota de culpa”<sup>840</sup>. A fase da defesa guarda, em parte, alguma similitude com a instrução. Há lugar à apresentação de defesa escrita e tem lugar a produção de prova requerida pelo trabalhador. Constitui a fase de contraditório e de avaliação da acusação<sup>841</sup>. Concluída esta, a comprovar-se a acusação, o instrutor define a matéria de facto e de direito, a qual, levada ao relatório final do procedimento, constitui a base da decisão final a proferir pelo órgão administrativo competente. Não há um julgamento público contraditório como no processo criminal<sup>842</sup>; o órgão administrativo com competência punitiva profere a decisão que põe termo ao procedimento, fixando nos referidos termos os factos provados e enunciando os motivos de facto e de direito determinantes da mesma decisão<sup>843</sup>, a proferir por órgão administrativo agindo pelo empregador público.

### **3.2. A aplicação dos “princípios gerais de direito processual penal”**

Os “princípios gerais de direito processual penal” constituem uma das referências nomeadas no tratamento jurídico da matéria disciplinar, cujo alcance importa precisar. O processo penal organiza-se e é compreendido segundo os princípios da presunção da inocência, do acusatório, do contraditório, da “instrução judicial”, do “direito à assistência de defensor”<sup>844</sup> e da legalidade. No primeiro princípio, três aspectos são assinalados: a não consideração como culpado de quem não foi ainda julgado como tal por sentença transitada em julgado; o tratamento consentâneo, o que inclui o respeito no processo das necessárias garantias de defesa e a observância de regras que assegurem esse tratamento na relação com as autoridades judiciárias e administrativas; e, procurada a verdade material, a valoração da prova, na dúvida, a favor do réu<sup>845</sup>. No procedimento disciplinar, as três vertentes são

---

<sup>840</sup>. Cfr. artigos 45.º a 57.º do Estatuto Disciplinar de 1984 e artigos 262.º a 285.º do CPP.

<sup>841</sup>. Cfr. artigos 59.º a 64.º do Estatuto Disciplinar de 1984 e artigos 286.º a 310.º do CPP.

<sup>842</sup>. Cfr. artigos 311.º a 364.º do CPP.

<sup>843</sup>. Cfr. artigos 65.º e 68.º do Estatuto Disciplinar de 1984 e artigos 365.º a 377.º do CPP.

<sup>844</sup>. Cfr. artigo 32.º da CRP e ver Germano Marques da Silva, “Princípios gerais do processo penal e Constituição da República Portuguesa”, in *Direito e Justiça*, Vol. III, 1987-1988, pp. 163 a 177.

<sup>845</sup>. Ver Germano Marques da Silva, “Princípios gerais do processo penal e Constituição da República Portuguesa”, cit., pp. 164 a 168, e artigo 32.º, n.º 2, da CRP.

também de acolher. O princípio afirma-se na necessidade de prova, pelo órgão instrutor, das imputações feitas ao trabalhador, pela garantia da sua audiência e defesa e a valoração do material probatório, na dúvida, no sentido da não punição<sup>846</sup>. A autotutela executiva permite à Administração impor, extrajudicialmente, ao trabalhador destinatário de decisão punitiva o respectivo cumprimento<sup>847</sup>, possibilidade que, atenta a primeira das dimensões do princípio, tem sido questionada.

No processo penal, a instrução por magistrado judicial é uma condição de liberdade e segurança da pessoa visada. A “prática de actos instrutórios” por outras entidades depende da delegação do juiz e pressupõe que os mesmos “se não prendam directamente com os direitos fundamentais”<sup>848</sup>. No procedimento disciplinar, a instrução está a cargo de um órgão administrativo, o qual, embora autónomo no exercício das respectivas funções, pode inserir-se no mesmo serviço e/ou depender orgânica e funcionalmente do órgão que o designa como instrutor e/ou do órgão que, com base na investigação e valoração por si efectuada, proferirá a decisão final no respectivo procedimento<sup>849</sup>.

“O processo criminal tem uma estrutura acusatória”<sup>850</sup>, o que significa que é um processo assente na igualdade jurídica das partes, no qual, portanto, o arguido é um sujeito processual e o juiz que julga é diferente do magistrado que acusa, em face do qual está, como perante o arguido, numa posição terceira, alheia aos respectivos interesses<sup>851</sup>. No procedimento disciplinar, a diferenciação e independência entre o órgão que acusa e o que decide é significativamente relativizada, como visto, e o órgão decisor é um órgão que corporiza os interesses do empregador público, no exercício de cujo poder disciplinar afere da adequação da conduta do trabalhador em face dos respectivos deveres e obrigações.

O princípio do contraditório é um princípio fundamental do processo criminal e do procedimento disciplinar. Os termos e intensidade da respectiva efectivação são, não

---

<sup>846</sup>. Cfr. artigo 269.º, n.º 3, da CRP e artigo 65.º do Estatuto Disciplinar de 1984.

<sup>847</sup>. Cfr. artigo 149.º, n.ºs 1 e 2, do CPA e artigo 70.º, n.º 1, do Estatuto Disciplinar de 1984.

<sup>848</sup>. Ver Germano Marques da Silva, “Princípios gerais do processo penal e Constituição da República Portuguesa”, cit., pp. 169 a 172, e artigo 32.º, n.º 4, da CRP.

<sup>849</sup>. Cfr. artigo 51.º do Estatuto Disciplinar de 1984.

<sup>850</sup>. Cfr. artigo 32.º, n.º 5, da CRP.

<sup>851</sup>. Ver Germano Marques da Silva, “Princípios gerais do processo penal e Constituição da República



obstante, diferentes. No primeiro, trata-se de “assegurar que ninguém será objecto dum «julgamento», duma «condenação» ainda que provisória, da limitação da sua liberdade, sem previamente usar do direito de defesa”<sup>852</sup>. No procedimento disciplinar, também a punição depende da garantia do direito de audiência e defesa. O contraditório está centrado na designada fase da defesa, sem prejuízo de a intervenção do trabalhador arguido poder ocorrer em qualquer outro momento do procedimento<sup>853</sup>. Na fase de defesa, o trabalhador é chamado a expor as suas razões de facto e de direito, a oferecer as suas provas, a verificar as provas contra si apresentadas e a discutir sobre o respectivo valor e resultado<sup>854</sup>. Não existe uma “audiência de discussão e julgamento” como no processo criminal<sup>855</sup>, nem a dedução de acusação é necessariamente precedida da audição do trabalhador<sup>856</sup>. O trabalhador arguido pode constituir advogado em qualquer momento no procedimento disciplinar<sup>857</sup>. No processo penal, não só o arguido tem direito à “assistência do defensor” “em todos os actos do processo”, como a mesma é obrigatória nalguns casos<sup>858</sup>.

A acção penal deve ser exercida “orientada pelo princípio da legalidade”<sup>859</sup>. Este princípio concretiza-se, fundamentalmente, em dois deveres: o dever do Ministério Público investigar a notícia de um crime e o dever de deduzir acusação sempre que existam indícios suficientes da prática de um crime por determinada pessoa<sup>860</sup>. A preocupação com a “optimização dos interesses” da “não-estigmatização do agente”, da “economia processual” e da “intervenção mínima” traz para a acção penal outras respostas em face das realidades que tradicionalmente não imporiam senão o cumprimento daqueles deveres. É o caso da

---

Portuguesa”, cit., pp. 172 a 175.

<sup>852</sup>. Germano Marques da Silva, “Princípios gerais do processo penal e Constituição da República Portuguesa”, cit., p. 176.

<sup>853</sup>. Cfr. artigo 37.º, n.º 6, do Estatuto Disciplinar de 1984, e artigo 20.º, n.º 2, da CRP.

<sup>854</sup>. Cfr. artigos 55.º, n.ºs 2 e 3, 56.º, 59.º e 60.º do Estatuto Disciplinar de 1984.

<sup>855</sup>. Sobre a audiência de discussão e julgamento em processo criminal, ver Germano Marques da Silva, “Princípios gerais do processo penal e Constituição da República Portuguesa”, cit., p. 175.

<sup>856</sup>. Cfr. 55.º, n.º 2, do Estatuto Disciplinar.

<sup>857</sup>. Cfr. artigo 37.º, n.º 6, do Estatuto Disciplinar de 1984.

<sup>858</sup>. Cfr. artigo 32.º, n.º 3, da CRP e artigos 61.º, n.º 1, alíneas d) e e), 62.º a 67.º, *maxime*, artigo 64.º do CPP.

<sup>859</sup>. Cfr. artigo 219.º, n.º 1, da CRP (“Ao Ministério Público compete ... exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática.”).

<sup>860</sup>. Cfr. artigos 48.º a 53.º, *maxime*, 53.º do Código de Processo Penal.

mediação, conciliação, do arquivamento e da suspensão provisória do processo<sup>861</sup>. As duas primeiras são apontadas como uma alternativa legal à intervenção penal formalizada e uma forma de procurar uma resposta ao crime que atenda à situação das vítimas e do delinquente. O arquivamento e a suspensão provisória compreendem-se, não como desvios ao princípio da legalidade, mas como alternativas legais, por aplicação dos critérios que a lei indica, à dedução de acusação, num “modelo de ‘legalidade aberta’”<sup>862</sup>; não se fundam ou resultam de “um juízo de conveniência desvinculado da lei”<sup>863</sup>.

Na “acção disciplinar”, a abertura das normas legais tipificadoras e os critérios de determinação das sanções e da sua medida prejudicam uma estrita vinculação das decisões de dedução da acusação, de punição e fixação da sanção e da sua medida<sup>864</sup>.

Na discussão judicial da decisão disciplinar punitiva, verifica-se que são vários os meios e instrumentos processuais que oferece o contencioso administrativo em contraposição a lógica unitária e diferente do processo penal, diferença que não deixa de reflectir a diversidade de interesses que lhe subjazam<sup>865</sup>.

---

<sup>861</sup>. Cfr. artigos 280.º e 281.º do CPP.

<sup>862</sup>. Pedro Caeiro, “Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da ‘justiça absoluta’ e o fetiche da ‘gestão eficiente’ do sistema”, in Revista do Ministério Público, n.º 84, Outubro/Dezembro, 2000, p. 42. Sobre a vitimologia e a necessidade de “formular-criar respostas que entendam, atendam e tenham atenções ... com as vítimas”, cfr. Antonio Beristain, “Evolución desde el crimen al delincuente y a la víctima (Aproximaciones diacrónicas y sincrónicas a la Política Criminal)”, in Direito e Cidadania, Ano III, n.º 9, Março a Junho de 2000, Praia de Cabo Verde, pp. 16 a 19.

<sup>863</sup>. Na expressão de Pedro Caeiro, “Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da ‘justiça absoluta’ e o fetiche da ‘gestão eficiente’ do sistema”, cit., p. 42.

A suspensão da execução da pena de prisão, que é já não uma alternativa à acção penal, mas uma pena de substituição, é também “uma questão de «legalidade» e não de «moralidade»; está em causa “o «conteúdo mínimo» da ideia de socialização, traduzida na «prevenção da reincidência» - cfr. Jorge Figueiredo Dias, seguindo A. Eser, in “Velhas e novas questões sobre a pena de suspensão de execução da prisão”, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 124.º, n.º 3804, de 1 de Julho de 1991, pp. 65 a 69, *maxime*, p. 65 e 68.

<sup>864</sup>. O artigo 28.º do Estatuto Disciplinar de 1984 é expressivo, quando manda atender na decisão sobre a punição do trabalhador a um conjunto de critérios outros, para além da “moldura punitiva” da infracção disciplinar, cuja referência, no mesmo, é dada pela convocação dos “critérios gerais enunciados nos artigos 22.º a 27.º” do mesmo diploma.

<sup>865</sup>. A este propósito escreve Éric Massat: “Os recursos do direito administrativo, fundamentalmente plúrimos porque ligados a missões institucionais específicas e múltiplas, não são assimiláveis a uma lógica penalista unificada porque presa por um interesse geral comum ao conjunto societário” (“Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l’administration. Contribution à une étude sur le pouvoir administratif visant les usagers des services publics”, cit., p. 760).

### 3.3. A aplicação das regras do processo penal

É de regra nomeada ou equacionada, como referido, a aplicação, ao procedimento disciplinar, das “regras ou princípios de defesa estabelecidos para o processo penal”, na Constituição<sup>866</sup>, no Direito internacional<sup>867</sup> e na lei<sup>868</sup>. A aplicação tem de ser vista com atenção, como resulta do que se vem expondo, seja porque não abrange todos os princípios, seja porque pode não abranger as regras que deles são expressão, seja porque é duvidoso que se justifique o apelo aos “princípios gerais do Direito processual penal”, mais propriamente, que seja preciso falar em transposição, extensão de âmbito processual-material ou fazer como que o chamamento à colação de uma espécie de lugar paralelo.

O artigo 269.º, n.º 3, da CRP diz que é garantida ao arguido, em processo disciplinar, a sua defesa, e nomeia especificamente a audiência do visado. O n.º 1 do artigo 32.º da CRP (com a epígrafe “garantias de processo criminal”) estabelece que o processo criminal assegurará todas as garantias de defesa, enunciando logo de seguida as que considera fundamentais: (1) a garantia da presunção da inocência (artigo 32.º, n.º 2, 1.ª parte), (2) o direito à decisão do processo “no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa” (artigo 32.º, n.º 2, 2.ª parte), (3) o “direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo” (artigo 32.º, n.º 3); (4) a garantia do contraditório (artigo 32.º, n.º 5, 2.ª parte, e n.ºs 6 e 7); (5) a garantia do cumprimento de certas regras em matéria de produção de prova e a garantia da predeterminação legal do tribunal competente (artigo 32.º, n.ºs 4, 8 e 9); (6) a estrutura acusatória do processo criminal (artigo 32.º, n.º 5).

O n.º 10 do artigo 32.º da CRP estabelece que são assegurados ao arguido, em processo de contra-ordenação e em “quaisquer processos sancionatórios”, os direitos de audiência e defesa. Não afirma, especificamente, que são os direitos e garantias enunciados no artigo 32.º, dirigidos ao processo criminal. Os “processos sancionatórios” são, entre outros, os procedimentos disciplinares e, entre estes, aqueles em que sejam arguidos os trabalhadores

---

<sup>866</sup>. Cfr. artigo 32.º da Constituição, e Figueiredo Dias, “Enquadramento do Procedimento Disciplinar na Ordem Jurídica Portuguesa”, pp. 190, 191 e 207.

<sup>867</sup>. Com destaque para o artigo 6.º da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

<sup>868</sup>. Cfr. 35.º, n.º 4, do Estatuto Disciplinar de 1984.

da Administração pública<sup>869</sup>. Nesta medida, o n.º 10 do artigo 32.º não traz nada de novo para o procedimento disciplinar da função pública; reitera o já anteriormente afirmado no artigo 269.º, n.º 3, da CRP. No entanto, a inserção contextual (no artigo 32.º, dedicado às “garantias do processo criminal”) tem a virtualidade de trazer, para o âmbito da audiência e defesa em causa, a reflexão sobre a inclusão e ou maturação nas mesmas dos direitos e garantias constantes das normas do artigo 32.º da CRP<sup>870 871</sup> - de forma similar, de resto, às do artigo 6.º da CEDH -, sendo no Direito penal que encontram maior elaboração<sup>872</sup>. Não postula, por si, a aplicação, e muito menos a aplicação indistinta, ao procedimento disciplinar de tais direitos e garantias processuais penais<sup>873</sup>. A perspectiva é, por um lado, a das garantias do arguido, e, por outro lado, o da eficácia, isto é, se e enquanto útil à descoberta da verdade<sup>874</sup>. Reportado às relações de trabalho regidas por um específico regime de Direito administrativo, o procedimento disciplinar tem no regime jurídico geral do procedimento administrativo e nos princípios fundamentais da actividade administrativa o seu quadro de referência. Não se nos afigura que exista, propriamente, uma ordem de supletividade na matéria<sup>875</sup>. Ela deve ser encarada no quadro da natureza e regime jurídico disciplinador das relações de emprego a que se refere o procedimento disciplinar e, como tal, impõe-se o chamamento à colação do Direito administrativo e/ou do Direito do

---

<sup>869</sup>. Cfr., v.g., DAR, II Série, n.º 71-RC, de 2 de Fevereiro de 1989, pp. 2149 e segs.

<sup>870</sup>. Inserido no Título II (“Direitos, liberdades e garantias”) da Parte I da Constituição.

<sup>871</sup>. Foi especificamente discutido, aquando da revisão constitucional de 1989. Cfr., v.g., DAR, II Série, n.º 71-RC, de 2 de Fevereiro de 1989, pp. 2149 a 2156, DAR, II Série, n.º 11-RC, de 12 de Maio de 1988, pp. 302 e segs.

<sup>872</sup>. Assim, no Parecer n.º 160/2003, o Conselho Consultivo da PGR (DR., II Série, n.º 79, de 2 de Abril de 2004, p. 5363) observou, a propósito da interrupção do prazo de prescrição no Estatuto Disciplinar de 1984 e no Regulamento Disciplinar da PSP, “que se se optasse pela tese da integral completude das normas vigentes em matéria de prescrição do procedimento disciplinar em sede do ED e do RD/PSP, ficariam por abarcar hipóteses que permitissem, por um lado, reiniciar a contagem do prazo de prescrição depois de cada interrupção, e, por outro lado, que permitissem alcançar um prazo limite subsequente a cada facto interruptivo, tornando imprescritíveis inúmeras infracções disciplinares ao arrepio dos mais elementares princípios gerais do direito sancionatório. // Não é esse o entendimento a que se chegou, já que é patente a verificação de uma lacuna, a preencher por analogia.”

<sup>873</sup>. Sobre esta aplicação em geral, ver Pietro Virga, *Il Pubblico Impiego*, Milano - Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, Terza Edizione Interamente Rifatta, p. 215.

<sup>874</sup>. Manuel Leal Henriques, *Procedimento Disciplinar*, 2.ª edição, 1989, pp.58 e 59.

<sup>875</sup>. Designadamente, a proposta por Manuel Leal Henriques, para quem o legislador “pretendeu acudir aos casos omissos de natureza processual”, primeiro, por apelo às “normas do processo penal”, segundo, às “normas do processo civil, subsidiárias que são do processo penal” e, terceiro, aos princípios gerais do

trabalho, em função dessa natureza e regime. No caso específico das primeiras, a integração de lacunas deve procurar-se no procedimento administrativo - ele próprio garantístico - e princípios próprios. Nestes termos, enxerta-se, nos seus estritos limites, o apelo pontual ao Direito penal e processual penal e a necessidade de conduzir o procedimento disciplinar na perspectiva da salvaguarda das garantias de defesa do trabalhador contra quem foi deduzida acusação por órgão administrativo da qual virá a resultar uma decisão administrativa eventualmente punitiva.

### **3.4. A suspensão judicial cautelar do exercício de função pública**

A suspensão judicial cautelar do exercício de função pública tem específica previsão no Código do Processo Penal<sup>876</sup>. Chamado a apreciar a constitucionalidade das normas do idêntico, então, artigo 200.º do CPP face a invocada violação do “direito ao trabalho e à própria capacidade civil, consignados no n.º 1 artigo 59.º e no n.º 1 do artigo 26.º da CRP” e a invocada violação dos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da CRP, “pela desproporção introduzida”, o Tribunal Constitucional destacou que “o artigo 59.º reconhece o direito ao trabalho, impondo ao Estado, para garantir esse direito, diversas tarefas (n.ºs 1 e 3)” e que o “n.º 1 do artigo 26.º reconhece a todos o direito à capacidade civil”, admitindo o seu n.º 3 “restrições a essa capacidade ‘nos casos e termos previstos na lei’”, tratando-se, pois, de “saber se no caso as restrições se contêm nos limites da necessidade e proporcionalidade”. Para tanto, observou que “a aplicação das medidas de suspensão do exercício de direitos prevista na norma em exame depende da reunião de um conjunto de condições: a) em primeiro lugar, as condições gerais de aplicação de qualquer das medidas de coacção admitidas no Código, que vêm indicadas quer nos artigos 191.º a 195.º - das quais se destaca a sua adequação ‘às exigências cautelares que o caso requer’ e a sua proporcionalidade à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas’ (artigo 193.º) -, quer no artigo 204.º, designadamente o perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e o perigo de perturbação da ordem e da tranquilidade pública ou de cominação da actividade criminosa [alíneas b) e c)]; b), em segundo lugar, as condições especiais

---

processo penal” (Procedimento Disciplinar, 2.ª edição, 1989, pp. 119 e 120).

<sup>876</sup>. O artigo 199.º do prevê a suspensão, a título de medida de coacção, do “exercício de funções”.

enumeradas neste artigo 200.º, i.e., ser o crime punível com pena de prisão de máximo superior a dois anos e poder a interdição vir a ser decretada como efeito do crime imputado”. Atentas as premissas, concluiu o Tribunal que não existem os obstáculos constitucionais invocados “à imposição das restrições aqui em causa”<sup>877</sup>. O preceito actual do artigo 199.º do CPP assegura a valoração, pelo juiz criminal, da necessidade concreta de suspensão do trabalhador do exercício de função pública face a uma dada gravidade do crime que lhe é imputado (crime punível com pena de prisão com um mínimo dado de duração e a possibilidade de vir a ser decretada, na condenação, como efeito do crime, a interdição do respectivo exercício). A suspensão judicial, nestes termos, deve ser comunicada à autoridade administrativa<sup>878</sup>. A ausência de um juízo criminal, a título de medida de coacção, pela suspensão, não afasta a possibilidade de um juízo administrativo sobre a suspensão preventiva do exercício de funções, no pressuposto da sua relevância disciplinar e nos termos em que esta está legalmente prevista<sup>879</sup>.

Não há, assim, lugar para automática suspensão do exercício de funções públicas por força da pronúncia em processo crime<sup>880 881</sup>, o que seria pouco conforme com o princípio

---

<sup>877</sup>. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87 – Processo n.º 302/86, DR., I Série, n.º 33, de 9 de Fevereiro de 1987, p. 504-(11). O Tribunal Constitucional, chamado a apreciar a constitucionalidade do, então, artigo 200.º do CPP, concluiu inexistir “obstáculo de ordem constitucional à imposição das restrições”, que consubstancia, ao direito ao trabalho e à própria capacidade civil, considerando que “se contêm nos limites da necessidade e proporcionalidade”, porque a aplicação das medidas de suspensão previstas “depende da reunião de um conjunto de condições” gerais, as de “aplicação de qualquer das medidas de coacção admitidas no Código”, e “específicas”, as enumeradas no artigo (Acórdão n.º 7/87, cit., DR. citado, p. 504-(11)).

<sup>878</sup>. Cfr. artigo 199.º, n.º 2, do CPP.

<sup>879</sup>. Cfr. artigo 54.º do Estatuto Disciplinar de 1984.

<sup>880</sup>. O artigo 6.º do Estatuto Disciplinar de 1984 - “regime padrão do nosso direito disciplinar”(Parecer n.º 160/2003, do Conselho Consultivo da PGR, DR., II Série, n.º 79, de 2 de Abril de 2004, p. 5358, e Acórdão n.º 282/86 – Processo n.º 4/85, DR., I Série, n.º 260, de 11 de Novembro de 1986, p. 3389, e. O Estatuto Disciplinar de 1984 “contém as regras materiais e processuais fundamentais a qualquer regime disciplinar ... que ... devem iluminar todo o sistema de direito disciplinar”, na formulação de António Firmino Rato, “Processo disciplinar”, DJAP, Vol. VI, Lisboa, 1994, p. 539) - prevê que a “pronúncia em processo de querela [crime da competência do tribunal colectivo e do tribunal do júri (artigos 13.º e 14.º do CPP)] com trânsito em julgado” e “independentemente da forma do processo ... nos crimes contra o Estado” determina a suspensão de funções e do vencimento de exercício até à decisão final absolutória, ainda que não transitada em julgado, ou até à decisão final condenatória” (n.ºs 1 e 2) (O artigo 38.º do Regulamento Disciplinar de 1913 estabelecia que o despacho de pronúncia, com trânsito em julgado, por crime enunciado no § único do artigo 71.º do Código Penal, determina a suspensão de exercício e vencimento do funcionário até julgamento final, com reparação pela perda do vencimento em caso de absolvição. O Código do Processo Penal, no artigo 378.º, porém atribuiu, depois, à pronúncia com trânsito em julgado por qualquer crime o

constitucional da proporcionalidade<sup>882</sup>, porque suprime a avaliação da necessidade da suspensão e desconsidera o facto de poder estar em causa um crime que não afecte o exercício de funções públicas ou de dada função pública, sendo, ademais, incoerente que a pronúncia penal possa ter efeitos mais gravosos do que a condenação, na medida em que

---

efeito de tornar inábil o funcionário para continuar no exercício de funções até decisão final, considerando-se revogado o citado artigo 38.º, o qual foi, no entanto, posteriormente, reposto em vigor pelo Decreto n.º 19.478, tendo-se por revogado, antes, o artigo citado do Código do Processo Penal. Cfr. Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, cit., p. 158). A lei atribui à pronúncia judicial o efeito da suspensão do exercício de funções, cuja produção não depende de apreciação administrativa subsequente, sobre a necessidade ou a conveniência dessa suspensão, de procedimento disciplinar ou audição do arguido (Ponto II.3 do Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 126/1990, documento n.º PPA19910424012600, de 24 de Abril de 1991, in <http://www.dgsi.pt/pgpr.nsf/>).

<sup>881</sup>. O artigo 6.º do Estatuto Disciplinar de 1984 deve entender-se estar revogado pelo artigo 199.º do CPP. Neste sentido, cfr. Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, I, cit., pp. 32 e 33.

A suspensão prevista no artigo 199.º, n.º 1, do CPP, que integra o elenco das medidas de coacção, depende “de ponderação e decisão judicial na fase do processo em que se revele necessária e adequada”. A suspensão do exercício de funções como decorrência automática de pronúncia criminal, observa o Conselho Consultivo da PGR, “tem a ver apenas com a formação da culpa resultando automaticamente do trânsito do despacho de pronúncia, à margem, por isso, de ponderação processual autónoma e fora das exigências pressupostos pelas necessidades ligadas à ponderação da eficácia da administração de justiça penal” (Parecer n.º 126/1990). Tal suspensão, prevista no artigo 6.º do Estatuto disciplinar de 1984, argumenta, ainda, o referido Conselho Consultivo, “embora como consequência de um acto relevante do processo penal, incide inteiramente no âmbito disciplinar e tem a ver com exigências funcionais e não com o processo penal” (Ponto II.3 do Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 126/1990, documento n.º PPA19910424012600, de 24 de Abril de 1991, in <http://www.dgsi.pt/pgpr.nsf/>). Não cremos que assim seja, por duas ordens de razões:

- a) A lei define os efeitos do despacho de pronúncia para o exercício funcional do funcionário;
- b) A suspensão, ditada por órgão administrativo, por considerações disciplinares e relevância para o serviço da continuação no mesmo do funcionário encontra-se expressa e especificamente regulado (artigo 54.º do Estatuto Disciplinar de 1984), pelo que a interpretação transcrita do Conselho Consultivo equivaleria a uma dupla e não coincidente regulação da suspensão disciplinar.
- c) O artigo 6.º só faz sentido para acomodar, no âmbito da relação jurídica de emprego, a avaliação feita em sede penal da conveniência penal em manter o funcionário ou agente administrativo ao serviço. Caso não haja necessidade, desse ponto de vista, em afastar o funcionário ou agente do serviço, então, se o empregador público decidir efectivar responsabilidade disciplinar, iniciando o procedimento correspondente, pode e deve ponderar da necessidade da sua suspensão disciplinar preventiva.

<sup>882</sup>. Acórdão n.º 282/86 – Processo n.º 4/85, DR., I Série, n.º 260, de 11 de Novembro de 1986, p. 3388: “Afigura-se não poder aderir-se à tese da aplicação directa do artigo 30.º, n.º 4, da CRP ao caso das medidas cautelares ou preventivas, como é aquele de que agora se trata, visto que aquele preceito constitucional só refere os «efeitos das penas»; e não os efeitos dos procedimentos cautelares. Já se apresenta com evidente pertinência a questão da violação do princípio da proporcionalidade. A suspensão é automática, não depende de nenhum juízo sobre a sua necessidade no contexto de cada caso concreto (responsabilidade imputada ao técnico de contas, gravidade da falta, etc.). Nestes termos, ela tem de considerar-se como afrontosa do princípio constitucional invocado, o qual encontra afluência no artigo 18.º, n.º 2, da CRP e sempre há-de reputar-se como componente essencial do princípio do Estado de direito democrático (cf. o artigo 2.º da CRP).”

nenhum efeito pode vir a ter sobre tal exercício ou sobre a manutenção da relação jurídica de emprego e ainda porque, mesmo aí, não tem tal carácter automático<sup>883</sup>.

### **Subsecção III – O Direito sancionatório administrativo**

#### **1. O Direito contra-ordenacional**

##### **1.1. O âmbito do Direito contra-ordenacional**

No enunciado das alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP, o Direito público sancionatório compreende o Direito penal, o Direito disciplinar e o Direito contra-ordenacional.

O “aparecimento do direito das contra-ordenações ficou a dever-se ao pendor crescentemente intervencionista do Estado contemporâneo, que ... progressivamente alarg[ou] a sua acção conformadora aos domínios da economia, saúde, educação, cultura, equilíbrios ecológicos, etc.”. A “necessidade de dar consistência prática às injunções normativas decorrentes” impôs “o recurso a um quadro específico de sanções”<sup>884</sup>. Contra a

---

<sup>883</sup>. Como se destaca no Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 126/1990, não existe paralelismo entre causas de suspensão e causas de demissão (agora, de aplicação da sanção acessória que veda o exercício de funções públicas por certo prazo).

Américo A. Taipa de Carvalho, Direito Penal, Parte Geral, cit., pp. 187 a 189. A circunscrição aos despachos de pronúncia proferidos em processo crime em que esteja em causa crime que prejudique a dignidade e confiança necessárias para o exercício de certa função pública torna, segundo o autor, compatível a aplicação da norma com o artigo 32.º n.º 2, da Constituição, pois, aí, o carácter cautelar da suspensão é equiparável à prisão preventiva. A suspensão do exercício de funções é, observa o autor, uma decorrência de uma decisão judicial que inerentemente o comportaria (p. 189).

Numa perspectiva de *jure condendo*, Mário Torres assinalou, já em 1986, o demérito da suspensão automática consequente à pronúncia pela prática de certos crimes - “Suspensão e demissão de funcionários ou agentes como efeito de pronúncia ou condenação criminais”, in Revista do Ministério Público, Ano 7.º, Abril-Junho, 1986, n.º 26, pp. 175 a 177.

<sup>884</sup>. Cfr. terceiro parágrafo do ponto 1 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, e ponto 2 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho.

Ver também o Diário da Assembleia da República, 1.ª Série, n.º 120, II Legislatura, 2.ª Sessão, de 16 de Julho de 1982, relativo à Sessão de 15 de Julho de 1982, p. 5040. Nas palavras do Deputado Costa Andrade, “[t]rata-se de um ordenamento sancionatório e repressivo qualitativamente diferente do Direito Penal, próprio de um Estado naturalmente democrático, mas de um Estado de prestações sociais, um Estado intervencionista, onde se multiplicam todos os dias as normas de ordenação social e também, naturalmente, a possibilidade de transgressão do ilícito. // Dada a inviabilidade prática de converter todas estas transgressões em ilícitos criminais, sob pena de, dentro em breve, todos estarmos praticamente numa prisão, ou, pelo menos, com o registo criminal cheio de transgressões, a nova doutrina e, assim, o direito comparado aponta no caminho da institucionalização deste direito.”

Cfr. Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, Decreto-Lei n.º 411-A/79, de 1 de Outubro, Decreto-Lei n.º



intervenção do Direito criminal depunham (e depõem) o seu empolamento enfraquecedor, a incapacidade de mobilizar recursos tão abrangentes, a necessidade de os racionalizar, canalizando-os contra as novas, gravosas e complexas formas de criminalidade, o “movimento político-criminal da descriminalização”, o postulado da utilização do direito penal como *ultima ratio*<sup>885</sup>. A necessidade de tutela jurídica punitiva, para protecção eficaz dos “novos interesses sociais”, e o facto de, em geral, as condutas que abrange não porem em causa directamente “a estrutura axiológica fundamental da sociedade, indispensável à realização pessoal individual”, ou não terem “suficiente ressonância ético-social” que justifique a sua criminalização, conjugaram-se, dando lugar a um novo ramo do Direito<sup>886</sup>. Nele foram incluídas as contravenções (o antigo Direito penal administrativo, gerado “para proteger os interesses da administração pública na ordenação da sociedade”<sup>887</sup>)<sup>888</sup>, por se

---

14/84, de 11 de Janeiro.

<sup>885</sup>. Cfr. §§ 3 e 4 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, e pontos 2 e 6 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, António Taipa de Carvalho, Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, cit., pp. 151 a 155, e Maria Fernanda Palma e Paulo Otero, “Revisão do regime legal do ilícito de mera ordenação social (Parecer e proposta de alteração legislativa)”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XXXVI, 1996, Lex, pp. 559 e 561 (Estes últimos autores, assentando na “menor gravidade do ilícito contra-ordenacional”, enunciam como “postulado irrecusável” a menor gravidade das coimas relativamente às multas penais).

<sup>886</sup>. António Taipa de Carvalho, Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, cit., pp. 155 a 1162. O Direito de ordenação social abrange não apenas valores ou bens jurídicos que “não pertencem à estrutura axiológica fundamental da vida comunitária e da realização pessoal”, como aqueles que, tendo dignidade penal, é suficiente e adequada a tutela contra-ordenacional (pp. 161 e 162), e ponto 1 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho.

<sup>887</sup>. Américo Taipa de Carvalho, Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, cit., pp. 148 a 151, *maxime*, p. 151.

João Soares Ribeiro observa, no mesmo sentido, “[n]a esteira da doutrina do Professor Eduardo Correia, que desde o seu Projecto de Código Penal de 1963 defendia que o direito de mera ordenação social devia integrar não só as condutas próprias da área propulsora do bem-estar social (cuja violação originava as transgressões) como também as da área preventiva da Administração (cuja violação originava as contravenções, o novo Regime Geral das Contra-Ordenações Laborais, anexo à Lei n.º 116/99, de 4-8, deixou de fazer aquela espúria distinção, passando a integrar no seu seio uns e outros daqueles comportamentos cuja violação implique mera censura e advertência social” (“Análise do Novo Regime Geral das Contra-Ordenações Laborais”, in Questões Laborais, Ano VII, 2000, n.º 15, Coimbra Editora, p. 2). “[O] legislador do Novo Regime consagrou como contra-ordenações as condutas que integram a área de promoção do bem estar social e que têm finalidade salutista, como aquelas que tradicionalmente integravam o ilícito contravençional e que têm finalidade preventiva por só de forma indirecta, remota ou imediata porem em perigo os valores jurídicos fundamentais” (p. 23). Figueiredo Dias logo após a publicação do Decreto-Lei n.º 433/82 advertiu que a manutenção das contravenções ao lado das contra-ordenações era apenas temporária (*apud*, p. 26).

Para Adolfo Merkl, “o direito penal administrativo se diferencia, conceptualmente, do direito penal criminal, unicamente pela competência, que neste é judicial e naquele administrativa” - Teoría General del

distinguir materialmente do chamado “ilícito criminal de justiça” e se identificar com o “ilícito constituído por violação da ordem policial ou da ordenação externa da vida comunitária” (Eduardo Correia)<sup>889</sup>.

Neste quadro, o Direito de ordenação social qualifica certas condutas como desvaliosas socialmente<sup>890</sup> porque põem em causa uma pretendida “ordem policial ou de bem-estar social”<sup>891</sup>, define as reacções (negativas ou desfavoráveis) que lhe são consequentes e os

---

Derecho Administrativo, cit., p. 355.

<sup>888</sup>. Tal integração ainda está por completar. Cfr. a Resolução do Conselho de Ministros n.º 100/2005, publicada no DR., I Série-B, de 30 de Maio de 2005, pp. 3574 e 3575 (n.º 1, alínea e), n.º 4 e n.º 5, este último fixando um prazo para que “se eliminem definitivamente as transgressões e contravenções ainda existentes”) e artigos 1.º e 20.º da Lei n.º 25/2006, de 30 de Junho (“Aprova o regime sancionatório aplicável às transgressões ocorridas em matéria de infra-estruturas rodoviárias onde seja devido o pagamento de taxas de portagem”) e artigo 14.º da Lei n.º 28/2006, de 4 de Julho (“Aprova o regime sancionatório aplicável às transgressões ocorridas em matéria de transportes colectivos de passageiros”).

<sup>889</sup>. Direito Criminal, Coimbra, 1971, p. 23. João Correia critica a dicotomia “ilícitos criminais de justiça e de mera ordenação social”, entendendo que o “ilícito contravençional, por mais residual que se apresente, não poderá, sem mais, ser eliminado, sem prejuízo da erradicação dos interesses que sempre estarão presentes na relação de trabalho subordinado” (p. 32). Ora, nas contravenções laborais, são os interesses próprios “dos protagonistas das relações de trabalho, empregadores, trabalhadores e respectivas associações representativas desses interesses, individuais ou colectivas” que estão em causa (p. 33), pelo que se deveria optar por este (com a vantagem de caber a um tribunal a sua aplicação e de se valorizar o “indivíduo e a cidadania face ao Estado” e face à publicização das “relações de trabalho na óptica quase exclusiva da Administração” (p. 33) - “Direito Penal Laboral. As contra-ordenações laborais”, Questões Laborais, Ano VII, 2000, n.º 15, Coimbra Editora.

<sup>890</sup>. Com Américo Taipa de Carvalho, cremos não ser possível afirmar a irrelevância ou a neutralidade axiológico-social das condutas abrangidas pelo direito de ordenação social (Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, cit., pp. 159 a 162). Ademais, como observa Marcelo Madureira Prates, o alargamento paulatino do “campo administrativo sancionador” traz para a sua esfera “condutas dos mais diversos níveis de repercussão ético-social” (Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia, cit., p. 141).

José Albuquerque, assinalando a “complementaridade sucessiva entre contra-ordenação e crime, separando-os a condição de punibilidade (cominação da punição)” (- “[q]uando a finalidade preventiva, sancionadora do desvalor da acção poluente e do perigo que ela representa para o equilíbrio ambiental, não faz parar, em primeira linha, a agressão ao bem jurídico violado, o crime de poluição, tal como desenhado no art. 279.º, entra em campo, reagindo e sancionando, mais do que o desvalor da acção, o desvalor do resultado, pois tal ilícito penal se configura como crime de dano” - p. 8), observa que a mesma “coloca problemas que podem contender com o princípio constitucional (proporcionalidade) entre a sanção e o acto anti-jurídico e de que em situações idênticas deve aplicar-se a mesma medida” - “Reforma do Código Penal. Considerações sobre o crime de poluição previsto e punido pelo artigo 279.º do Código Penal revisto. Alguns problemas de aplicação”, 1996, pp. 7 a 9, pontos 2.6 e 2.7, in [http://www.pgr.pt/portugues/grupo\\_soltas/pub-difusos/11/reforma.htm](http://www.pgr.pt/portugues/grupo_soltas/pub-difusos/11/reforma.htm).

<sup>891</sup>. Eduardo Correia, Direito Criminal, cit., p. 29.

parâmetros do respectivo poder punitivo<sup>892</sup>. As áreas de intervenção abrangidas são vastas e não têm parado de crescer<sup>893</sup>.

O “direito de mera ordenação social é menos exigente na delimitação do facto ilícito do que no direito penal”<sup>894</sup>. O mesmo se pode dizer do Direito disciplinar da função pública<sup>895</sup>.

## 1.2. As sanções contra-ordenacionais

As sanções contra-ordenacionais têm “uma finalidade repressiva” “pragmática”, ordenadora - sendo expressivo o facto de “não ser seu critério predominante de fim e medida da sanção a culpa”<sup>896</sup> e a possibilidade do montante da coima ultrapassar o benefício económico retirado, pelo agente, da infracção - e uma finalidade preventiva: visa-se evitar a repetição futura da inobservância de “proibições ou imposições legislativas”<sup>897</sup>

---

<sup>892</sup>. O “mal” infligido, a incidência negativa na esfera jurídica do particular, é um instrumento de sanção.

Há aqui uma feição reparadora, expressa por Maria Fernanda Palma e Paulo Otero, quando identificam a “compensação do benefício económico” como “um fim das coimas” e explicitam que “a lesão da Ordem Jurídica só se pode considerar reparada quando o agente não obtiver lucro com a prática da infracção.” “Revisão do regime legal do ilícito de mera ordenação social (Parecer e proposta de alteração legislativa)”, cit., p. 565.

<sup>893</sup>. Miguel Pedrosa Machado, “Questões legislativas penais. IV – O que é feito do Regime Geral das «contra-ordenações»?”, *Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 40. Abril-Junho, 2005, p. 55 (: O autor observa que as “áreas abrangidas são de tal modo vastas e inter-relacionadas que se deve já hoje dizer ser duvidoso se a sistematização global a buscar pode partir de um critério material ou tem apenas de atender ao elenco das competências das autoridades administrativas em causa” - partes com negrito no original) e José Albuquerque, “Reforma do Código Penal. Considerações sobre o crime de poluição previsto e punido pelo artigo 279.º do Código Penal revisto. Alguns problemas de aplicação”, citado, pp. 6 e 7, ponto 2.5.

<sup>894</sup>. Germano Marques da Silva, “A Tutela Penal do Ambiente (ensaio introdutório)”, *Estudos de Direito do Ambiente. Sessões do Seminário de 2002 de Direito do Ambiente*, Coordenação de Mário de Melo Rocha, Publicações Universidade Católica, p. 19. A Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto (que aprovou “a lei quadro das contra-ordenações ambientais”) estabelece (artigo 1.º, n.º 2) constituir “contra-ordenação ambiental todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal [que caracteriza como] correspondente à violação de disposições legais e regulamentares relativas ao ambiente que consagrem direitos ou imponham deveres, para o qual se comine uma coima.” No artigo 3.º prescreve que “[s]ó é punido como contra-ordenação ambiental o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática.”

<sup>895</sup>. O ilícito disciplinar pode radicar, por exemplo, na violação das prescrições do empregador, segundo a delimitação legal do dever de obediência. Tem uma natureza laboral-administrativa.

<sup>896</sup>. Maria Fernanda Palma, “Direito Penal do Ambiente – Uma Primeira Abordagem”, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, p. 438: “Pelos meios sancionatórios que oferece (sobretudo ao nível das sanções acessórias) e por não ser seu critério predominante de fim e medida da sanção a culpa, mas antes a reparação do dano e a desmotivação do infractor através do prejuízo pecuniário causado pela sanção, este ramo do Direito [Direito de mera ordenação social] oferece mecanismos ideais relativamente a condutas anti-ambientais não imediatamente anti-humanas ou só remotamente perigosas para os bens jurídicos pessoais ou sociais.”

<sup>897</sup>. Américo A. Taipa de Carvalho, *Direito Penal*, cit., p. 163, ponto 4, § 3 do preâmbulo do Decreto-Lei

<sup>898</sup>, demover em geral os destinatários de tais normas, incluindo o infractor (prevenção negativa, geral e especial), e promover a adesão e o seu cumprimento futuro (prevenção positiva geral e especial). A perspectiva não é, no entanto, a da reeducação ou reinserção social do infractor<sup>899</sup>. Não é igualmente a de um empregador na relação de trabalho e, especificamente, a do empregador público na relação jurídica de emprego público, isto é, a daquele que pretende garantir o cumprimento pelo trabalhador dos deveres e obrigações que para ele emergem do respectivo vínculo.

“A sanção normal do direito de ordenação social é a coima, [que se caracteriza como] sanção de natureza administrativa, aplicada por autoridades administrativas, com o sentido dissuasor de uma advertência social”<sup>900</sup>. Para além das coimas, as sanções podem atingir as vantagens ou benefícios que o administrado espera do exercício do direito ou actividade regulado pela ordem jurídica que desrespeitou; constituem exemplos, a proibição do

---

n.º 232/79, de 24 de Julho (“A sanção normal do direito de ordenação social é a coima, ... aplicada ... com o sentido dissuasor de uma advertência social”) e Maria Fernanda Palma e Paulo Otero, “Revisão do regime legal do ilícito de mera ordenação social (Parecer e proposta de alteração legislativa)”, cit., p. 562 (“as coimas surgem ainda como meio específico de impedir a obtenção ilícita de benefícios económicos”) e p. 564 (“a subtracção do ilícito contra-ordenacional às rigorosas exigências de determinação válidas para o ilícito penal serve fins de ordenação da vida económica e social menos estáveis e, por vezes, dependentes de políticas sectoriais concretas”) e p. 569, Maria Fernanda Palma, “Direito Penal do Ambiente – Uma Primeira Abordagem”, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, p. 432 (observa a autora que a “descrição das condutas ilícitas (...) prescinde da causalidade em relação aos danos e radica antes na violação de prescrições das autoridades”) e p. 438, e ver Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, citado, p. 166 (As sanções administrativas em geral têm uma “finalidade repressiva mais pragmática”, revelada pelo carácter objectivo que assume, por vezes, a correspondente responsabilidade).

<sup>898</sup>. Quanto à verificação da contra-ordenação, independentemente de culpa, ver, a título de exemplo, o artigo 7.º, inserido no Capítulo III (“Regime contra-ordenacional”) da Lei n.º 28/2006, de 4 de Julho (“Aprova o regime sancionatório aplicável às transgressões ocorridas em matéria de transportes colectivos de passageiros”), em cujo n.º 1 se lê: “A falta de título de transporte válido, a exibição de título de transporte inválido ou a recusa da sua exibição na utilização do sistema de transporte colectivo de passageiros, em comboios, autocarros, troleicarros, carros eléctricos, transportes fluviais, ferroviários, metropolitano e metro ligeiro, é punida com coima de valor mínimo correspondente a 100 vezes o montante em vigor para o ...”.

No entanto, no que toca à alínea d) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição, no voto de vencido ao Acórdão n.º 155/91, Bravo Serra defende que “a base atributiva da reserva parlamentar residiu na circunstância de as matérias ali previstas pressuporem uma censura ética; pressuporem, enfim, um comportamento culposos (*lato sensu*).” (Acórdãos do Tribunal Constitucional, volume 18.º, p. 552).

<sup>899</sup>. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, Novena Edición, Thomson Civitas, 2004, pp. 166 e 196.

<sup>900</sup>. O parágrafo três do número 4 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, e Maria Fernanda Palma diz que o direito contra-ordenacional “tanto pelo seu conteúdo como pela entidade competente para a sua aplicação ... autonomizou-se qualitativamente do Direito Penal, embora ainda não se confunda com o Direito Administrativo”, “Direito Penal do Ambiente – Uma Primeira Abordagem”, in *Direito do Ambiente*, cit., p. 285.

exercício de profissão, o encerramento de estabelecimento, as restrições à liberdade de circulação, a revogação ou suspensão de licenças, alvarás ou autorizações e a privação de subvenções<sup>901</sup>.

## 2. As sanções administrativas

Na falta de referência, na Constituição, a ilícitos e sanções administrativas em geral, diferentes dos disciplinares e contra-ordenacionais, é questionado se há lugar e qual o espaço das sanções administrativas *lato sensu*, como “figura independente do direito contra-ordenacional”, seja à face da ordem constitucional vigente, seja do ponto de vista material<sup>902</sup>.

A interpretação do silêncio constitucional como negativo é, na sua linearidade, contrária a um “programa constitucional” com abertura necessária à conformação da realidade. Em segundo lugar, o artigo 32.º, n.º 10, prefigura a sua existência. Dispõe que “[n]os processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa”. Ao regime geral de punição das contra-ordenações se refere a alínea d) do n.º 1 do artigo 165.º e ao das infracções disciplinares a mesma norma, assim como o n.º 3 do artigo 269.º da CRP. O n.º 10 do artigo 32.º “consagra a existência de direito sancionatório não penal”(Rosendo Dias José)<sup>903</sup>. A especificação no n.º 10 do artigo 32.º das contra-ordenações e a falta dela relativamente às infracções disciplinares leva a incluir na expressão “processos sancionatórios” outros que não os procedimentos disciplinares. Esses outros serão também os processos sancionatórios administrativos<sup>904</sup>. Em terceiro lugar, importa ter presente que as medidas de polícia, a que

---

<sup>901</sup>. Franck Moderne, “La sanction administrative (éléments d’analyse comparative)”, *Revue Française de Droit Administratif*, Mai-Juin, 2002, n.º 3, p. 488, e artigo 30.º da Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto.

<sup>902</sup>. Marcelo Madureira Prates, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, cit., pp. 148 e segs., Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1993, p. 673, e Vital Moreira, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, 1997 p. 195 (: referindo-se ao artigo 165.º, n.º 1, alínea d), da Constituição, e ao facto de só reservar “para lei parlamentar (ou decreto-lei autorizado) o regime geral das contra-ordenações e das sanções disciplinares”, concretiza que “a competência para a definição concreta dos ilícitos administrativos (*lato sensu*) pode caber ao Governo e às regiões autónomas...[ou] ser deferida por lei (Assembleia da República) para regulamento autónomo, local ou corporativo) – sublinhado nosso.

<sup>903</sup>. “Sanções Administrativas”, *Revista de Direito Público*, Ano V, n.º 9, 1991, p. 56.

<sup>904</sup>. Rosendo Dias José observa que o conteúdo do artigo 32.º da CRP “tem uma textura que exige

se refere o artigo 272.º da CRP, “têm muitas vezes efeitos e estrutura idênticos às sanções administrativas”, das quais “se distinguem apenas por não pressuporem de modo necessário a reacção ao infringir de uma norma”<sup>905</sup>.

O regime geral das sanções administrativas não se encontra “fora da reserva de lei da Assembleia da República”<sup>906</sup>. A opção por tais sanções atinge a reserva em matéria contra-ordenacional, não necessariamente por força da alteração do *nomen juris*, mas porque interfere, estreitando, a respectiva delimitação<sup>907</sup>.

As justificações apresentadas para a necessidade das sanções administrativas são fundamentalmente duas: a inadequação do sistema sancionatório contra-ordenacional, assente na sanção pecuniária, com a designação de coima, e passível de ser completada por sanções acessórias<sup>908</sup> e a individualização de interesses público-administrativos que, em coerência, não deveriam ser tutelados por contra-ordenações<sup>909</sup>.

---

aplicação não apenas às contra-ordenações como a todo o direito sancionatório” e que as “sanções administrativas, de espécie diferente das medidas disciplinares e das contra-ordenações ... colocam-se num nível constitucional em que não há balizas circundantes à criação de sanções não proibidas e definição dos respectivos pressupostos, ficando à discricionariedade legislativa um amplo campo – artigo 30.º da Constituição.” “Sanções Administrativas”, Revista de Direito Público, Ano V, n.º 9, 1991, pp. 56 e 57.

<sup>905</sup>. Rosendo Dias José, “Sanções Administrativas”, cit.; pp. 47 a 49.

<sup>906</sup>. Em sentido diferente, Rosendo Dias José, “Sanções Administrativas”, cit., p.57.

<sup>907</sup>. No sentido da inclusão na reserva de lei parlamentar, ver o Acórdão n.º 155/91, de 24 de Abril de 1991, Processo n.º 63/90, in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 18.º volume, 1991 (Janeiro a Abril), pp. 525 e segs.

Creemos que decaem os argumentos relativos à interpretação da reserva de lei parlamentar, ao relacionamento entre Governo e Assembleia da República no espaço das competências concorrenciais, à similitude entre as medidas de polícia e as sanções administrativas preventivas e ao facto de as matérias da alínea d) do n.º 1 do artigo 165.º pressuporem uma censura ética diferentemente daquelas (cfr., quanto a estes argumentos, Marcelo Madureira Prates, Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia, cit., pp. 155 a 165).

<sup>908</sup>. As razões apontadas para fundamentar o juízo de inadequação do sistema sancionatório administrativo são, em geral, as seguintes:

a) o dever administrativo violado tem, por vezes, escassa relevância patrimonial, justificando-se antes que seja afectado outro direito ou bem que não o património do infractor;

b) noutros casos, a sanção pecuniária não tem expressão dissuasora do incumprimento à face da vantagem que propicia;

c) a mutabilidade e diversidade das situações juridicamente relevantes requerem um leque mais alargado de sanções principais e uma maior flexibilidade na sua aplicação;

d) o sentido atenuador da rigidez das penas penais principais e de acautelamento da perigosidade do autor assacável às sanções acessórias no Direito penal não pode ser transposto para o domínio administrativo, em que existe a título principal o sentido reprovador das situações de perigo e em que as situações a tutelar reclamam, essencialmente, a intervenção em direitos ou bens outros que não o património do arguido.

Os argumentos não são, não obstante, insuperáveis: por um lado, porque não está demonstrado que o aperfeiçoamento ou a correcção do referido sistema sancionatório não seja alternativa preferível à separação de um outro conjunto sancionatório; por outro lado, porque não é segura a divisão entre os interesses protegidos pelas contra-ordenações e os tuteláveis por ilícitos administrativos gerais; por outro lado, ainda, porque, na medida da “aproximação entre ordem social e ordem administrativa”, nem sempre é possível “identificar quais são as sanções que estão directamente relacionadas à ordem e a valores administrativos e quais prendem-se à ordem e a valores socioeconómicos”<sup>910</sup>.

Ainda assim, como destaca Rosendo Dias José, “a multiplicidade de formas de actuação e medidas de que carece a administração não cabem no conceito base de contra-ordenação nem se podem adaptar a uma fórmula única.”<sup>911</sup>, a qual a Constituição não impõe. O “direito comunitário dotou-se *ab origine* de um poder repressivo susceptível de ser confiado à administração comunitária ou às administrações nacionais para a realização dos objectivos comunitários”<sup>912</sup>.

---

Cfr. Marcelo Madureira Prates, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, Almedina, 2005, pp. 148 a 155.

Sem prejuízo, a aplicação das sanções acessórias, por vezes, mais gravosas do que a coima requerer particular cuidado, do ponto de vista da observância dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, da fundamentação da decisão sancionatória e da audiência prévia do respectivo destinatário. Paulo Otero e Maria Fernanda Palma, “Revisão do regime legal do ilícito de mera ordenação social (Parecer e proposta de alteração legislativa)”, cit., pp. 576 a 578. Em particular, os autores destacam os estritos termos em que se pode constitucionalmente admitir a interdição de exercício de uma profissão ou de uma actividade.

<sup>909</sup>. Cfr. Marcelo Madureira Prates, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, cit., pp. 146 e segs.

<sup>910</sup>. O reconhecimento desta dificuldade por Marcelo Madureira Prates (*Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, cit., p. 147) depõe contra a respectiva defesa do espaço da sanção administrativa em geral em face da sanção contra-ordenacional.

Maria Fernanda Palma e Paulo Otero assinalam às sanções acessórias, por um lado, os fins concretos de repressão do autor da contra-ordenação e da prevenção geral e, por outro lado, os fins abstractos de instrumento de garantia pela Administração da “eficácia operativa de determinadas normas jurídicas que tutelam interesses gerais, ao reprimir a sua violação.” - “Revisão do regime legal do ilícito de mera ordenação social (Parecer e proposta de alteração legislativa)”, cit., p. 569 e p. 585.

<sup>911</sup>. “Sanções Administrativas”, cit., p. 63.

<sup>912</sup>. Franck Moderne, “La sanction administrative (éléments d’analyse comparative)”, *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 3, Mai-Juin, 2002, 18.º année, p. 484.

## 2.1. As sanções aplicadas pelas entidades administrativas independentes

As “entidades administrativas independentes” (artigo 267.º, n.º 3, da CRP) são entes administrativos, personalizados ou não, que exercem funções administrativas de regulação e fiscalização de uma dada esfera de actividade, ditada por razões funcionais<sup>913</sup> e ou económico-financeiras, e dotados de um estatuto de independência administrativa orgânica e funcional. A independência orgânica é assegurada pelo estatuto dos seus membros (*v.g.*, regras de incompatibilidades) e formas de designação (a partir de diferentes e coexistentes fontes de legitimidade<sup>914</sup>) dos seus membros e também pelas “modalidades de exercício do mandato (duração, inamovibilidade, não renovação [, colegialidade])”. A independência funcional assenta na ausência de “qualquer vínculo de subordinação hierárquica”, de superintendência e tutela governamental e de qualquer outra dependência funcional ou política<sup>915</sup>. Não são, por outro lado, emanações dos próprios operadores ou entes regulados. É no seu estatuto de independência e saber técnico que reside fundamentalmente a sua legitimidade<sup>916</sup>, sem prejuízo da legitimidade que lhe advém da sua criação por lei e, nalguns casos, dos órgãos que designam parte dos seus membros, sem prejuízo das reservas que suscitam a falta de controlo democrático sobre a sua actividade.

São fundamentalmente de dois tipos: actuam na área da tutela dos direitos fundamentais (de que constituem exemplo a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, a Comissão de Protecção dos Dados Pessoais, a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, a Comissão Nacional de Eleições) e na área da regulação e fiscalização económica e

---

<sup>913</sup>. Sendo constitucionalmente possível e necessária a intervenção administrativa na regulação da “liberdade de comunicação audiovisual”, entregar a mesma a uma entidade administrativa independente, para que “vele pelo respeito dos princípios constitucionais em matéria de comunicação audiovisual”, atenua os efeitos negativos associados. Cfr. Louis Favoreu e Loïc Philip, *les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7.ª édition, 1993, collection Droit Public, Sirey, pp. 727 a 729.

<sup>914</sup>. Carlos Blanco de Moraes, “As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, Janeiro de 2001, pp. 124 e 137 a 141.

<sup>915</sup>. Paule Quilichini, “Réguler n’est pas juger”, *AJDA* n.º 20/2004, pp. 1067 e 1068, e Carlos Blanco de Moraes, “As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa”, *cit.*, pp. 105, 106, 118, 120 e 147.

<sup>916</sup>. Paule Quilichini, “Réguler n’est pas juger”, *AJDA* n.º 20/2004, p. 1062, e artigo 18.º, n.º 1, dos Estatutos da “Entidade Reguladora para a Comunicação Social”, aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro.



financeira (como, por exemplo, o Conselho Económico e Social e a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários).

Estas entidades são dotadas de poderes, variáveis, de regulamentação, recomendação, controlo, investigação, consulta, arbitragem, autorização e de sanção, cuja cumulação, em maior ou menor medida, é parte da sua eficácia<sup>917</sup>. Nem todas são dotadas de poder de sancionar e, sendo-o, o mesmo pode ser mais ou menos extenso; pode, no entanto, dizer-se que fizeram aumentar “o campo das sanções administrativas”<sup>918</sup>.

Dirigem-se a um universo pessoal relativamente fixo ou delimitado. Não lhes são alheias as ideias de permanência e de enquadramento. Nesta medida, aproximam-se das sanções disciplinares<sup>919</sup>. Não são deontológicas, não se referenciam a códigos de conduta.

Na aplicação das sanções, como em geral na “função de regulação”, aproximam-se, em dois elementos, da “função contenciosa”: por um lado, “a existência de um litígio” e, por outro lado, a fixação de uma “solução a partir de uma base jurídica”<sup>920</sup>. Assim, é colocada a questão do reconhecimento de um poder de sancionar à face do princípio de separação dos poderes. A jurisprudência constitucional francesa, a propósito do poder sancionatório das entidades administrativas independentes<sup>921</sup>, afirmou que “o princípio da separação de poderes ou qualquer outro não obsta a que uma autoridade administrativa, agindo no quadro de prerrogativas de poder público, possa exercer um poder de sancionar desde que, por um

---

<sup>917</sup>. Paule Quilichini, “Réguler n’est pas juger”, AJDA n.º 20/2004, pp. 1060 e 1063, Didier Linotte e Guillaume Simonien, “L’Autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l’Etat?”, AJDA n.º 3/2004, p. 143, artigos 1.º, n.º 1, 6.º, § 1, 24.º e 25.º, 53.º, n.º 1, 57.º, 67.º a 72.º dos Estatutos da “Entidade Reguladora para a Comunicação Social”, aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro, e Louis Favoreu e Loïc Philip, les grandes décisions du Conseil constitutionnel, cit., pp. 719, 733 e 734 (: o poder regulamentar tem um alcance limitado ou um “domínio determinado” e exerce-se no quadro legal e regulamentar nacional):

<sup>918</sup>. Paule Quilichini, “Réguler n’est pas juger”, AJDA n.º 20/2004, p. 1060.

<sup>919</sup>. Ver, de Joëlle Pralus-Dupuy, “Les tendances contemporaines de la répression disciplinaire”, in Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé, n.º 3, Jul. -Sept., 2000, pp. 548 e 549, e, de Mireille Delmas-Marty e Catherine Teitgen-Colly, Punir Sans Juger? De la répression administrative au droit administratif pénal, Ed. Economica, 1992, p. 26.

<sup>920</sup>. Paule Quilichini, “Réguler n’est pas juger”, AJDA n.º 20/2004, p. 1061.

<sup>921</sup>. Por exemplo, foi suscitada junto da Comissão Constitucional francesa a questão da constitucionalidade dos poderes de sanção da “Comissão das operações da bolsa” por alegada violação do princípio da separação de poderes, do princípio *non bis in idem*, para além de ter sido alegado que estava assegurado, nem pelo estatuto nem pelos meios financeiros, a sua independência. Cfr. Decisão n.º 89-260 DC, de 28 de Julho de 1989, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1989/89260dc.htm>.

lado, a sanção susceptível de ser infligida exclua qualquer privação da liberdade e, por outro lado, que o exercício do poder de sanção esteja rodeado pela lei de medidas destinadas a salvaguardar os direitos e liberdades constitucionalmente garantidas”<sup>922</sup>. Entre tais medidas, são nomeadas as várias garantias de um processo justo (v.g., na garantia do contraditório, dos direitos de defesa e na separação entre o órgão que aplica as sanções e órgão executivo segundo o modelo do processo judicial)<sup>923</sup>.

A dimensão contenciosa de tais sanções não reduz ou afasta “o domínio de competência dos juízes” e o seu “monopólio da última palavra”<sup>924</sup>. Não deixa de ser instrumental à função reguladora das entidades em referência.

### 3. Outras medidas administrativas

A “intenção punitiva [é uma] ... característica fundamental da sanção administrativa, que a permite distinguir de outras medidas igualmente emanadas pelas autoridades administrativas” desfavoráveis ou restritivas de direitos e interesses dos administrados<sup>925</sup>,

---

<sup>922</sup>. Ponto 6 da Decisão n.º 89-260 DC, de 28 de Julho de 1989, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1989/89260dc.htm>. Quanto à independência da “Comissão das operações da bolsa”, a Comissão Constitucional destacou aspectos do estatuto dos seus membros e forma de designação, considerando-os suficientes a assegurar essa garantia, assim como considerou que o seu «estatuto financeiro» não prejudicava essa independência (pontos 11 a 14). Relativamente à alegada violação do princípio *non bis in idem*, afirmou que, não estando vedada a acumulação entre sanção penal e sanção administrativa, importava, por força do princípio da proporcionalidade, que nunca “o montante global das sanções eventualmente pronunciadas ultrapassem o montante mais elevado de uma das sanções aplicáveis; [e] que cabe às autoridades administrativas e judiciárias competentes de velar pelo respeito desta exigência” (pontos 15 a 22). Ver, no mesmo sentido, a Decisão n.º 88-248, de 17 de Janeiro de 1989, in de Louis Favoreu e Loïc Philip, *les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, pp. 716, 717, 721 e 722.

<sup>923</sup>. Louis Favoreu e Loïc Philip, *les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit., pp. 720, 721, 736 e 737.

<sup>924</sup>. Paule Quilichini, “Réguler n’est pas juger”, *AJDA* n.º 20/2004, p. 1062.

<sup>925</sup>. Franck Moderne, “La sanction administrative (éléments d’analyse comparative)”, cit., p. 486, e Agustín García Ureta, *La Potestad Inspectoral de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, Barcelona, S.A., 2006, p. 37 (“não respondem a uma finalidade retributiva, por ter causado uma infracção assim tipificada, nem são manifestação de *ius puniendi*, que rectifica uma conduta anti-jurídica e impõe o correspondente mal”) e pp. 38 a 40 e María José Falcón y Tella y Fernando Falcón y Tella, *Fundamento y Finalidad de la Sanción: ¿ Un Derecho a Castigar?*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, Barcelona, 2005, pp. 238 e 239.

Marcelo Madureira Prates aglutina o conjunto das medidas administrativas não sancionatórias que afectam direitos e interesses dos administrativos sob a designação de medidas administrativas desfavoráveis. Nesta, distingue medidas administrativas extintivas, preventivas, repressivas, reparatórias e cautelares (Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia, cit., pp. 167 a 211), que, em suma, caracteriza nos seguintes termos:

distinção importante a vários títulos (designadamente, para a aplicação do princípio *non bis in idem*, a determinação das regras sobre a sucessão de normas no tempo, alcance do princípio da legalidade e garantias da adequada tutela dos visados<sup>926</sup>).

a) as medidas administrativas extintivas: i) destroem, total ou parcialmente, os efeitos jurídicos de um acto administrativo anterior, por força de vício que o inquina, ou declaram a ausência da respectiva produção de efeitos (“medidas administrativas de invalidação”); ii) suprimem ou restringem os efeitos jurídicos de acto administrativo anterior, por força, quer da “perda pelo administrado das condições normativamente reclamadas para a manutenção desse acto, quer da modificação superveniente das normas reguladoras” que prejudica a respectiva manutenção.

b) “Medidas administrativas revogatórias *stricto sensu*”: correspondem àquelas decisões administrativas que, com fundamento na conveniência e ou na inoportunidade para o interesse público, eliminam total ou parcialmente os efeitos jurídicos de um acto administrativo anterior.

c) “Medidas administrativas preventivas”: aquelas que visam “adequar os comportamentos individuais à lei”, compreendendo, quer as “medidas administrativas de controle prévio” e as de controle permanente, quer as “medidas administrativas persuasivas”, quer ainda “as medidas administrativas prudenciais”.

No quadro das “medidas de controle prévio”, ver, sobre as razões da necessidade de um “regime de autorização” para exercer a “liberdade de comunicação audiovisual”, a Decisão n.º 88-248 DC, de 17 de Janeiro de 1989, do Conselho Constitucional francês, e as observações de Louis Favoreu e Loïc Philip, *les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7.º édition, 1993, collection Droit Public, Sirey, pp. 716 a 737, maxime, pp. 727 e 728.

d) “Medidas administrativas repressivas”: aquelas que visam “coagir os particulares a cumprir a lei”, “para livrar os interesses públicos de perigos iminentes ou de ofensas actuais, evitando que esses interesses sejam lesados ou que sofram prejuízo ainda maior do que o já efectivado, e geralmente envolvem o uso de coacção directa sobre pessoas e bens”.

e) “Medidas administrativas cautelares”: são “medidas repressivas necessárias para sustentar os efeitos nocentes de uma acção infractora já iniciada”, as quais afectam “o mesmo direito ou liberdade que poderá vir a ser alcançado por sanção administrativa subsequente, em virtude de a infracção cometida pelo administrado estar sujeita, por norma, a punição.” Sobre estas e respectiva distinção das sanções administrativas, ver também Agustín García Ureta, *La Potestad Inspector de las Administraciones Públicas*, cit., pp. 37 e 38.

f) “Medidas administrativas reparatórias”: visam “combater os reflexos decorrentes dos ilícitos administrativos, ... recompo[ndo] a parte da ordem e da legalidade administrativa por ele atingida, mediante a correcção da irregularidade administrativa verificada”. Estas compreendem as “medidas compensatórias, que objectivam remediar os danos materiais decorrentes do dever descumprido e se traduzem, ordinariamente, em obrigação pecuniária” e as “medidas repristinatórias”, que visam restaurar a legalidade violada “por meio do retorno, quer da situação administrativa, quer da situação do administrado, ao estado em que se achavam antes de ter sido praticada a infracção administrativa.” Sobre estas e respectiva distinção das sanções administrativas, ver, também, e Agustín García Ureta, *La Potestad Inspector de las Administraciones Públicas*, cit., p. 38.

Mireille Delmas-Marty e Catherine Teitgen-Colly (*Punir Sans Juger? De la répression Administrative au droit administratif pénal*, Ed. Economica, 1992, pp. 44 e segs.) distinguem as sanções administrativas das: i) “medidas administrativas preventivas” – como aquelas que visam prevenir uma situação irreversível, de que constituem exemplo, a suspensão disciplinar de um agente, a interrupção duma construção licenciada com violação de regras urbanísticas, a imobilização de um veículo -; ii) das “medidas de polícia” – como aquelas que procuram a manutenção da ordem pública, com uma finalidade preventiva, exemplificando com a expulsão de um estrangeiro em situação ilegal -; iii) das medidas retributivas, que visam compensar o prejuízo causado pelo não cumprimento devido de certos deveres, que exemplifica com o pagamento de multa pelo pagamento tardio de impostos.

<sup>926</sup>. Cfr. Marcelo Madureira Prates, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, cit., pp. 167 a

### 3.1. Meios de execução forçada

Entre aquelas medidas, figuram os “meios de execução forçada, em via substitutiva ou indirecta”. Visam o cumprimento, pelo administrado, de certa obrigação ou a adopção de determinada conduta, a consequente obtenção da ordem e da legalidade com que contendem, prescindindo de qualquer indagação sobre a ilicitude da conduta não cumpridora<sup>927</sup>. Participam da mesma natureza da prestação ou comportamento devidos: através de medida repristinatória, a Administração realiza a execução forçada, específica, da obrigação, reparando directamente, em via substitutiva, o bem ou interesse lesado, no confronto de quem esteja na posse do bem<sup>928</sup>; em alternativa, através de medidas pecuniárias (“multas coercitivas”), a Administração pode eliminar o benefício patrimonial obtido indevidamente pelo particular; a Administração pode igualmente coagir o particular à execução de decisão administrativa através da cominação de somas gradativas em dinheiro (recuperação de subvenções cujos pressupostos já não ocorrem ou nunca ocorreram).

### 3.2. Medidas de polícia administrativa

Ricardo Rivero Ortega observa que “[a] importância dos poderes repressivos da Administração, canalizados através das sanções administrativas, esconde parcialmente a verdadeira natureza da polícia administrativa”, a de uma “actuação administrativa de prevenção”, relativamente à qual as sanções administrativas são subsidiárias<sup>929</sup>. As medidas de polícia administrativa visam, fundamentalmente, “impedir a violação da ordem jurídica

---

175 e pp. 180 a 182, e Agustín García Ureta, *La Potestad Inspector de las Administraciones Públicas*, cit., p. 38.

<sup>927</sup>. Federico A. Castillo Blanco, *Función Pública Y Poder Disciplinario del Estado*, cit., pp. 42 a 48 e Franck Moderne, “La sanction administrative (éléments d’analyse comparative)”, *Revue Française de Droit Administratif*, Mai-Juin, 2002, n.º 3, pp. 486 e 487, e Marcelo Madureira Prates, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, cit., pp. 204 a 209.

<sup>928</sup>. Como exemplo de uma “medida reparatória de danos” temos a demolição de um imóvel por violação de normas urbanísticas e “a execução das obras necessárias à segurança dos edifícios a expensas dos proprietários”. Sobre este último exemplo e sobre as medidas de execução forçada, ver Rosendo Dias José, “Sanções Administrativas”, cit., pp. 49 e 50.

<sup>929</sup>. Ricardo Rivero Ortega, *El Estado vigilante. Consideraciones Jurídicas sobre la Función Inspector de la Administración*, Editorial Tecnos, Madrid, 2000, pp. 60 e 61.

Sugestivamente, escreve que o “aspecto mais importante da polícia administrativa é a comprovação, a observância do cumprimento do legalmente estabelecido” (p. 60).

nas dimensões clássicas que reveste a ordem pública”, qual sejam a segurança, a tranquilidade e a salubridade públicas<sup>930</sup>, seja evitando o ilícito, seja obstando aos “seus efeitos nocivos” (respectivamente, “medidas administrativas preventivas” e “medidas administrativas repressivas”). Com vista a evitar o ilícito, a Administração pode recusar conferir ou reconhecer um direito ou uma vantagem a partir do controle do preenchimento pelo administrado interessado das condições legalmente exigidas (por exemplo, recusa a entrada em território nacional a estrangeiros); informar especificamente sobre o carácter juridicamente devido do cumprimento de determinados deveres e obrigações; impor a prática de certos actos ou a adopção de certos comportamentos, para evitar a ocorrência de “lesões a interesses público-administrativos não necessariamente relacionados à prática de um ilícito” (por exemplo, ordens de vacinação obrigatória, determinação de obras coercivas, imposição da mudança de aparelhos de gaz)<sup>931</sup>. Na perspectiva de fazer face à “lesão ou ameaça de lesão à ordem público-administrativa”, independentemente de ter ou não causa numa acção ou omissão ilícita, a administração pode lançar mão de medidas administrativas repressivas (por exemplo, abate de animais com doença infecto-contagiosa, a apreensão de mercadorias impróprias para consumo, o encerramento de uma discoteca por falta de segurança)<sup>932</sup>.

---

<sup>930</sup>. Franck Moderne, “La sanction administrative”, *Revue Française de Droit Administratif*, 2002, Mai-Juin, n.º 3, cit., p. 487. Adolfo Merkl adverte contra o uso como sinónimo de “pena de polícia” e “pena administrativa”, considerando que, em rigor, “só no caso em que realize uma função preventiva, quer dizer, em que sirva para precaver futuras perturbações da ordem, pode considerar-se uma pena como de polícia” - *Teoría General del Derecho Administrativo*, cit., p. 361.

Mireille Delmas-Marty e Catherine Teitgen-Colly referem que “uma medida de polícia não pode ver a sua duração determinada *a priori*: o momento de reestabelecimento da ordem pública não é reconhecido antecipadamente”. Uma medida definitiva ou provisória, mas cuja duração é *a priori* determinada é em princípio uma sanção. Punir Sans Juger? *De la répression Administrative au droit administratif pénal*, cit., p. 46. Sobre a prevenção e a repressão no Direito administrativo, com interesse, cfr. José Frederico Laranjo, *Princípios e Instituições de Direito Administrativo*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1888, pp. 11 e 12.

<sup>931</sup>. Estas medidas Marcelo Madureira Prates designa, respectivamente de “medidas administrativas de controle prévio”, “medidas administrativas persuasivas” e “medidas administrativas prudenciais”, individualizando de entre estas, os “actos administrativos proibitivos de efeitos instantâneos” (pp. 189 a 196).

<sup>932</sup>. Marcelo Madureira Prates, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, cit., pp. 196 a 200, e Rosendo Dias José, “Sanções Administrativas”, cit., p. 47: “As medidas de polícia em sentido amplo não pressupõem qualquer violação consumada do direito nem um certo condicionalismo, apenas têm como condição o perigo eminente da segurança e dos direitos dos cidadãos ou da legalidade democrática (n.ºs 1 e 3 do art. 272.º da Const.), ainda que haja a tendência para considerar medidas de polícia «propriamente ditas» certos procedimentos tipificados, como a expulsão de estrangeiros ou certas providências quanto a vagabundos.” E, em nota, o autor esclarece: “Estas medidas de polícia tipificadas são um número restrito do

A distinção entre sanção administrativa e medida de polícia, no entanto, nem sempre é fácil, seja pela proximidade de critérios adoptados pela lei (por exemplo, o critério da “falta de cumprimento das obrigações definidas pelas leis e regulamentos em vigor”, do “não preenchimento das condições a que está subordinada [uma dada] licença” ou o critério segundo o qual o “prosseguimento da actividade é de molde a por em causa os interesses dos investidores”), seja pela respectiva finalidade<sup>933</sup>, por o carácter preventivo nem sempre se dissociar do intuito repressivo<sup>934</sup>. Tal pode manifestar-se, por exemplo, na revogação de um acto de aprovação, de uma autorização ou licença e no de encerramento de um

---

conjunto das medidas de polícia, têm quase sempre em vista o impedimento ou preclusão duradoura da possibilidade de o visado transgredir e, pela importante e permanente ablação de direitos que instituem e por serem quase sempre posteriores à verificação de certos índices, *aproximam-se muito das sanções quando com elas se não confundem, razão pela qual bem se compreende que sejam sujeitas ao mesmo regime.*” (itálicos nossos).

<sup>933</sup>. A Comissão das Operações na Bolsa francesa retirou à Sociedade Athis a licença de sociedade gestora de títulos, por decisão de 2 de Dezembro de 1997, fundando-se no facto de não ter mostrado dispor dos fundos mínimos necessários ao seu funcionamento, abstendo-se de comunicar, conforme aquela lhe solicitou, a sua situação financeira posterior a 15 de Julho de 1997. Considerando que tal medida podia, de acordo com a legislação pertinente, ser adoptada, quer a título de sanção disciplinar, quer sem esse carácter, o Conselho de Estado, chamado a anular o acto por desvio de poder, concluiu, da análise dos fundamentos da decisão, que ela não visava senão, no interesse do bom funcionamento do mercado, assegurar *a segurança dos investidores e não punir a sociedade pelo não cumprimento das obrigações que lhe eram devidas*. O *commissaire du gouvernement*, nas respectivas conclusões, salientou a dificuldade de, por vezes, *distinguir entre sanção e medida de polícia* pela proximidade de critérios adoptados pela lei, no caso concreto, “a falta de cumprimento das obrigações definidas pelas leis e regulamentos em vigor”, de um lado, e “o não preenchimento das condições a que está subordinada a licença” ou “cujo prosseguimento da actividade é de molde a por em causa os interesses dos investidores” - “Sur la notion de sanction administrative au regard de la Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue Française de Droit Administratif*, Mai-Juin, 2002, n.º 3, pp. 509 e 510. Sobre a finalidade objectiva das medidas administrativas como critério individualizador das sanções administrativas, ver Mireille Delmas-Marty e Catherine Teitgen-Colly, *Punir Sans Juger? De la répression Administrative au droit administratif pénal*, cit., pp. 37 a 44.

<sup>934</sup>. Bravo Serra, no seu voto de vencido ao Acórdão n.º 155/91, questionando “se a imposição de uma sanção de que resulte a afectação de direitos subjectivos do “destinatário” da medida afasta o carácter de medida de polícia desta”, conclui pela existência de “sanções policiais”, como aquelas “que se relacionam com as normas preventivas”.

Destaca José de Sousa e Brito que “as medidas de polícia são também preventivas porque visam evitar perigos de dano do interesse público, afastando situações de perigo desse interesse, nomeadamente do perigo de ofensas da legalidade democrática, da segurança interna ou dos direitos dos cidadãos. Dada a imprevisibilidade de todas as circunstâncias em que perigos de tais ofensas exigem acções policiais preventivas, a natureza das coisas impede uma tipificação normativa que ligue todas as formas da conduta policial a pressupostos determinados, sem prejuízo da definição legal genérica da competência material das autoridades com funções de polícia. A necessitação normativa de medidas preventivas, como consequência de pressupostos determinados, transformaria as medidas de polícia *em sanções meramente preventivas*” (voto de vencido ao Acórdão n.º 155/91, de 24 de Abril de 1991, Processo n.º 63/90, *in* Acórdãos do Tribunal Constitucional, 18.º volume, pp. 538 e 539).

estabelecimento aberto ao público<sup>935</sup>. Não têm um “fundamento retributivo”, mas podem traduzir o exercício de um poder coactivo (por exemplo, as medidas sanitárias visam “tornar efectivo o dever geral de não perturbar *ou afectar a* saúde pública”)<sup>936</sup>. Não pressupõem a prática de um facto ilícito ou a integração de uma *fattispecie* de inobservância de ordens de uma autoridade, mas têm o efeito estigmatizante que caracteriza as sanções penais (v. g., para efeitos de licença de condução de veículos, do exercício do comércio ou da admissão a um emprego público); são instrumentos de coacção fundados sobre o *status* subjectivo de (suposto) perigo para a segurança pública<sup>937</sup>.

As “referências características” das medidas de polícia – “perigos comuns, perturbações contrárias à legalidade, ordem pública, medidas unilaterais de intervenção”, como as “autorizações”, “ordens [e] proibições” – são hoje propostas serem substituídas por “referências de gestão de riscos”, como “riscos complexos, gerados por actividades que cumprem as formalidades legais, risco permitido ou não, medidas convencionais e de coordenação com o autocontrolo dos riscos que os sujeitos geram”<sup>938</sup>. Não existe já uma “situação de ordem pública, entendida como ausência de riscos, que a Administração tenha de manter ou restabelecer quando seja perturbada”<sup>939</sup>; nem a observância das normas legais

---

<sup>935</sup>. Franck Moderne, “La sanction administrative (éléments d’analyse comparative)”, cit., p. 487, Federico A. Castillo Blanco, *Función Publica Y Poder Disciplinario del Estado*, CEMCI, Editorial Civitas, 1992, pp. 57 a 60 (não têm carácter de sanção a revogação de um acto favorável; a perda de um direito ou de uma expectativa). No sentido de que “as revogações ou caducidade de licenças, autorizações e permissões, que afectam os direitos dos sujeitos cujo exercício esses actos possibilitam, caem dentro dos actos sancionatórios”, ver Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, Novena Edición, Thomson Civitas, 2004, p. 173.

<sup>936</sup>. Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., p. 233, nota 14, e Rosendo Dias José, “Sanções Administrativas”, cit., p. 47 (“as medidas de polícia que não se limitam a uma compressão momentânea de direitos (fechar de uma rua ao trânsito durante algumas horas ou dias) têm muitas vezes efeitos e estrutura idênticos às sanções administrativas e delas se distinguem apenas por não pressuporem de modo necessário a reacção ao infringir de uma norma.”) e p. 48 (O autor observa, no entanto, que não é de excluir que “a polícia ...se possa desenvolver também por sanções administrativas”).

<sup>937</sup>. Carlo Enrico Paliero e Aldo Travi, pp. 34 a 40.

<sup>938</sup>. José Esteve Pardo, “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”, *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 119, Julio/Septiembre, 2003, p. 346. “O risco não tem assim uma origem exterior à legalidade vigente, como é o caso do perigo, da perturbação contra a qual se dirige tradicionalmente a actividade de polícia” (*idem*, pp. 337 e 338). Quanto às “típicas e tradicionais medidas de polícia administrativa”, cfr. p. 342.

<sup>939</sup>. José Esteve Pardo, “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”, *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 119, Julio/Septiembre, 2003, p. 354.

basta para eliminar qualquer risco<sup>940</sup>. Às “evidências nos perigos a conjurar e [as] referências precisas na legislação” juntam-se a “falta de evidências e de referências legais consistentes”, abertas à mutação científica e tecnológica<sup>941</sup>. Num quadro de incerteza, da sua actuação tradicional pode resultar um quadro de responsabilidade administrativa ele próprio incerto. O princípio da precaução, a intervenção convencional, a “transferência para particulares de funções públicas de controlo e gestão de riscos” e a autoregulação (v. g., “submissão voluntária a fórmulas de acreditação”, ecoauditorias<sup>942</sup>) constituem instrumentos de actuação administrativas complementares relativamente às tradicionais.

A aplicação de sanções pela Administração não é uma actividade que valha por si, mas enquadra-se na actividade material da Administração<sup>943</sup>.

#### 4. As sanções aplicadas no âmbito dos contratos

Nas sanções aplicadas pela Administração aos respectivos co-contratantes (por exemplo, revogação de concessão e obrigação de restituição de somas recebidas<sup>944</sup>), no âmbito de um contrato administrativo, “não estão em causa infracções administrativas, no sentido estrito da expressão (acção ou omissão contrária à lei, típica e culposa), mas o incumprimento de uma obrigação contratual aceite voluntariamente”<sup>945</sup>. A junção do quadro contratual, que

---

<sup>940</sup>. José Esteve Pardo, “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”, cit., p. 346.

<sup>941</sup>. José Esteve Pardo, “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”, cit., p. 342. “A Administração deve actuar então indo além da legalidade vigente e com referências materiais, técnicas ou científicas, que, em não poucos casos, são inseguras e controvertidas” (p. 346).

<sup>942</sup>. José Esteve Pardo, “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”, cit., pp. 343 a 345.

<sup>943</sup>. Carlo Enrico Paliero e Aldo Travi, *La Sanzione Amministrativa*, cit., p. 327.

<sup>944</sup>. Andreina Scognamiglio, “Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi”, RTDP, 1983, p. 322.

<sup>945</sup>. STS de 21 de Dezembro de 1987 (Ar. 9138) *apud* Federico A. Castillo Blanco, *Función Publica Y Poder Disciplinario del Estado*, cit., pp. 62 a 64. No mesmo sentido, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, Novena Edición, Thomson Civitas, 2004, p. 173, e Franck Moderne, “La sanction administrative (éléments d’analyse comparative)”, *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 3, Mai-Juin, 2002, 18.º année, p. 486.

No caso das sanções aplicadas, pela Inspecção-Geral dos Jogos, aos “empregados de salas de jogos de fortuna ou azar”, tratam-se de “sanções administrativas”, que respeitam “exclusivamente à obrigação de cumprir e fazer cumprir as disposições ilegais relativas à exploração e à prática do jogo bem como as circulares e instruções emanadas sobre a mesma matéria daquela Inspecção-Geral”. A intervenção da Inspecção-Geral dos Jogos sobre empregados de pessoas colectivas privadas funda-se, no entanto, pressupondo uma situação de concessão. Ver Acórdão do STA de 4 de Março de 1997, processo n.º 036008, JSTA00046518 e SA119970304036008.



pressupõe o exercício dos correspondentes poderes sancionatórios e de controlo<sup>946</sup>, juntamente com a possibilidade de intervenção unilateral do contraente público, nos termos da lei, de acordo com os quais o contrato foi celebrado, define o perfil destas sanções, sugestivamente designadas de sanções administrativas contratuais. O respectivo regime jurídico há-de, assim, a um tempo, ser mais flexível do que o das sanções administrativas em geral (por exemplo, no que toca à base jurídica para a respectiva aplicação)<sup>947</sup> e, noutro passo, menos flexível e de maior alcance do que o das sanções cíveis, como, por exemplo, traduzir-se em consequências não apenas patrimoniais e não limitadas à relação contratual<sup>948 949</sup>. Como tal, devem ser precedidas da audiência prévia do co-contratante<sup>950</sup>.

## 5. As medidas disciplinares

As sanções aplicáveis às contra-ordenações e as sanções administrativas em geral não pressupõem, ao invés das sanções disciplinares, uma prévia relação jurídica entre a Administração e os cidadãos, a acessoriedade relativamente a uma relação jurídica<sup>951</sup>. Está

---

<sup>946</sup>. Andreina Scognamiglio, “Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi”, RTDP, 1983, p. 322 (“Estes poderes, sendo contemplados na cláusula do contrato, dão lugar a simples direitos potestativos, e são portanto perfeitamente enquadráveis numa relação contratual”).

Os poderes sancionatório em causa pressupõem um contrato, mas a ausência da sua estipulação contratual não obsta ao respectivo exercício se objecto de previsão legal, nem esta dispensa o seu esteamento no contrato.

<sup>947</sup>. O artigo 180.º prevê a possibilidade de a Administração “aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato”. Tais sanções desde logo são as que forem previstas no contrato, salvo se “outra coisa resultar da lei ou da natureza do contrato”. A base jurídica para a aplicação das sanções reside no próprio contrato, como tal sendo de exigir a respectiva concreta previsão contratual, nos limites de normas legais imperativas, e no respeito do princípio da proporcionalidade.

<sup>948</sup>. Cfr. artigo 99.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro, prevê como sanções aplicáveis às entidades proprietárias de escolas particulares que violem o nele disposto as sanções de advertência, multa de valor entre dois e vinte salários mínimos nacionais e o encerramento definitivo.

<sup>949</sup>. Marcelo Madureira Prates, *Sanção Administrativa Geral: Anatonomia e Autonomia*, Almedina, 2005, pp. 215 e 222 a 224. Para o autor as sanções, por razões de “maior segurança dos administrados contratados” e dado a possibilidade, por vezes, de terem efeitos extracontratuais, devem ser previstas em acto normativo. Quanto às infracções puníveis, podem ser estipuladas contratualmente, desde que respeitada a regra da anterioridade, ou deve ser admitida a possibilidade de escolher, nos limites do princípio da proporcionalidade, a partir do respectivo elenco normativo a sanção concreta.

No Parecer n.º 7/78, a Comissão Constitucional (Pareceres da Comissão Constitucional, 4.º Volume INCM, 1979, pp. 329 e segs., *maxime*, pp. 338 e 339) admitiu a punição, pelo Conselho de Inspeção de Jogos, dos empregados das salas de jogos de fortuna ou azar de empresas concessionárias.

<sup>950</sup>. Michel Stassinopoulos, *Le Droit de la Défense Devant les Autorités Administratives*, cit., p. 131.

<sup>951</sup>. Mireille Delmas-Marty e Catherine Teitgen-Colly, *Punir Sans Juger? De la répression Administrative au droit administratif pénal*, Ed. Economica, 1992, pp. 26, 30 e 167 (“não respeita unicamente

em causa a “violação da ordem policial ou da ordenação externa da vida comunitária”<sup>952</sup>, a protecção da ordem social geral<sup>953</sup>, considerando as condutas pela afectação que causam nessa ordem ou num seu aspecto, e não sobre a perspectiva da exigibilidade ética<sup>954</sup> ou de uma deverosidade funcional específica. A delimitação subjectiva não sobressai. O autor do “comportamento relevante” é genericamente um «administrado»<sup>955</sup>. O poder disciplinar alinha-se a uma dada relação jurídica (principal), estável, de enquadramento e/ou tem como pano de fundo uma instituição, um relacionamento ou inserção institucional<sup>956</sup>. Na expressão de Alessandro Catelani, “os poderes que adoptam sanções administrativas relativamente a qualquer sujeito, que pressupõem a pertença à colectividade estatal e não a uma instituição menor que vive no seio daquela, sendo poderes administrativos, não têm carácter disciplinar”<sup>957</sup>.

Tal não significa fazer apelo ao Direito disciplinar como o que regula o exercício do poder disciplinar qual realidade meramente interna ou reportado a relações estabelecidas no âmbito da “esfera administrativa interna”<sup>958</sup>. “Não é possível conceber, na actualidade, uma separação rigorosa entre a esfera interna administrativa e a realidade externa”<sup>959</sup>. A juridicidade da relação entre o indivíduo e a Administração não pode afirmar-se sobre a

---

às pessoas que têm uma ligação directa com a Administração”, consequentemente a “um grupo determinado, mas visa igualmente pessoas, físicas ou morais, não ligadas àquela por qualquer vínculo prévio (...), dito de outro modo, visa potencialmente todos os cidadãos”). Cfr., também, Carlo Enrico Paliero e Aldo Travi, *La Sanzione Amministrativa*, cit., p. 52.

<sup>952</sup>. Direito Criminal, de Eduardo Correia, com a colaboração de Figueiredo Dias, Livraria Almedina, Coimbra, 1971, p. 23.

<sup>953</sup>. Dizendo-se as suas sanções de ordem geral, como as sanções de ordem pública, as urbanísticas e as relativas à disciplina de mercado.

<sup>954</sup>. Maria Fernanda Palma e Paulo Otero, “Revisão do regime legal do ilícito de mera ordenação social (Parecer e proposta de alteração legislativa)”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XXXVI, 1996, Lex, p. 564 (os autores explicam o “enfraquecimento do princípio da legalidade” aplicado ao direito contra-ordenacional pela “menor ressonância ética deste ilícito”, para além da menor gravidade das suas sanções).

<sup>955</sup>. E não “uma categoria particular de administrados” - Franck Moderne, “La sanction administrative”, *Revue Française de Droit Administratif*, 2002, Mai-Juin, n.º 3, p. 485.

<sup>956</sup>. Neste sentido, Alessandro Catelani, *Gli Ordini e I Collegi Professionali nel Diritto Pubblico*, Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1976, Università di Firenze, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, pp. 160 a 162.

<sup>957</sup>. *Gli Ordini e I Collegi Professionali nel Diritto Pubblico*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1976, Università di Firenze, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, 1976, p. 161.

<sup>958</sup>. Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., pp. 100 e 101.

abstracção das condições e procedimentos de formação e conformação da acção administrativa. Não há uma juridicidade «à superfície» ou exterior que não seja prejudicada por *ex ante* ajurídico. Dito de outra forma, “a esfera e os processos «internos» encontram-se na sua base, constituindo um fundamento importante para o entendimento e a ordenação de cada uma das actividades com efeitos externos”<sup>960</sup>. À sociedade não é indiferente o bom ou mau funcionamento ou prestação dos serviços pela Administração, que os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas estão exclusivamente ao serviço do interesse e devem “actuar no sentido de criar no público confiança na acção da Administração Pública, em especial no que à imparcialidade diz respeito”<sup>961</sup> e que certas das suas condutas são especificamente constitutivas de crime<sup>962</sup>.

As sanções disciplinares preservam uma certa deverosidade no âmbito de relações jurídicas definidas (e determinadas) com a Administração, a dos funcionários e agentes com a Administração numa relação de trabalho, a dos utentes dos serviços públicos, a dos elementos de certas profissões organizados em colégios ou ordens profissionais, a dos membros de outras associações públicas. Intercede, de comum a estes exemplos, a dimensão ou o elemento estatutário, mas é limitativo designá-las, segundo a ideia de que se ordenam à “protecção como organização ou como instituição” da Administração, como “sanções administrativas de autoprotecção” (a acrescer “à tutela primária declarativa e executiva” da Administração)<sup>963</sup>.

As sanções aplicáveis às contra-ordenações e as sanções administrativas em geral e as sanções disciplinares têm, de comum, a intervenção pública ablativa na esfera jurídica dos particulares, o accertamento da violação de preceitos legais e o carácter punitivo (tratam-se

---

<sup>959</sup>. Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., pp. 124 e 125.

<sup>960</sup>. “Da mesma maneira que a Constituição aspira à juridicidade do Estado na sua globalidade, assim haverá de operar o Direito Administrativo com a Administração pública, impregnado todas as suas relações externas e internas” - Eberhard Schmidt-Assmann “Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee”, na tradução espanhol sob o título *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, INAP e Marcial Pons, 2003, pp. 23 e 24.

<sup>961</sup>. Cfr. artigo 269.º, n.º 1, da CRP e artigo 3.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro.

<sup>962</sup>. Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., pp. 101 a 104 (: “não pode ser desatendida a transcendência social do Direito disciplinar, pois constitui um instrumento mais para que a Administração sirva os interesses gerais”).

de “penas em sentido técnico”<sup>964</sup>. Nas primeiras, destaca-se “uma finalidade repressiva mais pragmática”<sup>965</sup>. No direito Disciplinar do emprego público, a ou as finalidade(s) colocam-se no quadro da relação de trabalho e da reavaliação que importa da mesma.

O carácter sócio-regulativo do Direito de ordenação social justifica que a mera culpa ou culpa negligente baste à punibilidade, para além de, em certos domínios, se impor a promoção, em especial, do dever de cuidado ou de uma deverosidade diligente (por exemplo, certas empresas e condutores)<sup>966</sup>.

No Direito disciplinar administrativo, a punição do agente assenta na mera culpa, relevando a natureza e grau e culpa para a determinação concreta da sanção<sup>967</sup>.

Dado a deverosidade funcional impõe, o “ilícito é definido no direito disciplinar de uma forma necessariamente mais fluída que nas sanções administrativas”, em que as condutas que considera tendem a ser objecto de “tipificação estrita”<sup>968</sup>.

Dado que estão em causa os interesses do empregador e que, na perspectiva destes, ao exercício do poder disciplinar não são alheios juízos de prognose sobre a conduta do trabalhador, equaciona-se e admite-se a não punição estrita, ou necessariamente, em qualquer caso, das infracções disciplinares praticadas. Nas sanções administrativas em geral e nas das contra-ordenações é rejeitada, por princípio, a “possibilidade de punir ou deixar de punir por razões de oportunidade, tanto mais que o juízo a efectuar ...é ...de subsunção de um comportamento na previsão legal”<sup>969</sup>.

As sanções disciplinares não esgotam o conjunto das medidas disciplinares. Estas podem ser prescritivas e premiais. Nestes casos, não há uma conduta ilícita censurável do agente.

---

<sup>963</sup>. Federico A. Castillo Blanco, *Función Publica Y Poder Disciplinario del Estado*, cit., pp. 61 a 68, e Rosendo Dias José, “Sanções Administrativas”, cit., p. 51.

<sup>964</sup>. Neste sentido, Carlo Enrico Paliero e Aldo Travi, *La Sanzione Amministrativa*, cit., pp. 51 a 56.

<sup>965</sup>. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, cit., p. 166.

<sup>966</sup>. São pertinentes as observações críticas de Américo Taipa de Carvalho relativamente à aproximação do regime jurídico das contra-ordenações do direito penal - Direito Penal, Parte Geral, *Questões Fundamentais*, cit., pp. 168 a 174.

<sup>967</sup>. Cfr. artigos 3.º, n.º 1, 28.º e 30.º do Estatuto Disciplinar de 1984.

<sup>968</sup>. Rosendo Dias José, “Sanções Administrativas”, cit., p. 51.

<sup>969</sup>. Rosendo Dias José, “Sanções Administrativas”, cit., p. 52.

## **CONCLUSÕES**

### **Secção I**

#### **Delimitação negativa**

- a) O Direito compreende o conceito de disciplina.
- b) O Direito disciplinar regula a própria disciplina. É o complexo de normas jurídicas que a têm por objecto.
- c) A disciplina é a estrutura objectiva e relacional que assessoreia e garante uma relação jurídica complexa entre pelo menos duas pessoas.
- d) Esta relação jurídica tem uma vocação de permanência e tem inserção ou enquadramento institucional.
- e) Na disciplina, são especificamente individualizados os sujeitos sobre os quais se exerce o poder.
- f) A disciplina organiza, potencia, progressa e articula em relação a realidade disciplinada.
- g) Constituem princípios do Direito disciplinar os seguintes: o princípio do respeito pelo direito de audiência e defesa, do princípio do contraditório, da legalidade sancionatória, da culpa, do respeito pelos direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade das sanções.

#### **Subsecção I – As relações jurídicas disciplinares excluídas de estudo**

##### **§ 1 – A relação jurídica própria das ordens profissionais**

1. As ordens profissionais são associações públicas de pessoas privadas que exercem uma profissão, que postula uma especial relação de confiança e credibilidade com o público e à qual correspondem interesses públicos específicos (v.g., o acesso ao direito, a garantia do direito à saúde).

Na relação jurídica de emprego público, está em causa a prestação de uma actividade, material ou intelectual, para um empregador público, de acordo com os respectivos interesses instrumentais à realização das atribuições e interesses públicos a cargo da pessoa colectiva pública.

2. A relação jurídica dos associados com a ordem, de cuja inscrição depende a possibilidade de exercício da profissão, é instrumental relativamente às respectivas funções de regulação e disciplinar.
3. À obrigatoriedade da inscrição e, portanto, da relação jurídica entre o associado e a ordem contrapõe-se, na relação jurídica de emprego público, a voluntariedade da respectiva constituição e da sua vigência.
4. À necessidade de regular o exercício de profissão organizada em ordem liga-se o respectivo poder disciplinar.
5. Na relação jurídica de emprego público, a relação jurídica disciplinar é instrumental ao cumprimento, pelo trabalhador, dos deveres e obrigações assumidos, com aquela, para com o empregador público.
6. Os princípios da legalidade, da culpa, da proporcionalidade e *non bis in idem* são princípios do Direito disciplinar nas ordens profissionais.
7. A essencial dimensão deontológica da disciplina profissional afecta a predeterminação legal típica das infracções disciplinares, identificadas, em regra, pelo enunciado legal extenso dos deveres dos respectivos profissionais.
8. Estes deveres são, fundamentalmente, de dois tipos: deveres inerentes à estrutura organizada da profissão e deveres deontológicos.
9. A aplicação de sanções disciplinares pelas ordens profissionais constitui um corolário do exercício da função disciplinar, função determinante da organização de dadas profissões em ordens.
10. Algumas das sanções disciplinares afectam direitos, liberdades e garantias pessoais, *maxime*, a liberdade de exercício da profissão (artigo 47.º, n.º 1, da CRP).
11. Como em qualquer processo sancionatório, ao membro da ordem arguido em procedimento disciplinar são assegurados os direitos de audiência e defesa (artigo 32.º, n.º 10, da CRP).

12. No quadro restritivo de regulamentação do exercício de uma profissão (artigo 47.º, n.º 1, da CRP), tende a ser objecto de estrita regulação a materialização dos respectivos direitos de audiência e defesa.
13. O esforço doutrinário e jurisprudencial de jurisdicionalização da sua «aplicação interna» será sempre inglório, pelo contexto e natureza administrativos das ordens. Nunca compensará ou será susceptível de substituir o controlo “por um tribunal em processo público”.
14. O exercício de uma profissão organizada em ordem pode verificar-se no quadro de uma relação jurídica de emprego público.
15. O âmbito da responsabilidade disciplinar para com a ordem e para com o empregador pode ser geometricamente representado por dois círculos que se interceptam, com uma parte de sobreposição e duas partes distintas.
16. Relativamente à esfera de sobreposição, embora se possa dizer que, em face do empregador público, o trabalhador responde por incumprimento de dever laboral e que, em face da ordem, por inobservância de um específico padrão quanto ao modo de exercício da profissão, de modo que as correspondentes sanções não só serão diferentes, como, principalmente, terão efeitos ou alcance diferente, importa também ter presente que situações há em que o que está sobretudo em causa é um juízo de valor disciplinar, que pela sua complexidade técnica, melhor pode ser feito em procedimento conduzido pela ordem.

## **§ 2 – A relação jurídica de reclusão em estabelecimento prisional**

1. O Direito penitenciário é o conjunto de normas jurídicas que regulam a execução das medidas privativas de liberdade.
2. O Direito disciplinar penitenciário é o conjunto das normas jurídicas que regulam a conduta dos indivíduos privados de liberdade nos estabelecimentos de reclusão e a punição destes pela inobservância dos deveres a que ficam vinculados para com a Administração no âmbito da relação jurídica penitenciária.

3. A execução das medidas penais privativas de liberdade tem uma natureza jurídica mista, jurisdicional-administrativa, entre nós, com um carácter predominantemente administrativo.
4. A disciplina é estrutural e interna ao estabelecimento prisional, tendo uma base não voluntária.
5. A disciplina aplicada aos reclusos cumpre, essencialmente, três funções: i) organiza e regula a vida prisional; ii) contribui para o cumprimento das finalidades da execução das medidas privativas de liberdade, fundamentalmente, a recuperação ou aprendizagem de competências pessoais e sociais, de modo a propiciar a reinserção social e a prevenir a prática de novos crimes; iii) serve os objectivos de segurança interna e externa, designadamente, acautela os bens jurídicos (pessoais e patrimoniais) dos reclusos e dos que trabalham e visitam o estabelecimento prisional.
6. Estas podem, no fundo, ser reduzidas a duas finalidades, a saber: estrutura as exigências de ordem e segurança do estabelecimento e é instrumento de garantia da relação jurídica penitenciária.
7. Aos tribunais de execução têm, entre outras, a função de garantir os direitos dos presos e a correcção dos “e desvios que ocorram no cumprimento dos preceitos do regime penitenciário” (STC n.º 2/1987).
8. São princípios do Direito disciplinar penitenciário o princípio da legalidade, o princípio da culpa, o princípio da proporcionalidade e o princípio da exigência de procedimento prévio à punição disciplinar.
9. O recluso mantém a titularidade dos direitos fundamentais. As restrições ao respectivo exercício só podem fundar-se “no sentido da condenação” e nas “exigências próprias” da execução das medidas privativas de liberdade.
10. As infracções disciplinares consubstanciam a violação culposa pelos presos dos deveres que sobre si impendem no âmbito da relação jurídica penitenciária.
11. A previsão legal da relevância disciplinar de factos constitutivos do crime não importa um julgamento penal extrajudicial, mas apenas a consideração de certos factos, na sua materialidade, identificáveis e descritos em normas penais como crime.



12. A pronta resposta às infracções disciplinares é um valor essencial da disciplina penitenciária e das funções que cumpre.
13. As sanções disciplinares são decisões que agravam temporariamente as condições do cumprimento das medidas penais privativas da liberdade, modificando desfavoravelmente o *status libertatis* já de si restringido pela situação de reclusão.
14. Os direitos fundamentais e o regime jurídico das restrições ao respectivo exercício constituem limites jurídicos à aplicação e execução das sanções disciplinares penitenciárias.
15. É insuficiente a tutela jurisdicional do recluso punido pela prática de infracção disciplinar, seja pela irrecorribilidade da generalidade das sanções disciplinares, seja pela deficiente jurisdicionalização do recurso para o tribunal de execução das penas.

### **§ 3 – A relação jurídica estudantil pública**

1. Nos estabelecimentos de ensino público, a disciplina é triplamente parametrizada: i) pelo facto de o ensino constituir uma tarefa fundamental do Estado; ii) pelo direito fundamental à educação; que deve garantir segundo os valores da democraticidade, da igualdade de oportunidades e condições e do pluralismo; iii) pelos limites da racionalidade legal e financeira pública.
2. O exercício do poder disciplinar na relação jurídica estudantil atinge o direito à educação e, de forma imediata, refracções deste, como o direito de frequentar as aulas e o direito de beneficiar do ensino.
3. O sistema de ensino privado assenta na liberdade de aprender e ensinar e na liberdade de iniciativa privada.
4. É, fundamentalmente, parametrizado de forma negativa pelos princípios gerais do sistema educativo português.
5. Na relação jurídico estudantil privada, os direitos e deveres do estudante têm base contratual e são funcionalmente determinados pelo sistema de ensino e aprendizagem fornecido pelo respectivo estabelecimento escolar.

6. Na relação jurídica estudantil pública, os deveres disciplinares e o exercício do poder disciplinar recortam-se pela ligação estatutária dada por aquele quadro finalístico e subjectivo.
7. As medidas disciplinares na relação estudantil pública tem uma dupla finalidade: i) a inclusão normalizada na “comunidade educativa” do aluno que actua contrariamente à disciplina, pela correcção do comportamento, pelo reforço da formação cívica e pelo reforço da responsabilidade na aprendizagem; ii) a tutela dos direitos e interesses dos outros membros dessa comunidade, *maxime*, dos outros alunos.
8. No ensino não superior público, é privilegiada a aplicação de medidas disciplinares preventivas e pedagógicas, cujo carácter não sancionatório e a operatividade imediata ou pronta não reclama ou propicia, em regra, a organização de um procedimento ou não dá lugar senão à organização de um procedimento simplificado.
9. A aplicação de medida disciplinar preventiva e de integração mais gravosa e de medida sancionatória, que não de mera repreensão, depende da realização de um procedimento disciplinar.
10. A cada medida disciplinar é feito corresponder um quadro infraccional dado, ainda que este seja recortado de forma aberta.
11. As infracções disciplinares são delimitadas pelo seu enunciado legal identificativo, ainda que aberto.
12. O princípio *non bis in idem* é aplicável às sanções disciplinares, mas não às “medidas disciplinares preventivas e de integração”, podendo cumular-se entre si e com aquelas.
13. A culpa constitui um critério, entre outros (como, por exemplo, a “maturidade” e “condições pessoais, familiares e sociais”), de determinação da medida disciplinar.
14. A relação jurídica disciplinar é marcada, no ensino superior público, pela protecção constitucional da autonomia universitária, estendida, em grande medida, pela lei aos institutos politécnicos.
15. No ensino superior, o direito fundamental ao ensino concretiza-se na perspectiva da qualificação e da elevação do nível educativo, cultural e científico e num quadro de autonomia.

16. A disciplina destina-se, fundamentalmente, a assegurar o regular funcionamento da vida académica e dos respectivos estabelecimentos enquanto espaço de ensino e investigação, fundando-se a responsabilidade disciplinar no compromisso assumido pelo aluno de cumprimento das mesmas, que se formaliza com a admissão à instituição.
17. No interior das universidades, à semelhança do que se verifica no Estado-Administração, e outras pessoas colectivas públicas, também aí o poder disciplinar deve estar repartido por mais do que um órgão.

#### **§ 4 – As relações jurídico-laborais privadas**

1. O poder disciplinar do empregador privado funda-se no contrato e destina-se a garantir o cumprimento do “programa contratual” pelo trabalhador. O Direito disciplinar regula o exercício do poder disciplinar na perspectiva da defesa equilibrada dos interesses de ambas as partes no contrato.
2. Os fins ou objectivos dos particulares na conformação ou constrangimento da respectiva actividade têm um relevo menor, «mais ténue» ou mais fluído, comparativamente com os “sujeitos públicos”, conquanto respeitantes a interesses privados. A organização de suporte pode ser estruturada de várias formas e pode mesmo ser irrelevante (pense-se na prestação de serviço doméstico).
3. O poder disciplinar do empregador público funda-se na relação jurídica de emprego público (titulável por contrato ou acto administrativo) e existe para garantir de cumprimento pelo trabalhador das obrigações e deveres assumidos para com o empregador, determinados legal e ou contratualmente pelos fins e termos da organização do empregador público.
4. Os poderes exercidos pelos órgãos administrativos ordenam-se à tutela de interesses que não dos respectivos titulares. O correspondente exercício é, neste sentido, finalisticamente vinculado e deveroso.
5. O exercício do poder disciplinar pelo empregador privado é condicionado, fundamentalmente, por limites jurídicos negativos.

6. O princípio da igualdade obsta à mudança, pelo empregador privado, de prática anterior e ao exercício contemporâneo do poder disciplinar apenas quando fundado em “razões persecutórias” ou critérios arbitrários.
7. O procedimento disciplinar laboral é mais dúctil do que procedimento disciplinar administrativo.
8. À regulação colectiva dos parâmetros jurídicos do poder disciplinar é reconhecido, no Direito do Trabalho, uma expressão que não tem em relação à relação jurídica de emprego público.
9. Na sua liberdade de sujeito privado e flexibilidade propiciada pelos interesses que prossegue, não há lugar para qualquer perspectiva de deverosidade no exercício do poder.

#### **§ 5 – A relação jurídica disciplinar dos juízes e magistrados do Ministério Público**

1. Os juízes são titulares dos órgãos de soberania tribunais. Esta sua qualidade, precípua, não exclui a de funcionários públicos.
2. A responsabilidade disciplinar destina-se a assegurar que os juízes cumpram a sua função de titulares dos órgãos de soberania, exercendo a função de julgar e exercendo-a de forma independente e imparcial.
3. É uma forma de conciliar a independência dos juízes e a obrigação de responder pela sua actividade.
4. A independência postula um estatuto disciplinar substantivo e processual que a garanta.
5. Os magistrados do Ministério Públicos participam na acção dos tribunais, promovendo a defesa dos interesses públicos e privados definidos pela Constituição e pela lei, enquadrados pela organização do Ministério Público, mas de forma autónoma e com submissão única ao direito e à lei.
6. No quadro de um estatuto de autonomia e da organização hierárquica do Ministério Público, a responsabilidade disciplinar afere-se “pelo cumprimento dos seus deveres” e “pela observância das directivas, ordens e instruções” hierárquicas.

**Subsecção II – O Direito penal**

1. O Direito da função pública é o conjunto dos princípios e regras do Direito administrativo que organizam, enquadram e/ou regem, em maior ou menor medida, as relações de trabalho na Administração Pública.
2. O Direito disciplinar da função pública é qualitativamente diferente do Direito penal.
3. O Direito penal protege os valores correspondentes aos interesses comuns essenciais da comunidade estadual (: bens jurídicos fundamentais para o livre desenvolvimento ético e social da pessoa e bens jurídicos organizativos, sociais e colectivos, que asseguram a convivência comunitária). A um núcleo estável de punição penal junta-se a estabilidade de critério na delimitação do objecto da punição penal.
4. Justifica-se pela dignidade penal dos bens jurídicos protegidos e pela necessidade e eficácia da tutela penal.
5. A esfera de valores protegidos pelo Direito disciplinar respeita às relações jurídicas de emprego no seio de uma pessoa colectiva pública.
6. São refracções da capacidade funcional, prestativa e imparcial da Administração Pública.
7. O Direito penal visa fundamentalmente a prevenção da prática do crime, na perspectiva sobretudo da reinserção social do indivíduo que o praticou.
8. O Direito disciplinar da função pública apela a uma deverosidade funcional e organizacional, delimitada pela relação jurídica de emprego e pelos deveres e obrigações que a traduzem.
9. A intervenção disciplinar justifica-se pela necessidade de assegurar as obrigações e os deveres do trabalhador na relação jurídica de emprego público.
10. O Direito disciplinar é como Direito penal direito sancionatório ou punitivo.
11. Ao contrário do Direito penal não o é exclusivamente. Tem também uma dimensão regulativa e uma dimensão premial.
12. Não há responsabilidade disciplinar nem responsabilidade penal sem culpa.

13. Diversamente da responsabilidade penal - em que releva, em regra, culpa dolosa -, a responsabilidade disciplinar basta-se com a mera culpa.
14. A prevenção, geral e especial, fundamenta a aplicação da pena, a culpa constitui o seu pressuposto e limite.
15. As relações de emprego na Administração Pública «laboralizaram-se». A par do tendencial privilegiamento dos vínculos laborais de natureza privada, nos de natureza administrativa é valorizada a sua dimensão laboral e esbatida a sua natureza estatutária.
16. Desta feita, dilui-se a moldagem ou a aproximação do Direito disciplinar da função pública ao Direito penal e processo penal, assim como, noutro plano, o seu entendimento segundo a figura das relações especiais de poder.
17. As dificuldades ligadas à delimitação segura do conceito de “matéria penal”, no artigo 6.º da CEDH, tiram-lhe virtualidades operativas.
18. Os âmbitos subjectivos e a perspectiva de princípio da responsabilidade criminal e da responsabilidade disciplinar são diferentes.
19. Para os crimes específicos dos funcionários, que só por estes podem ser praticados, ou qualificados por esta qualidade, o círculo dos respectivos sujeitos não coincide senão em parte e por inclusão, com o círculo dos que podem ser responsabilizados disciplinarmente.
20. Os princípios da legalidade e da tipicidade são princípios do Direito disciplinar e do Direito Penal, encontrando neste a sua expressão modelar e naquele uma menor densidade.
21. As sanções disciplinares visam garantir o cumprimento, pelo trabalhador, dos deveres e obrigações da relação jurídica de emprego público.
22. No procedimento disciplinar são garantidas ao trabalhador arguido a sua audiência e defesa (artigo 269.º, n.º 3, e artigo 32.º, n.º 10, da CRP).
23. No Direito disciplinar das relações de emprego disciplinadas por um específico regime de Direito administrativo, o procedimento disciplinar tem no regime jurídico geral do

procedimento administrativo e nos princípios fundamentais da actividade administrativa o seu quadro de referência.

24. A aplicação de garantias do processo penal funda-se na comum dimensão punitiva e no aperfeiçoamento de tais garantias, na perspectiva da audiência e defesa, mas no quadro dos princípios e valores do Direito disciplinar.
25. No procedimento disciplinar da relações jurídicas de emprego tituladas por vínculos laborais privados rege o disposto no Código do Trabalho e instrumentos de regulamentação colectiva aplicáveis, sem prejuízo da respectiva acomodação jus-publicista.
26. À suspensão laboral decorrente do cumprimento da pena de prisão atribui a lei os efeitos da sanção disciplinar de suspensão do exercício de funções.
27. Os efeitos serão os das sanções disciplinares de demissão, aposentação compulsiva e inactividade quando paralelamente à pena de prisão for aplicada qualquer uma daquelas sanções.
28. No caso da proibição judicial do exercício de função pública, a instauração de procedimento disciplinar só se justifica se os factos noticiados apontarem para a aplicação de uma sanção expulsiva.
29. A suspensão judicial cautelar do exercício de funções afasta a necessidade de suspensão disciplinar preventiva.

### **Subsecção III – O Direito sancionatório administrativo**

1. O Direito de ordenação social é o conjunto de normas jurídicas reguladoras da ordem policial e de bem-estar social e do poder punitivo público que sanciona a sua violação.
2. Não pressupõem um quadro relacional estável com a Administração, em regra, institucional.
3. Ao invés do que acontece no Direito disciplinar, em que está em causa a dimensão subjectiva da conduta do agente, no direito de mera ordenação social destaca-se o facto objectivo da violação de normativos dados e a necessidade de evitar a sua repetição futura.

4. O Direito de ordenação social tem uma natureza punitiva. O Direito disciplinar, tendo-o, essencialmente, tem, igualmente, uma importante dimensão prescritiva e, nalguns casos, premial.
5. As sanções administrativas em geral correspondem a uma forma de regulação pública de esferas da actividade social ditada por razões fundamentalmente técnicas e financeiras, em que o consenso valorativo que pressupõem não assenta tanto nas normas que as recortam mas na necessidade de regulação pública e na atribuição da sua administração a sectores tecnicamente informados da Administração.

### **Conclusões gerais da Secção I**

1. A disciplina releva da “ordem” e finalidades das instituições e relações que assessoria e a que se ordena considerando os interesses de ambos os sujeitos na relação jurídica, incluindo os dos sujeitos submetidos ao poder disciplinar (o do sujeito trabalhador, o do sujeito estudante, o do sujeito recluso, o do sujeito membro de uma associação socioprofissional,...cujas condições ou qualidades são afetadas pela relação jurídica em que é parte).
2. O poder disciplinar é o poder de autoridade exercido no âmbito de uma relação jurídica estabelecida entre dois sujeitos de direito num quadro institucional ou num quadro relacional estável e com certa duração.
3. Tem um “carácter institucional” e/ou uma “dimensão organizativa, constitutiva e solidarista” (Éric Massat), constitutiva da relação que assessoria e solidarista no sentido de interpessoal.
4. Ajusta-se às características de certa instituição e afeiçoa-se à relação jurídica que assessoria ou da qual é instrumental.
5. O Direito disciplinar no emprego público apela a uma deverosidade funcional e organizacional, delimitada pela relação jurídica de emprego e pelos deveres e obrigações que a traduzem. Define-se e desenha-se para a assegurar.



- 
6. O âmbito de intervenção do Direito disciplinar é laboral, o da relação jurídica de emprego público (sentido objectivo) e o das pessoas que têm a qualidade de trabalhadores (sentido subjectivo).
  7. A intervenção disciplinar justifica-se pela necessidade de assegurar as obrigações e os deveres do trabalhador na relação jurídica de emprego público, os quais incluem, entre outras, as valorações relevantes para a regularidade e o aperfeiçoamento do serviço público, sem se centrar especificamente nestes, mediatizados pelos deveres e obrigações concretos das relações de trabalho.

**Secção II – O Direito disciplinar da função pública**

- Subsecção I O conceito de função pública e a relação jurídica de emprego público
- Subsecção II Resenha histórica do Direito disciplinar da função pública portuguesa
- Subsecção III O Direito disciplinar da função pública noutros ordenamentos jurídicos
- Subsecção IV As características da responsabilidade disciplinar

## **Secção II – O Direito disciplinar da função pública**

### **Subsecção I – O conceito de função pública e a relação jurídica de emprego público**

#### **§ 1 Administração pública e função pública**

1. Os sentidos da locução função pública
  - 1.1. Função pública em sentido objectivo
  - 1.2. Função pública em sentido subjectivo
    - 1.2.1. O exercício privado de funções públicas
2. A distinção entre função pública e cargo público

#### **§ 2 O regime jurídico português da função pública**

1. O conceito constitucional de função pública
  - 1.1. A garantia institucional de função pública em sentido amplo
  - 1.2. A reserva de função pública em sentido estrito
    - 1.2.1. A garantia institucional da função pública em sentido estrito
2. O regime jurídico da função pública no quadro dos sistemas de função pública
3. A tipologia dos vínculos jurídicos laborais
  - 3.1. A génese legislativa do actual quadro jurídico do emprego público
  - 3.2. A tipicidade dos vínculos
  - 3.3. A medida de alternatividade entre nomeação e contrato de trabalho
  - 3.4. Os vínculos jurídico-administrativos
    - 3.4.1. A nomeação
      - 3.4.1.1. O conceito de funcionário
      - 3.4.1.2. A natureza estatutária
      - 3.4.1.3. O período de prova
      - 3.4.1.4. A duração indeterminada
    - 3.4.2. O contrato administrativo de provimento
      - 3.4.2.1. Caracterização

- 3.4.2.2. O regime jurídico, em especial, o regime jurídico de cessação
- 3.4.2.3. Os actos do empregador público na vigência do contrato
- 3.5. Os vínculos jurídico-privados
  - 3.5.1. O contrato de trabalho por tempo indeterminado
    - 3.5.1.1. A evolução do recurso ao contrato individual de trabalho
    - 3.5.1.2. A necessidade de adequação legislativa aos princípios constitucionais
    - 3.5.1.3. As fontes do regime jurídico
    - 3.5.1.4. A coexistência de regimes jurídicos e o princípio da igualdade
  - 3.5.2. O contrato de trabalho a termo
- 3.6. O contrato de trabalho administrativo
- 4. Caracterização da relação jurídica de emprego público

## **Secção II – O Direito disciplinar da função pública**

### **Subsecção I – O conceito de função pública e a relação jurídica de emprego público**

A locução função pública pode ser tomada em vários sentidos, uns objectivos, outros subjectivos, que nos remetem, respectivamente, para uma actividade, instituição e fim e para um dado conjunto de sujeitos. Não é, também, unívoco o alcance da expressão relação jurídica de emprego público. Em terceiro lugar, não está bem definida a relação que guardam entre si.

A presente subsecção trata do alcance de um e outro conceito, para delimitar o âmbito subjectivo do Direito disciplinar da função pública sobre que se versa.

#### **§ 1 – Administração pública e função pública**

##### **1. Os sentidos da locução função pública**

###### **1.1. Função pública em sentido objectivo**

A locução função pública, na sua expressão literal, convoca para um sentido objectivo. Neste, pode atender-se à tarefa ou actividade (contínuo de tarefas), ao fim e considerar-se o sentido de instituição. O elemento qualificante da função é o seu carácter público, o qual, por sua vez, pode assentar, fundamentalmente, na respectiva abrangência e natureza, no “património público” dos recursos envolvidos e na especificidade do regime jurídico.

Podemos situarmo-nos no plano das funções do Estado<sup>970</sup>, no da função administrativa e, dentro desta, ainda, de uma específica função, de delimitação varia<sup>971</sup> (funções operativas, consultivas, de controlo, de polícia,...) ou efectuar classificações transversais daquela (por exemplo, segundo o seu carácter instrumental, auxiliar ou principal).

A função pública, nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira, designa “qualquer actividade exercida ao serviço de uma pessoa colectiva pública (Estado, região autónoma, autarquia local, instituto público, associação pública, etc.), qualquer que seja o regime

---

<sup>970</sup>. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Tomo V, Actividade Constitucional do Estado, Coimbra Editora, 1997, pp. 7 e segs.

<sup>971</sup>. Klaus Stern, Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, tradução parcial do Tomo I do original *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 603.

jurídico da relação de emprego (desde que distinto do regime comum do contrato individual de trabalho), e independentemente do seu carácter provisório ou definitivo, permanente ou transitório”<sup>972</sup>. Esta definição vai referida à actividade desenvolvida no âmbito de uma relação jurídica de emprego, que delimita, excluindo da função pública a actividade exercida ao abrigo do regime “comum do contrato individual de trabalho”. A função pública pode ser entendida num sentido mais abrangente, a da actividade desenvolvida em todas as relações de emprego estabelecidas com uma pessoa colectiva pública ou integrada na Administração Pública, incluindo, portanto, as regidas pelo referido regime<sup>973</sup>.

Em sentido objectivo, decantam-se, no quadro dos elementos expostos, vários sentidos:

- a) o sentido lato de função pública como actividade e fins identificativos dos poderes públicos;
- b) o da actividade desenvolvida pelos trabalhadores no âmbito de uma relação jurídica de emprego estabelecida com uma pessoa colectiva pública;
- c) o sentido de actividade especifica desenvolvida por um conjunto de trabalhadores da Administração Pública;
- d) o sentido de função pública como regime jurídico, “o regime jurídico a que estão submetidos “o conjunto de homens à disposição do Estado que tem a seu cargo as funções e serviços públicos” e a organização que os enquadra”<sup>974</sup> - sentido no qual se divisam dois outros sentidos, relativos, respectivamente, ao objecto imediato das relações de trabalho e ao de instituição - e o regime jurídico delimitador, não da relação jurídica de todos aqueles que exercem funções públicas, mas apenas de alguns de entre eles.

Os vários sentidos, salvo o primeiro, situam-nos no domínio da função administrativa. As funções governativa, legislativa e jurisdicional, em si, não envolvem relações jurídicas de emprego. Estas relações enquadram-se nas suas estruturas administrativas de apoio e no desenvolvimento da correspondente actividade administrativa instrumental<sup>975</sup>.

---

<sup>972</sup>. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1993, p. 264.

<sup>973</sup>. O qual, de todo o modo, nunca é inteiramente comum.

<sup>974</sup>. Ramón Parada, *Derecho Administrativo, II – Organización y empleo público*, sexta edición, Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A., Madrid, 1992, p. 355.

<sup>975</sup>. Cfr., por exemplo, artigos 180.º e 181.º da CRP.

A perspectiva objectiva da função pública é, pois, variável. Talvez, por isso, Klaus Stern diga que ao apuramento do conceito não se pode ter por decisiva “a actividade ao serviço de uma pessoa jurídica de Direito Público”, sendo a respectiva delimitação formal<sup>976</sup>.

Os trabalhadores da Administração Pública integram a organização e materializam a sua actividade. No Capítulo IX (“Administração Pública”) da Parte III da Constituição, são-lhe dedicados os artigos 266.º, n.º 2, 269.º, 270.º e 271.º. Reguladas que são a organização e a actividade administrativas, fundamentalmente, pelo Direito Administrativo, hão de ser, também, os respectivos trabalhadores objecto da sua atenção<sup>977</sup>. No entanto, enquanto trabalhadores e parte numa relação de emprego não lhe são alheios muitos dos institutos do Direito do Trabalho<sup>978</sup>. Confluem, fundamentalmente, o Direito Administrativo e o Direito do Trabalho, este convocado e delimitado pelo primeiro<sup>979</sup>, no quadro da Constituição<sup>980</sup>, dada a “ressonância jurídico-estadual” do Direito da função pública (A. Köttgen)<sup>981</sup>. O Direito disciplinar não é alheio também a alguns princípios e/ou regras do Direito penal material geral e processual.

Parece-nos que, também, subjectivamente, por referida à identificação do sujeito

---

<sup>976</sup>. Klaus Stern, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, cit., pp. 603 e 604.

<sup>977</sup>. Ver Gérard Conac, “Les fonctionnaires et les libertés publiques aux États-Unis”, in *Études Offertes a Claude-Albert Colliard, Droit et Libertés à la fin du XX.º*, Influence des Données Économiques et Technologiques, Paris, Éditions Pedone, 1984, p. 430. O Direito da função pública, na medida do seu distanciamento em face dos sistemas de Direito por influência dos quais é pensado, autonomiza-se enquanto disciplina (p. 432).

<sup>978</sup>. Ver Martín Godino Reyes, *el Contrato de Trabajo en la Administración Pública*, Argentina, Editorial Civitas, S. A., 1996, p. 119.

<sup>979</sup>. Como destaca Paulo Otero, “a decisão que manda utilizar tais meios de direito privado é ainda, todavia, ou acto legislativo ou, traduzindo-se numa decisão da própria Administração, um acto jurídico submetido ao Direito Administrativo” (“Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública”, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, *Stvudia Ivridica* 60, *Colloquia* – 7, pp. 46, 44 e 57).

<sup>980</sup>. São vários e em diversa inserção sistemática os preceitos da Constituição que dispõem sobre a função pública. Na Parte I, no Título I, o artigo 15.º, n.º 2, no Título II, o artigo 47.º, n.º 2; na Parte III, no Título IV, nos artigos 164.º, alínea o), 165.º, n.º 1, alínea t); 180.º, n.º 3, 181.º, 199.º, alínea e), no título V, no artigo 218.º, n.º 3, no Título VII, no artigo 227.º, n.º 1, alínea c), no Título VIII, no artigo 243.º, n.º 2, no Título IX, nos artigos 269.º, 270.º e 271.º, e, no Título X, no artigo 276.º, n.ºs 6 e 7.

<sup>981</sup>. *Apud* Klaus Stern, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, cit., p. 599. Stern, seguindo W. Rudolf precisa, “o carácter da função pública está decisivamente determinada pelo carácter do Estado e o carácter do Estado decisivamente influenciado pela função pública”, concluindo ser “manifesta a importância jurídico-constitucional da função pública” (p. 599). Para a percepção da influência do Direito constitucional na elaboração do Direito da função pública nos Estados Unidos, ver Gérard Conac, “Les fonctionnaires et les libertés publiques aux États-Unis”, cit., pp. 423 e segs., *maxime*, pp. 425, 430 e 441.

empregador.

## **1.2. Função pública em sentido subjectivo**

A função pública pode ser recortada pelos sujeitos, referida, enquanto tal, àqueles que estão ao serviço da Administração Pública, podendo, nesta perspectiva, ser considerada num sentido amplo, num sentido intermédio e num sentido estrito. Atentos os sentidos objectivos expostos, podem-se estabelecer três paralelos sentidos subjectivos: i) aquele que não abrange só os ou que têm apenas a qualidade de trabalhadores em sentido estrito, mas também inclui os que exercem um cargo público fora de um quadro de subordinação jurídica e aqueles que exercem cargos directivos (artigos 15.º, n.º 2, 48.º, n.º 1, 50.º, 77.º, n.º 1, 215.º, 217.º e 219.º, n.ºs 2, 3, 4 e 5, da Constituição); ii) o sentido daquele que exercem uma actividade no âmbito de uma relação jurídica de emprego estabelecida com uma pessoa colectiva pública (artigos 15.º, n.º 2, 47.º, n.º 2, 165.º, n.º 1, alínea t), 266.º, n.º 2, e 269.º da CRP); iii) e o sentido de uma determinada categoria de trabalhadores da Administração Pública, individualizada pelas funções ou actividade desenvolvida e/ou pelo regime jurídico de trabalho (artigos 199.º, alínea e), 243.º e 271.º da CRP).

Nos três casos, consideramos os sujeitos que exercem uma actividade na Administração Pública, excluindo o exercício privado de funções públicas e as relações jurídicas de emprego estabelecidas com uma pessoa colectiva nela não integrada.

### **1.2.1. O exercício privado de funções públicas**

Administrar significa servir e gerir interesses e assuntos próprios ou alheios. A administração pública e a «administração privada» consubstanciam a actividade e a organização destinada à consecução de determinados fins. Podemos definir uma organização como uma abstracção finalística, materializada (ou materializável) num estruturado de divisões orgânico-funcionais, num ordenado (intra e inter) relacional e finalístico, corporizado por pessoas. A administração que é pública serve e gere os interesses, bens e assuntos, alheios, da comunidade política<sup>982</sup>. Quando estiver em causa o “preenchimento de algum ou alguns fins determinados do Estado” e de outras pessoas

---

<sup>982</sup>. Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, Vol. I (Parte Geral), Octava edición, Estudios de Derecho y Administración, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, pp. 27 a 29.



colectivas públicas e o exercício da actividade administrativa – os quais determinam a estruturação orgânica e funcional da Administração Pública –, temos uma organização administrativa pública. O exercício administrativo de funções públicas diferencia-se pelo fundamento, título e modo de desenvolvimento e respectivos parâmetros. É uma realidade específica, que não coincide com as organizações existentes entre os privados ou no campo das relações privadas. Senão vejamos:

- a) Respondem a objectivos diferentes, que são produtos de intentos diversos. A pessoa colectiva privada é uma organização votada à materialização de uma ideia de homens que acordam num projecto de acção comum, em função dos seus interesses próprios (no caso da empresa privada, ordenada à concorrência e votada ao lucro), resultando da livre associação dos particulares e/ou do exercício da “liberdade de iniciativa económica privada” (artigo 61.º, n.º 1, da CRP).

A Administração Pública é uma organização votada à satisfação de interesses públicos, legitimados constitucionalmente; o seu projecto de acção não é autónomo, vem dado, imposto pela comunidade (política) e pelo ordenamento jurídico de que esta se dotou. É expressão da comunidade e serve interesses que se colhem e direccionam à mesma, ao serviço aos cidadãos<sup>983</sup>.

- b) Os poderes organizativos da Administração Pública não se baseiam na (auto)propriedade dos meios de produção e na liberdade dispositiva dos mesmos, fundam-se na legitimidade democrática<sup>984</sup>.
- c) “Enquanto os compradores e os vendedores têm o direito de se escolherem mutuamente, o acesso do cidadão aos serviços oferecidos pelo Estado repousa, ao invés, sobre direitos e necessidades”<sup>985</sup> e assenta num quadro de específica deverosidade pública.

---

<sup>983</sup>. Iñigo Martínez de Pisón Aparicio, Régimen Jurídico de Función Publica y Derecho al Cargo, Servicio Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1995, pp. 193 a 195.

<sup>984</sup>. A submissão às “regras que presidem à organização dos poderes públicos” mesmos quando estes usam “instrumentos privados” corresponde também a uma necessidade de legitimidade política - Agatino Cariola, La Nozione Costituzionale di Pubblico Impiego, cit., p. 134.

<sup>985</sup>. Demetrios Argyriades, “Des valeurs pour le service public: Enseignements tirés des récentes tendances & du Sommet du millénaire”, Revue Internationale des Sciences Administratives, Volume 69,

Há uma “«objectiva irreductibilidade» ... da área da administração [mesmo no que toca aos entes que materializem uma iniciativa económica pública<sup>986</sup>] à das organizações privadas”<sup>987</sup>, em que “o particular actua segundo o seu próprio interesse, de modo livre, salvo os limites externos impostos pela lei”<sup>988</sup>.

- d) Dois dos valores fundamentais do governo democrático são os da legalidade e da inclusão. Os cidadãos não são (ou não apenas) consumidores na sua relação com a Administração Pública, que não é um simples prestador de serviços<sup>989</sup>.

“A Administração Pública de um Estado Constitucional democrático e social é uma organização que se deve distinguir pelos princípios da legalidade, eficiência e serviço”, no sentido de, respectivamente, os procedimentos administrativos serem um instrumento de garantia dos direitos e interesses dos cidadãos, oferecer produtos e serviços segundo um padrão de qualidade (pública)<sup>990</sup> e de ser justificada pelo serviço de interesses públicos<sup>991</sup>.

Para além do fundamento e do modo de exercício, nas pessoas colectivas privadas (não integradas na Administração Pública) incumbidas de tarefa ou serviço público, a ligação aos interesses públicos não é um imperativo heterónomo, mas contratualizada e/ou interessada<sup>992</sup>, nalguns casos, circunstancial<sup>993</sup> e, noutros, acessória<sup>994</sup>, sem descaracterizar

---

Numéro 4 Décembre 2003, p. 619.

<sup>986</sup>. Sobre a iniciativa económica pública – fundada, ou na “cláusula constitucional do Estado de bem-estar ou Estado social”, ou na opção legislativa por uma reserva dos “sectores de actividade de maior importância económica” - ver Paulo Otero, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra Editora, 1998, pp. 113 e segs.

<sup>987</sup>. Alessandro Pajno, “Rapporto di pubblico impiego e «cultura» dello statuto dei lavoratori”, in *Diritto Processuale Amministrativo*, Rivista Trimestrale, 1992/3, p. 465.

<sup>988</sup>. Gregorio Arena, “E-Government y nuevos modelos de administración”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 163, Enero/Abril, 2004, p. 417, e André Gonçalves Pereira, *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*, cit., p. 102.

<sup>989</sup>. Demetrios Argyriades, “Des valeurs pour le service public: Enseignements tirés des récentes tendances & du Sommet du millénaire”, cit., p. 619.

<sup>990</sup>. Designadamente, em termos de acessibilidade e preço.

<sup>991</sup>. Jaime Rodriguez-Arana Muñoz, “Reflections on the and modernization of Public Administration”, cit., p. 522 e p. 529 (; “a Administração não é simplesmente mais uma empresa, é uma empresa limitada por certos princípios constitucionais que, evidentemente, a afirma como uma organização complexa que deve ser gerida sem nunca se perder de vista o conjunto dos objectivos constitucionais”).

<sup>992</sup>. Paulo Otero identifica quatro “principais manifestações do exercício privado de funções administrativas”, duas das quais correspondem ao qualificativo de exercício contratualizado e/ou interessado” de funções públicas, a saber, “funções públicas transferidas por concessão a entidades privadas”, “funções

a sua natureza (jurídico-privada) e os fins que prosseguem. Agem em nome próprio e no quadro dos seus interesses<sup>995</sup>. Enquanto empregador, a entidade privada que exerce funções públicas pode, assim, à luz dos seus «interesses por natureza», recrutar livremente os seus trabalhadores e com os mesmos conformar, no exercício da autonomia privada, as respectivas relações de trabalho.

Nas pessoas colectivas públicas com forma privada ou pessoas colectivas privadas integradas na Administração Pública, a ligação funcional heterónoma ao interesse público não deixa de se projectar sobre os termos em que exercem a respectiva actividade<sup>996</sup> e, bem assim, ainda que de forma mais ou menos mediatizada – pela(s) fonte(s) dos recursos utilizados, pelo tipo de funções e pelo contexto (ou ausência dele) de maior ou menor concorrência em que operam -, sobre as relações de trabalho. Considere-se o caso dos hospitais públicos, com a forma de sociedade anónima, e a sua integração no sistema nacional de saúde<sup>997</sup> e o caso, diferente, das pessoas colectivas públicas que, segundo as

---

públicas que constituem o objecto normal ou exclusivo de uma profissão ou actividade desenvolvida por entidades privadas” (O Poder de Substituição em Direito Administrativo. Enquadramento Dogmático-constitucional, Vol. I, Lisboa, Lex, 1995, pp. 57 a 59). Sobre estas duas situações, ver, também, Feliciano Benvenuti, *Disegno della Amministrazione Italiana, Linee Positive e Prospettive*, Padova, Cedam, Casa Editrice Dott. Anoni Milani, 1996, pp. 117 e 118.

<sup>993</sup>. No elenco de Paulo Otero, tratam-se de “funções públicas ocasionalmente atribuídas a entidades privadas em razão do seu especial posicionamento circunstancial, sem que a profissão ou o objecto de actividade tenha qualquer relevância para o exercício esporádico e excepcional das funções públicas” (O Poder de Substituição em Direito Administrativo. Enquadramento Dogmático-constitucional, Vol. I, cit., pp. 61 a 64).

<sup>994</sup>. “Funções públicas acessoriamente confiadas a entidades privadas atendendo à actividade específica que desenvolvem, sem que tais funções ... constituam o objecto normal ou exclusivo da sua acção” (O Poder de Substituição em Direito Administrativo. Enquadramento Dogmático-constitucional, Vol. I, cit., pp. 60 e 61).

<sup>995</sup>. Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, volume terzo, L’Organizzazione Amministrativa, Sesta Edizione, Dott., A. Giuffrè Editore, 1958, pp. 386 e 387: “... o fim pelo qual age o ente privado ou o indivíduo privado é um fim distinto do público: a sua actividade serve para conseguir tal fim, mas o interesse pelo qual age não é este, mas o fim puramente egoístico do lucro, que o sujeito realiza com a gestão do serviço”.

<sup>996</sup>. “O recurso às formas de direito privado por parte da Administração também não a isenta da observância dos princípios constitucionais aqui consagrados” (artigo 266.º da CRP), a saber, do princípio da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, do princípio da constitucionalidade da Administração, do princípio da legalidade, do princípio da proporcionalidade, do princípio da igualdade, do princípio da justiça e do princípio da imparcialidade. Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., 1993, pp. 921 e segs., e Maria João Estorninho, *A Fuga para o Direito Privado*, cit., pp. 167 e segs.

<sup>997</sup>. Cfr. artigo 64.º, n.º 2, alínea a), da CRP.

regras do mercado, prosseguem fins económicos ou económico-sociais<sup>998</sup>.

Relativamente aos primeiros, por exemplo, impõe-se que a contratação dos respectivos trabalhadores e o regime das respectivas relações de trabalho, não obstante a opção pelo contrato de trabalho, obedeça às vinculações jurídico-públicas que decorrem da Constituição para as relações de trabalho na Administração Pública. “Como as organizações públicas ... são organizações que servem os interesses da colectividade, assim os agentes públicos, e designadamente o pessoal subordinado das mesmas, no exercício das suas funções, está ao serviço do público, dos cidadãos. E toda a sua acção deve ser ordenada a assegurar o melhor desenvolvimento, a eficiência e a eficácia do serviço aos cidadãos” (Vicenzo Certullo Irelli)<sup>999</sup>.

A organização administrativa e a parametricidade de vinculações jurídico-públicas, directas ao “exercício de funções” (artigo 266.º, n.º 2, da CRP), são fundamentos de singularidade da relação jurídica de emprego público. Os enquadramentos públicos institucionais projectam-se, varia e gradativamente, sobre as respectivas relações de trabalho.

A função pública pressupõe a vinculação de um indivíduo a uma pessoa colectiva pública. A relação jurídica de emprego público pressupõe a “qualidade de ente público do empregador”. A prestação de trabalho, remunerada por recursos financeiros públicos, serve, de modo funcional, nalguns casos pelo tipo de actividade desenvolvida, e forma como o dever ser, os interesses de um empregador público, interesses que são públicos e

---

<sup>998</sup>. Cfr. Decreto-Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto, e Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Agosto. Aproveita aqui, *mutatis mutandis*, quanto aos primeiros, a observação de Jorge Manuel Coutinho de Abreu, segundo a qual os “nossos hospitais públicos, S.A.” estão “sujeitos a regras da ‘contratação pública’”, [pois] são organismos criados especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, dotados de personalidade jurídica, financiados principalmente pelo Estado e por ele controlados (a nível orgânico e de funcionamento)”. Cfr. “Sociedade Anónima, A Sedutora (Hospitais, S.A., Portugal, S.A.)”, in *Miscelâneas*, n.º 1, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, p. 23. Ver, também, Ettore Morone, “Impiego Pubblico”, *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VIII, Unione Tipografica - Editrice Torinese, p. 266; e Laura Rainaldi, “Impiego pubblico”, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Vol. VIII, UET, p. 147. Num sentido algo diferente e com carácter genérico, ver Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho* 2.ª edição (reformulada e adaptada ao Código do Trabalho), 2005, pp. 699 a 701.

<sup>999</sup>. Corso di Diritto Amministrativo, G. Giappichelli Editore – Torino, Ristampa aggiornata al 31 dicembre 2001, p. 131.

Segundo Demetrios Argyriades, os “agentes do Estado têm certas características em comum. Trabalham num mesmo quadro institucional e legal que apresenta certas restrições e benefícios próprios. Têm a vontade de disponibilizar a sua força de trabalho ao serviço público, por oposição ao lucro (a um ganho privado), por um salário fixo. Eles estão submetidos à obrigação de prestar contas das suas acções”. Cfr. “Des valeurs pour

instrumentais ou refrações dos interesses públicos a seu cargo.

## 2. A distinção entre função pública e cargo público

A actividade administrativa da organização Administração Pública é marcada pela sua referência ao poder político<sup>1000</sup>, sob cuja direcção, directrizes e/ou controlo está<sup>1001</sup> ou ao qual se liga por criação e disposição de recursos<sup>1002</sup>. A administração pública e a «administração privada» são ambas definíveis como actividade – de «condução» do funcionamento e do exercício das respectivas funções – ordenada à realização dos objectivos ou finalidades da organização. A primeira tem um carácter político instrumental: a sua existência é disso expressão, bem assim, pelas formas orgânicas que assume, pela sua capacidade e processos ou formas de actuação<sup>1003</sup>. Tem igualmente um carácter político material: o conteúdo e nível dos seus serviços ou da sua actividade é a expressão de “um compromisso defensável publicamente entre valores concorrentes”, numa combinação da necessária satisfação de necessidades públicas e da observância de critérios de legalidade e de gestão na forma dessa satisfação (os meios são também a expressão da deverosidade do que é público)<sup>1004</sup>.

O relacionamento não é, para a administração pública, apenas de condicionada, mas também de condicionante das escolhas políticas ou do “conteúdo da política”, pelo peso e “compromisso dos interesses burocráticos divergentes”, pelas “tendências de pressupostos

---

le service public: Enseignements tirés des récentes tendances & du Sommet du millénaire”, cit., p. 615.

<sup>1000</sup>. David Beetham, A burocracia, editorial estampa, 1988, Lisboa, p. 15 (: a Administração Pública é uma organização com um “carácter qualitativamente diferente, ... em virtude da sua situação dentro do campo do governo, tal como do seu carácter compulsivo, a sua relação especial com a lei, a sua ligação com o interesse geral mais do que ao privado, a responsabilidade pública das suas operações, etc.”) e p. 16, e Andrés Morey Juan, La Función Pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004, pp. 55 a 57.

<sup>1001</sup>. “Todas as Administrações Públicas têm como cabeça da organização que as constitui um governo político” - Martínez López-Muñiz *apud* Jose Manuel Gomez Muñoz, Libre Circulacion de Trabajadores en el Empleo Público: adecuación comunitaria del ordenamiento jurídico español, Consejo Economico y Social, 1996, p. 211, nota 122. Ver, também, Gérard Conac, “Les fonctionnaires et les libertés publiques aux États-Unis”, in Études Offertes a Claude-Albert Colliard, Droit et Libertés à la fin du XX.e, cit., p. 458.

<sup>1002</sup>. É o caso das entidades administrativas independentes.

<sup>1003</sup>. Sobre a caracterização da actividade administrativa e sobre as noções várias de organização e a noção de organização administrativa pública, ver João Caupers, A Administração Periférica do Estado, Estudo de Ciência da Administração, Aequitas, Editorial Notícias, p. 190 e segs. e 589 a 592.

<sup>1004</sup>. David Beetham, A burocracia, editorial estampa, 1988, Lisboa, pp. 53 e segs.

culturais compartilhados” e pelas “limitações impostas pelas estruturas administrativas”<sup>1005</sup>. À administração pede-se que aos representantes ou decisores políticos, que “não são essencialmente peritos ou especialistas”, forneça informação<sup>1006</sup> necessária ao ajuizamento e determinação dos objectivos a prosseguir e das estratégias para os realizar. Pede-se-lhe igualmente capacidade executiva: habilitação técnica e profissional que torne possível as políticas. Se assim é, os trabalhadores da Administração hão-de ser seleccionados pelos “seus méritos profissionais e técnicos”<sup>1007</sup>. Mas esta há-de também poder contar com a «competência do político»: os objectivos que pede à Administração que realize devem ser claros, realistas, assim como as estratégias devem ser definidas<sup>1008</sup>. A relação de condicionado e condicionamento é, pois, mútua. Apesar da “diferenciação funcional”, no que toca à “sua autonomia decisória e independência recíproca”, a balança pende, por força do princípio democrático, a favor do primeiro<sup>1009</sup>.

É inegável a dependência da acção administrativa da colaboração “daqueles que exercem os poderes públicos” e do “conjunto de trabalhadores, titulares de relações estáveis e remuneradas”<sup>1010</sup>. A prestação dos primeiros, por um lado, insere-se “num quadro de tarefas e, sobretudo, de poderes dos quais resulta a actuação da função e a formação e externalização da vontade do ente, segundo cânones racionais e predeterminados de subdivisão dos deveres e da autoridade”<sup>1011</sup> e, por outro, corresponde também a uma relação de trabalho subordinado. Já a prestação dos segundos tem apenas esta segunda dimensão<sup>1012</sup>.

---

<sup>1005</sup>. David Beetham, *A Burocracia*, cit., pp. 72 a 82, *maxime*, p. 79.

<sup>1006</sup>. Designadamente, informação sobre a “praticabilidade, custo e impacte sobre outras políticas” - David Beetham, *A Burocracia*, cit., p. 149.

<sup>1007</sup>. David Beetham, *A Burocracia*, cit., p. 148, e Gérard Conac, “Les fonctionnaires et les libertés publiques aux États-Unis”, cit., p. 458.

<sup>1008</sup>. David Beetham, *A Burocracia*, cit., pp. 149 e 150.

<sup>1009</sup>. Nuno Piçarra, *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução*, Coimbra Editora, 1989, pp. 239 a 241, *maxime*, nota 24.

<sup>1010</sup>. Enrico Gragnoli, *Rapporto di Lavoro Pubblico e Inquadramento Professionale*, Milano, Cedam, 1992, p. 11.

<sup>1011</sup>. Enrico Gragnoli, *Rapporto di Lavoro Pubblico e Inquadramento Professionale*, cit., pp. 6 a 11, *maxime*, p. 9, 20, 21 e pp. 279 e segs.

<sup>1012</sup>. Enrico Gragnoli, *Rapporto di Lavoro Pubblico e Inquadramento Professionale*, cit., pp. 6 a 11, *maxime*, pp. 9, 20, 21 e pp. 279 e segs.

Estes ou uma parte significativa destes últimos foram historicamente, durante muito tempo, imediatizados na entidade pública. O esclarecimento diacrónico do “prestador de trabalho no emprego público, pelo menos na sua veste típica de funcionário, imediatiza[va]-se organicamente na estrutura organizativa, personalizando a respectiva autoridade e exercendo os correspondentes poderes”<sup>1013</sup>. Expressivamente, Martinho Nobre de Melo dizia que “entre o Estado e os seus funcionários (seus órgãos) não há verdadeiras relações jurídicas (...) o Estado e os seus funcionários são o mesmo e único sujeito”<sup>1014</sup>. A imediatização sedimentava-se na associação do vínculo ao preenchimento de um quadro de pessoal<sup>1015</sup> e na diferenciação dos deveres dos funcionários dos deveres dos trabalhadores em geral (do sector privado), não tanto pela sua maior extensão e intensidade, mas, dizia-se, pela sua natureza “disciplinar-hierárquica”, ao invés dos daqueles, de natureza “técnico-funcional”<sup>1016</sup>. O “[f]uncionário é todo o indivíduo que exerce ou participa do exercício duma função pública”, na caracterização de Ludgero Neves<sup>1017</sup>. Martinho Nobre de Melo delimitava institucional e finalisticamente a noção, dizendo: “Não basta ter aceitado uma função; é necessário estar no exercício de uma função. Não basta a ideia de função, é necessário a do serviço”, apelando, no fundo a uma necessária ligação institucional<sup>1018</sup>. Mesmo para autores para quem o título é convencional – resulta de “uma convenção livre e voluntária”, sendo que o funcionário apenas é chamado “à aceitação sem reserva, ao consentimento” –, o essencial na relação do funcionário com o Estado não é a função mas a

---

<sup>1013</sup>. Edoardo Ghera, *Il Pubblico Impiego, Rapporto di Lavoro e Attività Sindicale*, Dott. Francesco Cacucci Editore, Bari, 1975, p. 17.

<sup>1014</sup>. *O Estado dos Funcionários, Estatuto legal*, Lisboa, Livraria Ferin, 1914, p. 20.

<sup>1015</sup>. Ainda hoje é frequente, na «linguagem administrativa», considerar-se que apenas possui vínculo o trabalhador nomeado num lugar do quadro de pessoal de um serviço ou organismo público.

<sup>1016</sup>. Edoardo Ghera, *Il Pubblico Impiego*, cit., pp. 17, 18, 22 e 24.

<sup>1017</sup>. Ludgero Neves, segundo as Lições ao ano de 1916-1917 coligidas por Arthur de Campos Figueira, *Direito Administrativo*, Tipografia de Francisco Luís Gonçalves, 1916, pp. 100 a 103. A noção não é, no entanto, clara ou delimitativa, seja porque passa pela definição da locução «função pública», seja porque é omnicompreensiva, sendo capaz de abranger todos os que exercem uma qualquer função do Estado. De acordo com o autor, a cessação da relação de emprego público podia resultar da “supressão de algum cargo” por virtude da “reorganização de serviços”, caso em que lhe “dev[ia] sempre ser dada uma compensação” (ob. cit., pp. 199 e 200).

<sup>1018</sup>. A título de exemplo, invocava o artigo 359.º do Código penal alemão então vigente, para o qual os notários seriam “funcionários do Império”, mas já não os “advogados e os procuradores”, apesar de exercerem “funções (públicas)” ou, antes, funções de interesse público - Martinho Nobre de Melo, *O Estado dos Funcionários, Estatuto legal*, Lisboa, Livraria Ferin, 1914, p. 16.

inserção organizatória e o conteúdo da relação é o de uma “relação de poder ou de soberania”, de tal forma que o incumprimento de deveres tem a conotação de um delito<sup>1019</sup>. A associação à *publica auctoritas* vislumbra-se ainda na sua caracterização por apelo às figuras do “precário romano” (*precarium romano*) e do “mandato”. Tal como no “precário romano”, diz-se, “o Estado faz uma concessão que ele retira e revoga apenas o julgue conveniente”<sup>1020</sup>. Sobre a aplicação da figura do mandato, explica-se que “[o] Estado ao mesmo tempo que pede aos funcionários um certo serviço comunica-lhes uma parte do seu poder. O contrato que se forma entre o Estado e o funcionário é um mandato assalariado mas um mandato *sui generis*”<sup>1021</sup>. Avançando-se um pouco mais, invoca-se que “a função pública é um mandato quando se trate de funcionários directos ou ainda de funcionários indirectos que prestam serviços meramente executivos e não em nome e em vez do Estado, conquanto no interesse deste”<sup>1022</sup>.

Hoje, oferece-se como clara a distinção entre o exercício da actividade laboral e o exercício do poder público, assim como o serviço ao interesse público e a corporização do interesse público, sem prejuízo de zonas de intercepção. A partir desta distinção, decanta-se a relação jurídica de emprego público como “uma relação entre partes contrapostas, potencialmente em conflito”<sup>1023</sup> – de que a negociação e a contratação colectiva, a greve, as consultas (facultativas e obrigatórias) são formas institucionalizadas de (resolução de) conflito

---

<sup>1019</sup>. Ver Martinho Nobre de Melo, O Estado dos Funcionários, Estatuto legal, cit., pp. 16 e 17, que referencia a doutrina de Laband. Ver, também, Ludgero Neves, Direito Administrativo, Lições coligidas, cit., p. 124.

<sup>1020</sup>. Martinho Nobre de Melo, O Estado dos Funcionários, Estatuto legal, cit., p. 13, e Ludgero Neves, Direito Administrativo, Lições coligidas cit., p. 122. Nos Estados Unidos da América, até aos anos 60 e 70, o emprego público foi, prevalecentemente, referenciado pela jurisprudência como um privilégio, que, como tal, poderia ser retirado sem formalidades. Cfr. Gérard Conac, “Les fonctionnaires et les libertés publiques aux États-Unis”, in Études Offertes a Claude-Albert Colliard, Droit et Libertés à la fin du XX.e, cit., p. 442.

<sup>1021</sup>. Martinho Nobre de Melo, O Estado dos Funcionários, cit., p. 14, e Ludgero Neves, Direito Administrativo, Lições coligidas, cit., p. 122.

<sup>1022</sup>. Meucci *apud* Martinho Nobre de Melo, O Estado dos Funcionários, Estatuto legal, cit., p. 15.

<sup>1023</sup>. Enrico Gragnoli, Rapporto di Lavoro Pubblico e Inquadramento Professionale, Milano, Cedam, 1992, p. 26, nota 67, e p. 27. Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, expondo as vantagens da participação do “público” na Administração Pública e antevendo a importância que assumiria no respectivo futuro, em alguma medida «eteriza-a», ao apresentar o público como “incumbido de zelar pelo interesse geral”, “um co-gestor” e “outro «agente da administração»” - A Função Pública Portuguesa. Estatuto Novo ou Nova Política?, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 122, Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Fevereiro, 1969, pp. 68, 69, 96 e 108.



colectivo<sup>1024</sup> – cujo objecto é uma prestação de trabalho e pela qual um indivíduo disponibiliza a sua força de trabalho a um ente público mediante uma remuneração e outros benefícios ou contrapartidas<sup>1025 1026</sup>. O funcionário público é um trabalhador<sup>1027</sup>. A relação que o liga ao empregador público é de subordinação jurídica e não a da designada sujeição ou supremacia especial<sup>1028</sup>.

A distinção entre o exercício de um cargo público e o trabalho na função pública aparece em vários textos do Direito Internacional Público, por exemplo, o artigo 21.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, considera no seu n.º 1, o direito de toda a pessoa “tomar parte na direcção dos negócios públicos do país, quer directamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos”, o n.º 2 consagra o direito de toda a pessoa aceder “às

---

<sup>1024</sup>. Edoardo Ghera, *Il Pubblico Impiego, Rapporto di Lavoro e Attività Sindicale*, cit., p. 42.

<sup>1025</sup>. Enrico Gagnoli, *Rapporto di Lavoro Pubblico e Inquadramento Professionale*, cit., p. 26, nota 67, e p. 27, e Edoardo Ghera, *Il Pubblico Impiego, Rapporto di Lavoro e Attività Sindicale*, cit., p. 14.

<sup>1026</sup>. A ideia de contrapartida pelo trabalho prestado, embora associada a uma dedicação específica ou devoção ao serviço público, enuncia-a já Lopes Praça, em 1878: “Os funcionários públicos, cedendo do exercício da sua actividade em benefício do Estado, tornam-se credores de uma remuneração condigna. A comunidade não pode exigir de qualquer dos seus membros, que bem a serve e por muitos anos, o sacrifício da sua personalidade. O operário tem direito à remuneração. Estipular doutrina contrária seria desconhecer o direito de propriedade na sua mais elevada origem nos produtos imediatos da actividade individual” - *Direito Constitucional Portuguez, Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1832*, Coimbra, 1878, republicado pelo Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. I, Coimbra Editora, 1997, p. 100.

<sup>1027</sup>. Sem que se deturpe o conceito de trabalhador, “aquele que trabalha ou presta serviços por conta e sob direcção e autoridade de outrem, independentemente da categoria deste (entidade privada ou pública) e da natureza jurídica do vínculo (contrato de trabalho privado, função pública, etc.). Estão seguramente abrangidos os funcionários Públicos («trabalhadores da Administração Pública» é a expressão utilizada no art. 269.º)”. Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1993, p. 286. O funcionário público é um trabalhador, mas nem todo o trabalhador o é. Não é assim, precisa Alfredo Montoya Melgar, segundo a qual “quando se quer ampliar o significado do vocábulo ‘trabalhador’ para incluir nele o de ‘funcionário’ se está a usar de forma abusiva a linguagem e está-se a fomentar a confusão, isto é, está-se a actuar cientificamente” - *apud* *Laboralización de las Administraciones Públicas*, de Ramiro Grau Morancho, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1998, p. 9.

<sup>1028</sup>. Cai a invocada “impossibilidade de conflito entre a Administração e os seus funcionários” e “a concepção do pagamento como compensação e não como retribuição”. Ver Edoardo Ghera, *Il Pubblico Impiego, Rapporto di Lavoro e Attività Sindicale*, cit., p. 14.

Demetrios Argyriades diferencia entre “os membros da profissão de serviço público, no sentido estrito do termo” e os que “trabalham em geral para o Estado ao nível nacional, infra-nacional e internacional”, pela sua invocada devoção total aos interesses gerais, por oposição aos interesses particulares” (“Des valeurs pour le service public: Enseignements tirés des récentes tendances & du Sommet du millénaire”, cit., p. 620). No mesmo sentido, Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, *A Função Pública Portuguesa. Estatuto Novo ou Nova Política?*, cit., p. 28). Esta categoria de agentes do serviço público, assim concebida, no entanto, já não existe

funções públicas do seu país”, em condições de igualdade”<sup>1029</sup>, o artigo 25.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos separa, igualmente, o direito de “tomar parte na direcção dos negócios públicos, directamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos” (alínea a)) e o direito de todo o cidadão “aceder, em condições gerais de igualdade, às funções públicas do seu país” (alínea c))<sup>1030</sup>. Na distinção referenciada, pode fazer-se tripla divisão, entre o exercício de um cargo público político, o exercício de um cargo público de direcção administrativa e o exercício de uma actividade laboral subordinada<sup>1031</sup>. Os indivíduos que exercem um cargo directivo na Administração pública, que integram o designado “pessoal dirigente”, reúnem uma dupla qualidade: são titulares de um órgão administrativo, consubstanciando a vontade, que externalizam, dos entes públicos e são simultaneamente trabalhadores subordinados<sup>1032</sup>, que disponibilizam uma prestação de trabalho, mediante remuneração, sob a autoridade e direcção de um outro órgão administrativo ou político-administrativo.

Com a revisão constitucional de 1982, o direito de acesso à função pública passou para o elenco dos direitos, liberdades e garantias pessoais, agregado ao direito de escolha livre da profissão ou do género de trabalho. Do n.º 4 do artigo 48.º da Constituição (com a epígrafe “Participação na vida pública”), na versão originária, que dispunha “[t]odos os cidadãos têm o direito de acesso, em condições de igualdade e liberdade, às funções públicas”, passou para o n.º 2 do artigo 47.º, dispondo: “Todos os cidadãos têm direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso.” Ao direito de participação na vida pública se refere o n.º 1 do artigo 48.º, que dispõe (tal como na versão originária): “Todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na

---

<sup>1029</sup>. Textos de Direito Internacional Público, AAFDL, 1991, p. 56.

<sup>1030</sup>. Textos de Direito Internacional Público, cit., 1991, p. 56.

<sup>1031</sup>. Não deixa de ser significativa a utilização do plural “funções públicas”, entre nós, no artigo 15.º, n.º 2, da CRP, e na norma da alínea c) do citado artigo 25.º, e não de função pública.

<sup>1032</sup>. Laura Rainaldi, “Impiego pubblico”, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Vol. VIII, UTET, p. 175 (os dirigentes são “parte integrante, se não titulares do poder público”), e Vincenzo Cerulli Irelli, *Corso di Diritto Amministrativo*, Ristampa aggiornata al 31 dicembre 2001, G. Giappichelli Editore – Torino, p. 129 (“Os dirigentes, relativamente ao restante pessoal profissional, ... é confiada a titularidade dos cargos *dirigentes*, que no novo ordenamento são configurados para todos os efeitos como órgãos das Administrações – itálico no original) e p. 130 (“Os titulares dos cargos dirigentes são deste modo sujeitos a um particular regime de responsabilidade, que se sobrepõe, não absorvendo-o, ao que é próprio de todos os agentes públicos”).

direcção dos assuntos públicos do país, directamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos.”

Há, portanto, uma primeira separação a fazer. Exclui-se da função pública e da relação jurídica de emprego público o exercício de cargos públicos como expressão do direito de participação política (v.g., os “titulares eleitos dos órgãos das autarquias locais”<sup>1033</sup>) e os cargos de direcção administrativa que não envolvam o exercício de uma actividade profissional subordinada na Administração pública<sup>1034</sup>, melhor, em geral, o exercício de cargos públicos em que falte o elemento heterónimo ou não haja heterodeterminação dos termos do exercício da actividade profissional<sup>1035</sup>.

Relativamente aos “titulares eleitos dos órgãos das autarquias locais” conclui o Conselho Consultivo da PGR, no parecer n.º 126/1990, que não estão são passíveis de responsabilidade disciplinar<sup>1036</sup>, porque “exercem um mandato de natureza política, constituído através de sufrágio universal e directo, e no exercício dos cargos são independentes, não dependem de outros órgãos, nem estão subordinados a quaisquer órgãos e instruções”<sup>1037</sup>. Nos termos da relação jurídica constituída pelo mandato político, não estão sujeitos nem à direcção nem à autoridade de outrem. Não são parte numa relação jurídica de emprego público. Pelo que é despicienda a observação de que “[n]ão se integram, no lado passivo, numa relação de hierarquia”<sup>1038</sup>.

Os cargos públicos cujo exercício envolve, para além de outras tarefas, o exercício dos poderes públicos, importam para os respectivos titulares um quadro de heterodeterminação jurídica, ainda que específico, a que correspondem determinadas contrapartidas próprias de

---

<sup>1033</sup>. Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 126/1990, documento n.º PPA19910424012600, de 24 de Abril de 1991, in <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/>.

<sup>1034</sup>. Neste sentido, Figueiredo Dias, “Enquadramento do Procedimento Disciplinar na Ordem Jurídica Portuguesa”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 73, 1997, p. 189.

<sup>1035</sup>. Que não é necessariamente hierárquica. Sugestivamente, escreve Pietro Virga (Il Pubblico Impiego Dopo la Privatizzazione, cit., p. 4): “No passado, era exigível o elemento de subordinação hierárquica. Hoje tal elemento não é necessário, como o demonstra o facto de poderem subsumir-se à relação jurídica de emprego público as relações dos dirigentes de topo e os dirigentes gerais, os quais estão subtraídos ao vínculo hierárquico em relação aos órgãos de governo”.

<sup>1036</sup>. E abrangidos no âmbito de aplicação do “estatuto disciplinar de 1984”.

<sup>1037</sup>. Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 126/1990, documento n.º PPA19910424012600, de 24 de Abril de 1991, in <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/>.

<sup>1038</sup>. Conclusão 4 do Parecer n.º 126/1990, cit., <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/>.

uma relação jurídica de emprego. Integram-se num conceito amplo de função pública. Na economia do artigo 269.º da CRP, são subsumíveis à locução “demais agentes do Estado e outras entidades públicas”, sendo «trabalhadores especiais» porque reúnem uma outra qualidade, a de sujeitos que exercem as competências dos órgãos de que são titulares.

Função pública abrange, pois, nesta delimitação, o conjunto dos trabalhadores da Administração Pública, aqueles que exercem uma actividade para com uma pessoa colectiva pública mediante uma retribuição, independentemente da natureza jus-administrativista e jus-privatística e do figurino concreto dos respectivos vínculos (título e duração) e regime jurídicos<sup>1039</sup>.

A associação da “especialidade do emprego público” ao exercício de típicas funções públicas, designadamente, das que envolvem o exercício de poderes de autoridade, faz com o seu espaço diminua “progressivamente à medida que o tradicional âmbito da administração autorizativa se reduz”<sup>1040</sup>. Paralelamente, às funções de “controlo, planeamento, prevenção, financiamento”, têm ampla expressão aqueles que exercem actividades técnicas, sociais e produtivas (v.g., relação de trabalho de médicos, engenheiros, juristas, operários, assistentes sociais, educadores de infância). O funcionário deixou de ser o trabalhador que faz aquilo que não faziam ou fazem ou não se espera que façam os trabalhadores do sector privado. O Direito da função pública já não é “exclusivamente o direito dos funcionários”<sup>1041</sup> e “não existe – como observa Naomi Caiden - uma profissão pública única mas várias. Os poderes públicos empregam pessoas de várias profissões ... sendo difícil classificar os diferentes profissionais numa categoria

---

<sup>1039</sup>. As relações Jurídicas de emprego não têm de ser a tempo completo e com carácter de permanência. Ver, em sentido diverso, Acórdão n.º 340/92-P/T. Const., onde se lê que o “conceito de função pública reporta-se ao conjunto de funcionários (empregados ou trabalhadores) vinculados a pessoas colectivas de direito público por relações jurídicas de emprego a tempo completo e com carácter de permanência” (in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)). No sentido da irrelevância do “carácter provisório ou definitivo, permanente ou transitório”, ver Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 264. Eugenio Mele (*La Responsabilità dei Dipendenti e degli Amministratori Pubblici*, cit., p. 145) enfatiza a necessidade de “prestação profissional exclusiva e subordinada com inserção do sujeito no âmbito da administração pública”.

<sup>1040</sup>. Cfr. Agatino Cariola, *La Nozione Costituzionale di Pubblico Impiego*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, pp. 118 e 119.

<sup>1041</sup>. Na expressão de Klaus Stern, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, cit., p. 600.

única”<sup>1042</sup>.

No entanto, se, por exemplo, “a actividade de um médico num hospital público ou numa clínica privada”, é a mesma, os termos em que está obrigado a desenvolver a sua prestação de trabalho não o são<sup>1043</sup>. O médico numa clínica privada está obrigado a exercer a respectiva actividade segundo o disposto livremente pelas partes no contrato de trabalho (nos limites da lei) e segundo as *legis artis* da profissão; o médico num hospital público vinculado nos termos da relação jurídica de emprego estabelecida, está obrigado, nos termos desta, também, ao exercício da actividade médica no “respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé” (artigo 266.º, n.º 2, da CRP)<sup>1044</sup> <sup>1045</sup> e às vinculações jurídico-públicas e matéria de incompatibilidades e acumulação de empregos (artigo 269.º, n.º 4 e n.º 5, da CRP). Nesta medida, os trabalhadores da Administração Pública com vínculos jurídico-privados não ficam submetidos a um regime laboral privado «puro» de trabalho<sup>1046</sup>. Estas exigências prendem-se, de uma forma ampla, com o facto de aos cidadãos interessar o modo como é exercida a actividade administrativa, porque esse exercício, num momento ou em outro, os afecta e porque as suas contribuições financeiras públicas se destinam àquele serviço e àquele assegurar<sup>1047</sup>, servindo a reserva de lei dos seus aspectos essenciais do respectivo regime a

---

<sup>1042</sup>. *Apud* Demetrios Argyriades, “Des valeurs pour le service public: Enseignements tirés des récentes tendances & du Sommet du millénaire”, *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Volume 69, Numéro 4, Décembre 2003, p. 615.

<sup>1043</sup>. Em sentido diferente, ver Vasco Pereira da Silva, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, cit., pp. 108 e 109.

<sup>1044</sup>. O médico numa clínica privada pode, em princípio, privilegiar o atendimento de um familiar ou amigo; um outro médico ou o director da clínica podem receber um presente (por exemplo, um objecto em ouro) de um seu paciente. Ambos os comportamentos lhes estão vedados enquanto trabalhadores de um estabelecimento hospitalar público.

<sup>1045</sup>. Neste sentido se pode compreender a observação de Eugenio Mele de que a responsabilidade disciplinar, “diversamente da responsabilidade criminal, da responsabilidade civil, patrimonial, financeira, para as quais basta uma mera relação de serviço, pressupõe uma relação de emprego público” (*La Responsabilità dei Dipendenti e degli Amministratori Pubblici*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, Quinta Edizione, p. 146).

<sup>1046</sup>. Sobre o carácter não determinante do conteúdo da actividade prestada na determinação da disciplina jurídica de conformação, ver Agatino Cariola, *La Nozione Costituzionale di Pubblico Impiego*, cit., pp. 109 a 111.

<sup>1047</sup>. “Como as organizações públicas ... são organizações que servem os interesses da colectividade, assim os agentes públicos, e marcadamente os trabalhadores das próprias organizações, na respectiva acção, estão ao serviço do público, dos cidadãos.” - Vincenzo Cerulli Irelli, *Corso di Diritto Amministrativo*,

assegurar o controlo pela comunidade desse domínio<sup>1048</sup>.

De uma forma mais imediata, tais exigências prendem-se com o facto de uma qualquer relação jurídica de emprego importar a subordinação do trabalhador ao prosseguimento dos objectivos e interesses do empregador, objectivados nas respectivas atribuições, nos termos que delimita.

Tal não postula a uniformidade de estatuto jurídico, inscreve-se antes no conceito de “unidade na diversidade, bem mais aproximado ou conformador da realidade, reconduzindo-se essa ‘multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos’, com a inerente pressuposição lógica de diferentes *Tatbestand*, dentro da unidade sistemática construída a partir da Constituição”<sup>1049</sup>.

No entanto, a distinção dos funcionários públicos a partir da natureza ou características das funções exercidas, com destaque para o exercício de poderes de autoridade e de poderes de

---

Ristampa aggiornata al 31 dicembre 2001, G. Giappichelli Editore – Torino, p. 131. Sobre o entendimento de que a especialidade do emprego público resulta da “exigência de tutela dos privados no confronto das Administrações, do seu interesse pelo modo pelo qual são exercidas as actividades públicas, bem como da responsabilidade pessoal dos agentes,...”, ver Agatino Cariola, *La Nozione Costituzionale di Pubblico Impiego*, cit., p. 119. Os «agentes públicos» são a face da organização administrativa na relação com os cidadãos, “titulares de pretensões (de imparcialidade) em face dos trabalhadores públicos, quando no direito privado as características pessoais dos colaboradores do empresário são desvalorizadas, em geral, em detrimento da produção de bens e serviços nas condições do mercado” (pp. 248 e 249).

<sup>1048</sup>. Agatino Cariola, *La Nozione Costituzionale di Pubblico Impiego*, cit., pp. 129 e 158. Nas palavras de Agatino Cariola: “O modo como é organizada a administração pública, as formas pelas quais realiza as suas atribuições, as modalidades de disciplina das relações com os seus agentes, fundam-se sobre a soberania popular, não podendo as respectivas organizações ser expressão de instituições separadas da sociedade, mas é posta ao serviço desta última. Estes aspectos são assim do interesse do cidadão, argumento de elaboração e de confronto político, objecto de controlo popular, que a discussão e a aprovação parlamentares de uma lei (ou de um acto tendo a mesma força), juntamente com o regime que lhe é próprio, tornam possível”. Cfr. *La Nozione Costituzionale di Pubblico Impiego*, cit., p. 158.

<sup>1049</sup>. João Zenha Martins, “O Novo Código do Trabalho e os ‘contratos de trabalho com regime especial’: pistas para o enquadramento do contrato de trabalho desportivo”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 95, Ano 24, Jul/Set. 2003, n.º 95, pp. 67, 70 e 71: “A decomposição do mundo laboral em subsistemas funcionalmente especificados, determina que a realidade seja abordada como um conjunto de forças sistémicas, que assegurem uma composição de sentido. E, desconstruir ou decompor o Direito do Trabalho, discernindo no seu interior diferentes implicações intensivas - com projecções funcionalmente distintas em função da materialidade da situação - significa uma reversão do esgotamento conceptual que surge associado ao paradigma da relação típica de trabalho, coberto sob o manto de uma formal sujeição dos trabalhadores a um mesmo regime jurídico, composto por elementos enredados e confundidos com esquemas acidentais, claramente datados, muitas vezes já inoperantes”. Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, a propósito da elaboração de um “estatuto-tipo” dos trabalhadores da Administração Pública, advogava ser necessário que, “ao contrariar-se a dispersão, se não caia, em nome da harmonia, no erro grave de negar a diversidade” (p. 103 e p. 106), justificando-se, na expressão de Marceau Long, uma espécie de “federalismo estatutário” (pp. 104 e 110). Cfr. *A Função Pública Portuguesa. Estatuto Novo ou Nova Política?*, citado.

autoridade ou de certos poderes de autoridade, sendo possível e mesmo devida<sup>1050</sup>, não tem limites precisos ou fáceis de precisar.

## **§ 2 – O regime jurídico da função pública portuguesa**

### **1. O conceito constitucional de função pública**

#### **1.1. A garantia institucional de função pública em sentido amplo**

São vários os preceitos da Constituição e situados em diversa inserção sistemática dedicados à função pública (artigos 15.º, n.º 2, 47.º, n.º 2, artigo 77.º, n.º 1, 164.º, alínea o), artigo 165.º, n.º 1, alínea t), 180.º, n.º 3, 181.º, 199.º, alínea e), 218.º, n.º 3, 266.º, n.º 2, 243.º, 270.º, 271.º e 276.º, n.ºs 6 e 7).

No conjunto dos preceitos, o artigo 269.º constitui um ponto cardinal na compreensão da singularidade do regime de função pública, porque, não esgotando o respectivo tratamento, é-lhe, *ex professo*, dedicado. Consideremos o seu conteúdo:

- a) No número 1, afirma-se a subordinação dos trabalhadores da Administração Pública (e demais agentes do Estado e outras entidades públicas) aos interesses públicos prosseguidos pelas entidades públicas empregadoras. A constituição de uma relação jurídica de emprego implica a disponibilidade do trabalhador em função dos interesses da entidade empregadora. No caso do empregador público, tal também acontece com as seguintes especificidades: os interesses do empregador estão heterodeterminados pela lei e há uma dupla limitação que se prende com a legalidade financeira, por um lado, e com a «responsividade» (prestação de contas à Comunidade).

À relevância do Estado aparelho na configuração da relação jurídica laboral associa-se a distinção entre o empregador público formal (pessoa colectiva integrada na Administração Pública) e o empregador público material (a comunidade). O empregador público formal deve ser entendido como um centro de imputação de fins e

---

<sup>1050</sup>. À face da nossa Constituição, apesar de esta não conter nenhum preceito similar e tão claro quanto o artigo 33.º, n.º 4, da Lei Fundamental de Bona. No sentido da reserva para os funcionários públicos das funções “que impliquem o exercício de autoridade, as de fé pública e assessoria legal perceptiva, as de controlo e fiscalização interna de gestão económico-financeira e orçamental, de contabilidade e tesouraria”, dispõe o artigo 92.º, n.º 2, da Lei espanhola Reguladora das Bases do Regime Local de 2 de Abril de 1985 - “La Función pública ante el Tribunal Constitucional: una oportunidad perdida” (Comentario a la Sentencia 99/1987, de 11 de Junho”, de Diego Cámara del Portillo, *in* Civitas - Revista Espanhola de Derecho, n.º 57,

de recursos e como tal passível de avaliação no quadro do «mercado administrativo» próprio da Administração plural ou poliárquica. Os órgãos administrativos corporizam os poderes do empregador público, exercendo-os.

- b) O n.º 2 do artigo 269.º consagra o princípio da cidadania activa dos “trabalhadores da Administração activa e demais agentes do Estado e outras entidades públicas”, os quais, como quaisquer cidadãos, são titulares e dispõem do direito de gozo e exercício dos direitos de participação política (capítulo II da Parte I, *v.g.*, artigo 50.º). A lei pode, sem prejuízo, estabelecer restrições ao respectivo exercício pelos “militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efectivo, bem como, por agentes dos serviços e forças de segurança” (artigos 270.º e 275.º, n.º 4). Afirma também o princípio da separação do poder político. Aos «trabalhadores da função pública» cabe-lhes preparar, informar e executar as políticas governamentais, legitimadas em eleições livres (*v.g.*, artigo 182.º, 199.º, alíneas d) e e), 200.º, n.º 1, alínea a), 200.º, n.º 1, alínea a)), na medida em que têm tradução nos interesses públicos a prosseguir pelas pessoas colectivas empregadoras. Cabe-lhes, bem assim, assegurar a continuidade do funcionamento da Administração Pública para além dos ciclos eleitorais (artigo 266.º, n.º 2). Acresce que os trabalhadores da Administração Pública são também aqueles asseguram o funcionamento dos serviços e organismos na dependência da Assembleia da República, da Presidência da República e das instituições judiciais.
- c) Ao trabalhador numa relação jurídica de emprego público arguido em “processo disciplinar” são garantidas a sua audiência e defesa (n.º 3). A Constituição consagra, por um lado, o direito ao “processo” do trabalhador arguido da prática de infracção disciplinar e, por outro lado, o direito a um “processo” em que sejam asseguradas as garantias de audiência e defesa.
- d) Outro traço essencial do “regime da função pública” é o da proibição por princípio da acumulação de “empregos ou cargos públicos”. O enunciado permite a afirmação de que, em regra, um indivíduo não pode ter dois empregos públicos, o mesmo é dizer ser parte em duas relações jurídicas de emprego, nem acumular um emprego público e um cargo público e bem assim dois cargos públicos.



- e) De acordo com o n.º 5 do artigo 269.º, a relação jurídica de emprego deve integrar, por um lado, um regime jurídico de incompatibilidades e, por outro lado, o mesmo deve ser definido por lei (artigo 47.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2).

Exposto o conteúdo normativo do artigo 269.º, é possível afirmar que corresponde a enunciados genéricos, merecedores de consenso como traços essenciais do regime da relação jurídica de emprego estabelecida com pessoa colectiva integrada na Administração Pública e no âmbito dos serviços e organismos na dependência orgânica e funcional dos órgãos de soberania e de outros órgãos do Estado. Dificilmente se pode conceber que não parametrizem uma tal relação jurídica, porque tal equivaleria a aceitar que o trabalhador laboralmente, pudesse não estar vinculado a prosseguir os interesses do respectivo empregador (público), que pudesse ser prejudicado ou beneficiado por virtude do exercício dos seus direitos políticos, que não lhe fosse de reconhecer o direito a um procedimento disciplinar justo, que pudesse, por afastamento dos interesses públicos enunciados acumular, por princípio, empregos, cargos públicos ou actividades privadas, independentemente da existência de situações de incompatibilidade (por natureza ou formais).

Por esta razão material ou substantiva, emerge do artigo 269.º um conceito amplo de função pública. O regime contemplado, nos aspectos e nos limites nele enunciados, é o das relações de emprego estabelecidas com um empregador público, independentemente da concreta natureza do vínculo laboral e da concreta disciplina jurídica reguladora. Dito, por outras palavras, não se circunscreve às relações de emprego tituladas e regidas por um específico regime jurídico de trabalho de Direito Administrativo<sup>1051</sup>.

No mesmo sentido, depõem as discussões parlamentares relativas ao artigo 269.º

---

<sup>1051</sup>. Vital Moreira, a propósito da definição legal do regime jurídico de trabalho do pessoal dos institutos públicos, defendeu que o regime da função pública é o “regime comum da relação de emprego público”, pelo que “a adopção do regime do contrato individual de trabalho deve[iria] ser considerado excepcional, pelo que [se] exig[iria, então,] justificação caso a caso” (anotação ao artigo 45.º do “Projecto de lei-quadro dos institutos públicos”, in Relatório e Proposta de Lei-quadro sobre os Institutos Públicos, cit., pp. 434 a 436). O afastamento do regime da função pública, segundo o autor, “requereria uma alteração constitucional visto que o regime da função pública constitui uma espécie de ‘garantia institucional’” (artigo 269.º da CRP), não sendo, assim, de “considerar-se admissível uma generalizada ‘fuga do regime da função pública’, nomeadamente por via da sistemática criação de institutos públicos com regime de direito laboral comum” (cfr. anotação ao artigo 33.º do Projecto de lei, pp. 424 e 425). Como se vê, o autor toma por referência um conceito estrito de função pública.

(inicialmente, 270.<sup>o</sup>), seja no tocante ao texto originário, seja no tocante à revisão de 1982, que não encerram o sentido da locução num âmbito estrito<sup>1052</sup>.

---

<sup>1052</sup>. Da discussão no plenário da Assembleia Constituinte do texto originário daquele que é hoje o artigo 269.<sup>o</sup> da CRP, destacam-se os seguintes aspectos:

a) A referência à expressão “regime da função pública” como uma “uma expressão vaga” (Manuel Gusmão, DAC n.º 128, de 30 de Março de 1976, p. 4230);

b) A afirmação de que “[q]uando se fala em «regime da função pública» quer-se tão-somente falar no conjunto das normas que hão-de regulamentar a função pública, e ninguém pensará que a função pública possa dispensar um conjunto de normas jurídicas que a organizem, que a uniformizem, que a disciplinem, que a regulamentem.” (Carlos Candal, DAC n.º 128, de 30 de Março de 1976, p. 4231);

c) A alusão a que a “referência funcionários e agentes” (constante da versão originária) “é equívoca” e que seria “preferível falar-se em trabalhadores da função pública” (Carlos Candal, DAC n.º 128, de 30 de Março de 1976, p. 4230);

d) No n.º 1 foi intercalado, por proposta do Deputado Barbosa de Melo, a seguir a “definido”, a expressão “nos termos da lei”, com a explicação de que, sem o mesmo, “poderia parecer que o dever de obediência, o dever do serviço dos funcionários e demais pessoas colectivas era absoluto desde que definido o seu conteúdo pelos respectivos superiores, pelos órgãos competentes da Administração” (DAC n.º 112, de 12 de Fevereiro de 1976, p. 3691). A norma foi votada por unanimidade.

e) O número 2 foi igualmente votado por unanimidade. Explicou o Deputado Jorge Miranda (referindo que estavam a votar “artigos, preceitos tão importantes para a prática de uma administração pública democrática”) que a “5.ª Comissão teve a preocupação de expressamente propor este preceito para ressaltar o exercício, por parte dos funcionários e dos agentes administrativos, dos seus direitos políticos como cidadãos”, nomeadamente “ligados a uma opção partidária” (DAC n.º 112, de 12 de Fevereiro de 1976 p. 3692).

f) A discussão no plenário centrou-se no número 3 da proposta da 5.ª Comissão, que dispunha: “Sem prejuízo do regime específico da função pública, os funcionários e agentes gozam dos direitos laborais e sindicais dos trabalhadores.” O Partido Comunista propôs uma outra redacção, a saber: “O regime da função pública não pode prejudicar os direitos laborais e sindicais garantidos na constituição a todos os trabalhadores.” (DAC n.º 112, de 12 de Fevereiro de 1976, p. 3691). O Deputado Vital Moreira disse que a proposta visava “inverter os termos: afirmar, por um lado, a possibilidade, e porventura a necessidade, da existência de um regime especial para a função pública, mas, por outro lado, afirmar que não pode prejudicar ao menos o essencial dos direitos laborais e sindicais reconhecidos pela Constituição a todos os restantes trabalhadores” (DAC n.º 112, de 12 de Fevereiro de 1976, p. 3693) e que a formulação evitava, por um lado, “que legalmente sejam cerceados os direitos que noutra altura reconhec[idos] em geral a todos os cidadãos, os direitos que, se não consagr[ados então] ... numa norma especial, teriam de ser entendidos como aplicando-se também, sem excepção, a todos e quaisquer trabalhadores por conta de outrem e portanto, também, a todos os assalariados do Estado e funcionários públicos em geral.” (p. 3694). O Deputado Basílio Horta destacou que, quanto aos “funcionários públicos”, embora não seja de fazer “excepção no tocante a direitos sindicais e laborais”, existem “grupos especiais de trabalhadores em relação aos quais merecem regulamentação o direito à greve e outros direitos sindicais e laborais ..., não pela qualidade de funcionários públicos desses trabalhadores, mas sim, eventualmente, se assim se justificar, o que para [si era]...duvidoso, pelo tipo de funções a que esses trabalhadores se encontram adstritos”, ajustando que não era, no entanto, “matéria que deva ser tratada desde já em sede constitucional” (DAC n.º 112, p. 3694). Uma nova proposta, subscrita pelo Deputado Vital Moreira, foi apresentada ao plenário, com a seguinte redacção: “Os funcionários públicos gozam dos direitos constitucionalmente reconhecidos aos trabalhadores” (DAC n.º 128, de 30 de Março de 1976, p. 4229). A inserção de um número, que dispusesse sobre a aplicação aos “trabalhadores da função pública” dos direitos constitucionalmente reconhecidos aos trabalhadores, acabou por ser considerado redundante, tendo sido mesmo dito que a sua “referência expressa” seria discriminatória atento o simples facto de serem trabalhadores (DAC, n.º 128, de 30 de Março de 1976, pp. 4231, 4232 e 4237; DAC n.º 112,

As questões de constitucionalidade relativas à função pública que têm sido submetidas à jurisdição constitucional, revelam, igualmente, a emergência do referido conceito amplo e a abertura para a diversidade de regimes jurídicos laborais<sup>1053 1054</sup>.

de 12 de Fevereiro de 1976, p. 3692; DAC n.º 126, de 26 de Março de 1976, p. 4217; DAC n.º 130, de 1 de Abril de 1976, p. 4356), que a necessidade de “assegurar aos funcionários públicos o essencial dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição” “ninguém discute” (DAC n.º 128, de 30 de Março de 1976, p. 4236 e pp. 4237 e 4238). O Deputado Carlos Candal salientou que a equiparação em causa não era senão a dos “direitos da Constituição” (DAR, n.º 128, de 30 de Março de 1976, p. 4231). A eliminação da norma foi aprovada, “tendo tido 35 votos contra (...), 19 abstenções (...) e 115 votos a favor dos Deputados restantes” (DAC n.º 130, de 1 de Abril de 1976, p. 4255).

g) Os restantes números do artigo foram votados por unanimidade (DAC n.º 112, de 12 de Fevereiro de 1976, p. 3694).

Na 1.ª revisão constitucional, três alterações se registam:

a) O artigo 270.º passou a ser o artigo 269.º (sobre esta alteração, DAR, I Série, n.º 125, de 23 de Julho de 1982, p. 5269), tendo sido aprovada por unanimidade a proposta de sistematização (idem, p. 5274);

b) O aditamento da referência “exercício das funções”, no n.º 1, (idem, p. 5270), aprovado por unanimidade (DAR, I Série n.º 125, de 23 de Julho de 1982, p. 5279);

c) O “substituição da referência «a funcionários, agentes do Estado e demais entidades públicas» por «trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas»” no n.º 1 e no n.º 2 (DAR, n.º 125, de 23 de Julho de 1982, p. 5269); a proposta foi aprovada com “144 votos a favor (...), 31 votos contra (...) e 5 (...) abstenções” (idem, p. 5274).

Duas teses estiveram em confronto: i) a de que o “funcionário público” é “uma espécie de trabalhador diferente dos outros” (idem, p. 9270); ii) a de que “entre os trabalhadores da Administração Pública e o Estado existe uma relação de trabalho, quer individual, quer colectiva que ... é idêntica à relação de trabalho existente entre os trabalhadores do sector provado e empresas privadas” (idem, p. 5271); Destaca-se a referência, neste contexto, à possibilidade de uma evolução no sentido de um “regime privado de contratação” (idem, p. 5273), sem prejuízo da restrição de “certo tipo de direitos a certo tipo de funções exercidas na Administração Pública” (idem, p. 5273). Após a aprovação, o Deputado Vital Moreira fez uma declaração de voto, na qual afirma: “Entendemos que a substituição da designação «funcionários públicos» por «trabalhadores da função pública», apesar de ser apenas uma modificação conceitual, tem importantes implicações jurídicas da sistemática constitucional, sobretudo através da equiparação principal entre os trabalhadores da função pública e os demais trabalhadores para efeito de gozo de direitos fundamentais e para outros efeitos conexos. // Por isso mesmo, regozijamo-nos com a alteração e entendemos que ela deve ser desenvolvida no sentido que é requerido pela sistemática constitucional.” (idem, p. 5275). O autor da proposta, o Deputado Luís Nunes de Almeida, explicou, igualmente, em declaração de voto, que estava em causa “a equiparação dos trabalhadores da Administração Pública, enquanto trabalhadores, a todos os outros trabalhadores, independentemente das especificidades que seja legítimo introduzir em cumprimento e em conformidade com as disposições constitucionais em matéria de direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores. // Congratulamo-nos com esta aprovação, apesar de entendermos que numa interpretação correcta do texto constitucional, estão disposições que se aplicavam já aos trabalhadores da função pública. A partir de agora, e no cumprimento das disposições constitucionais, aplicam-se-lhes sem quaisquer margem para dúvida.” (idem, p. 5275) Por último, é de mencionar a inexistência de consenso quanto à inclusão das empresas públicas, pelo menos as “empresas públicas de serviço público” no âmbito previsivo do artigo 269.º (DAR, I Série, n.º 125, pp. 5271 e 5273 – a favor; p. 5274 - contra).

<sup>1053</sup> Ver, v.g., Acórdão n.º 430/93, processo n.º 96/90, Acórdão n.º 229/94, processo n.º 174/92, Acórdão n.º 129/99, processo n.º 845/93, Acórdão n.º 683/99, processo n.º 42/98, Acórdão n.º 368/00 - processo n.º 243/00, Acórdão n.º 4/03, Processo n.º 437/02, Acórdão n.º 406/03, processo n.º 470/01, Acórdão n.º 360/03, processo n.º 13/03, Acórdão n.º 61/04, processo n.º 471/01, e Acórdão n.º 155/04, processo n.º 187/04

Torna-se, também, patente, que, independentemente do concreto “regime jurídico de função pública” (laboral privado ou laboral administrativo), existe um mínimo denominador comum de regime jus-publicista, que inclui necessariamente as disposições do artigo 269.º. Constitui, nesta medida, a garantia de um regime jurídico para as relações de trabalho na Administração Pública que compreenda os traços constitucionais de regime definidos no artigo 269.º.

Outro traço essencial do regime jurídico do trabalho na Administração Pública é a forma de acesso ao mesmo. O artigo 47.º, n.º 2, consagra o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra, por via de concurso. Não podendo, naturalmente, ser interpretado como direito ao provimento em lugar ou emprego da função pública, o direito de acesso para ser efectivo postula, no essencial, a realização de um procedimento justo de selecção. A justeza do procedimento assenta na respectiva realização segundo os princípios da igualdade, da liberdade e de mérito.

Materialmente, trata-se de materializar o direito subjectivo de todos os indivíduos interessados, idóneos e capazes, acederem à função pública; de assegurar a democraticidade da Administração Pública; e de assegurar a respectiva capacidade funcional ou de prestação<sup>1055</sup>.

O artigo 266.º, n.º 2, vincula os órgãos e agentes administrativos a exercerem as suas

---

(<http://www.tribunalconstitucional.pt>).

<sup>1054</sup>. Como nota Klaus Stern – que reconhece na Constituição alemã a existência de uma garantia institucional de um “funcionalismo profissional” (função pública em sentido estrito) – o mesmo poderia ser “suprimido e modificado mediante alteração da Constituição”, porque o “princípio do Estado de Direito e em especial a sua configuração na forma de vinculação do executivo à lei e ao direito (...) pode ser posto em prática também por uma função pública estruturada de forma diferente do actual funcionalismo profissional. Se não fosse assim, a utilização de empregados para tarefas de soberania chocaria já hoje com obstáculos jurídico-constitucionais” (Klaus Stern, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, tradução parcial do Tomo I do original *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, pp. 622 e 623).

<sup>1055</sup>. Atentas estas razões, o Tribunal Constitucional destacou, no Acórdão n.º 683/99, que “independentemente do exacto recorte do conceito de “função pública” constitucionalmente consagrado, não pode o regime de acesso previsto no artigo 47º, n.º 2, da Constituição (com as suas notas de igualdade e liberdade e o princípio do concurso) deixar de valer igualmente para o acesso a tal lugar de trabalhador do Estado vinculado por contrato de trabalho sem termo. Tal trabalhador desempenharia uma actividade subordinada de trabalho, ao serviço da Administração, com um carácter tendencialmente permanente ou definitivo. E não se vê por que não hão-de valer para o acesso a tal posição, pelo menos com igual razão, as mesmas regras previstas na Constituição para o acesso à função pública em geral, sendo-lhe inteiramente aplicáveis os fundamentos que determinam a consagração constitucional destas regras”. Cfr. Acórdão proferido no processo n.º 42/98, plenário do Tribunal Constitucional (in <http://tribunalconstitucional.pt>).

funções no respeito dos princípios da constitucionalidade, da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade, da boa fé, da justiça e da imparcialidade. As alterações verificadas na norma foram no sentido da especificação dos princípios da actividade administrativa a cuja observância estão adstritos no exercício das suas funções. A vinculação directa a estes princípios cumpre duas funções: é instrumental à realização funcionalmente adequada da actividade administrativa, mais amplamente, do “ponto de vista do Estado e das suas funções”; serve o “cidadão e as suas pretensões de justiça, segurança, liberdade e eficácia, que o Estado tem que garantir”<sup>1056</sup>.

Na medida em que o regime jurídico de trabalho dos trabalhadores da Administração Pública há-de compreender os traços essenciais expostos, constituindo limites que a Constituição “quer manter e proteger em face de actos que os ofendam”<sup>1057</sup>, sejam legislativos, administrativos, judiciais ou produto da autonomia colectiva. Constituem uma “garantia jurídica objectiva” (um “núcleo de princípios estruturantes”<sup>1058</sup>), mas também, no caso, do n.º 2 e do n.º 3 do artigo 269.º, o “reconhecimento de posições jurídicas subjectivas de defesa face a intervenções na esfera de garantia a favor dos que têm direito ao mesmo”<sup>1059</sup>, “direito imediatamente aplicável”<sup>1060</sup>.

## 1.2. A reserva de função pública em sentido estrito

No ponto anterior, afirmamos a existência de um conceito amplo de função pública e a protecção constitucional de traços essenciais do respectivo regime. A questão que, não obstante, geralmente, é colocada é a da existência de uma reserva constitucional de função

---

<sup>1056</sup>. Klaus Stern, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, cit., p. 632.

<sup>1057</sup>. Sobre a garantia institucional, em geral, e a função pública, em particular, ver Klaus Stern, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, cit., pp. 620 e segs.

<sup>1058</sup>. Os princípios identificam elementos nucleares e valorativos dos aspectos de regime sobre que tratam, “componentes que não podem ser suprimidos” (p. 627), tendo o legislador margem de liberdade na sua regulação aos diferentes horizontes históricos dentro dos respectivos limites (; possibilidade de configurações jurídicas concretas não desidentificativas). Ver Klaus Stern, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, cit., pp. 624, 625, 631 e 632.

<sup>1059</sup>. Com as devidas adaptações, cfr. Klaus Stern, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, cit., p. 621.

<sup>1060</sup>. Que pode ser feito valer, por exemplo, num procedimento administrativo, num processo judicial e, no caso do Direito alemão, também, mediante recurso de amparo. Ver Klaus Stern, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, cit., pp. 623 e 624.

pública em sentido estrito. Trata-se de saber se o exercício de certas tarefas ou actividades administrativas tem de ser assegurados por indivíduos cujas relações de trabalho são disciplinadas por um específico regime jurídico de direito administrativo, ou seja, se existe uma reserva de direito laboral administrativo.

Analisemos, para tanto, outros preceitos da Constituição relativos à função pública, a saber, o artigo 15.º, n.º 2, o artigo 165.º, n.º 1, alínea t), o artigo 199.º, alínea e), o artigo 243.º e o artigo 271.º da Constituição.

O artigo 15.º, n.º 2, exclui os “estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal” do “exercício de funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico”. Quanto a este, destacam-se os seguintes aspectos:

- a) A utilização da locução função pública no plural, o que permite a inferência de que se consideram aqui não apenas o exercício de uma actividade laboral na Administração Pública, mas também o exercício dos cargos públicos;
- b) Subtraído ao princípio da equiparação de direitos dos estrangeiros e apátridas aos do cidadão português está o “exercício de funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico”. É possível, pois, o exercício, pelos mesmos, de funções públicas que tenham carácter técnico, ainda que não preponderante e o exercício de funções não técnicas desde que não tenham carácter predominante<sup>1061</sup>.
- c) A interpretação plausível da expressão “funções técnicas” e “funções não técnicas” é a que a referencia ao exercício de poderes de soberania e ao exercício do exercício de funções de autoridade pública a título principal e de forma ordinária, que pressupõem um laço de solidariedade próprio da cidadania.

Excluídas estão, assim, seguramente, “cargos judiciais”, como o de juiz (artigo 202.º, n.º 1, da CRP) e o de magistrado do Ministério Público (artigo 219.º, n.º 1, da CRP), que se inscrevem no âmbito da função judicial, as funções de militar e agente militarizado e de “agente dos serviços e das forças de segurança” (artigo 270.º da CRP). Relativamente aos “cargos superiores” na Administração Pública em geral, não podem ser excluídos, sem mais, da possibilidade de exercício por parte de cidadãos estrangeiros e apátridas, pelas seguintes razões:

- a) A maior parte das vezes, envolvem, sobretudo, o exercício de funções meramente administrativas, de gestão de recursos materiais, humanos e financeiros e só, residualmente, ou em parte, e de forma não constante implicam o exercício de poderes de autoridade pública;
- b) A sua exclusão chocaria com a afirmação comunitária da sua abertura, em princípio, aos “trabalhadores migrantes” ou aos nacionais de outros Estados-membros<sup>1062</sup>.

Do artigo 15.º, n.º 2, considerado em conjunto com as suas demais normas, decorre a existência de uma reserva de funções públicas, num duplo sentido objectivo e subjectivo, respectivamente, a delimitação de um conjunto de actividades ou tarefas públicas, importantes ou essenciais para a soberania ou identidade pública nacional, e a paralela delimitação dos sujeitos que as podem exercer.

O artigo 165.º, n.º 1, alínea t), reserva à competência legislativa da Assembleia da República as bases do regime e âmbito da função pública. A disposição sobre o âmbito da função pública pressupõe que o mesmo não coincide com todas as relações de trabalho na Administração, porque senão não haveria um âmbito sobre que dispor. Esse âmbito pode ser subjectivo ou objectivo, referir-se à delimitação dos sujeitos, serviços e organismos ou actividade aos quais se aplicará um dado regime.

A alínea e) do artigo 199.º dispõe que constitui competência do Governo, “no exercício de funções administrativas”, “praticar todos os actos exigidos pela lei respeitantes aos funcionários e agentes do Estado e de outras pessoas colectivas públicas”. Do preceito resulta que a competência do Governo não respeita a todos os trabalhadores da Administração Pública, mas apenas aos “funcionários e agentes do Estado e de outras pessoas colectivas públicas”. Não se diga que os termos “funcionários” e “agentes” têm de ser interpretados num sentido amplo primeiro referido, porque, por um lado, importa ter presente que tendo a terminologia do âmbito subjectiva de normas relativas à função pública sido especificamente discutida e alterada, tal não foi o caso do artigo 199.º, alínea e), e, por outro lado, porque a esse alargamento confronta-se com a dualidade

---

<sup>1061</sup>. Ver Acórdão do TC n.º 345/02, processo n.º 819/98, plenário.

<sup>1062</sup>. Cfr. Comunicação da Comissão (“Livre circulação de trabalhadores – realização integral de benefícios e potencialidades”) de 11 de Dezembro de 2002, COM(2002) 694 final, pp. 19 e segs., *maxime*, p.

“funcionários” e “agentes”, que, no fundo, apagaria. Acresce que, na hipótese da «privatização» do regime ordinário das relações de trabalho, a maior autonomia das partes na relações de trabalho coaduna-se mal com a intervenção governamental concreta nas mesmas. Em suma, o preceito abrange apenas as relações de trabalho com um específico regime jurídico de Direito administrativo.

O artigo 243.º, na versão originária o artigo 244.º, foi alterado na primeira revisão constitucional. Manteve desde então a redacção daí resultante, salvo o aditamento, na quarta revisão da expressão “com as adaptações necessárias, nos termos da lei”.

Na revisão de 1982, foi aceite, por consenso, que o artigo da versão original<sup>1063</sup> fosse substituído, passando a ser constituído por três normas<sup>1064</sup>. Para o n.º 2 do artigo 243.º, foi proposta a redacção seguinte: “É aplicável aos trabalhadores da administração local o regime dos trabalhadores da Administração Pública”<sup>1065</sup>. Se foi pacífica a afirmação da necessidade de existir de consonância na terminologia a usar no artigo e a usar nos preceitos relativos à função pública em sede de Administração Pública, desde logo, no artigo 269.º, o mesmo não se passou quanto à própria terminologia a utilizar, na delimitação do âmbito subjectivo da equiparação de regime jurídicos<sup>1066</sup>. Vital Moreira pronunciou-se no sentido de dever escrever-se: “É aplicável aos trabalhadores da administração local o regime «dos demais trabalhadores da Administração Pública» ou «da Administração Pública estadual», porque da Administração Pública também eles são”<sup>1067</sup>. O Deputado Jorge Miranda - na sequência da sugestão do Deputado Luís Beiroco, para alterar a epígrafe, no sentido de incluir referência aos “funcionários locais” ao invés de a

---

21.

<sup>1063</sup>. Sob a epígrafe “Pessoal das autarquias locais”, dispunha: “1. A fim de coadjuvar as autarquias locais e garantir a eficiência da sua acção, será organizado, na dependência do ministério competente, um quadro geral de funcionários, incluindo técnicos das especialidades de interesse para a administração local. // 2. A nomeação dos funcionários administrativos integrados no quadro geral para os lugares das autarquias locais dependerá da audiência destas.”

<sup>1064</sup>. Cfr. DAR, II, 3.º suplemento ao n.º 19, de 25 de Novembro de 1981, pp. 432-(62) e 432-(63).

<sup>1065</sup>. Cfr. DAR, II série, n.º 50 S, de 6 de Fevereiro de 1982, p. 1062-(9).

<sup>1066</sup>. DAR, II Série, n.º 50, de 6 de Fevereiro de 1982, p. 1062-(10) e DAR, II, n.º 90, de 11 de Maio de 1982, p. 1676-(11).

<sup>1067</sup>. DAR, II Série, n.º 50, de 6 de Fevereiro de 1982, p. 1062-(10). O Deputado Veiga de Oliveira insistiu que “conviria que ficasse claro, no n.º 2, que os trabalhadores da administração local são também trabalhadores da Administração Pública e que o que se pretende equiparar é o regime, e não pôr em causa que



“trabalhadores da administração local”, e de o Deputado Amândio ter observado que tal alteração faria aplicar aos “aos funcionários da administração local o regime dos funcionários públicos, que é um conceito que tem um regime próprio” – disse que pessoalmente preferiria o “termo «funcionários» e «agentes», quanto mais não seja por ser o termo que a Constituição hoje emprega e que se empregou mesmo em 1975-1976”, passando a norma a ter a seguinte redacção: “É aplicável aos funcionários e agentes das autarquias locais o regime dos funcionários e agentes do Estado.”<sup>1068</sup> A formulação, que é a actual, veio a ser aprovada por unanimidade<sup>1069</sup>.

A propósito da não aprovação da proposta de emenda aos n.ºs 1, 2 e 3 do 271.º, no sentido de a expressão “funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas” ser substituída pela expressão “trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas” e da aprovação de idêntica alteração no artigo 269.º (então, artigo 270.º), foi notado que idêntica proposta da alteração não fora aprovada para o artigo 244.º (actual 243.º) e discutida, vivamente, a flutuação terminológica, desvalorizada por uns e enfatizada por outros<sup>1070</sup>. O Deputado Costa Andrade, afirmando que “[e]stava já criada uma dualidade de expressões com os conteúdos que o intérprete há-de, naturalmente, fixar”, argumentou que “[o]s interesses fundamentais que, em cada caso concreto, o legislador pretenda dar tutela não ficarão necessariamente sacrificados por força de nomes, pois isso resulta claramente da Constituição. A Constituição não tem uma ideia clara e uma terminologia unívoca.”<sup>1071</sup>,

Do conjunto, retém-se:

- a) o facto de ter sido aprovada por unanimidade a substituição da expressão “funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas ...”, no n.º 1 e n.º 2 do artigo 269.º da CRP, pela de “trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas”, com a referência, nas discussões parlamentares, à consequente abertura para a adopção do regime jurídico laboral privado como regime

---

eles são trabalhadores da Administração Pública (idem).

<sup>1068</sup>. DAR, II Série, n.º 50S, de 6 de Fevereiro de 1982, p. 1062-(9).

<sup>1069</sup>. DAR, I Série, n.º 124, de 21 de Julho de 1982, p. 5252.

<sup>1070</sup>. DAR, I Série, n.º 125, de 23 de Julho de 1982, pp. 5279 e 5281.

<sup>1071</sup>. DAR, n.º 5282, I Série, n.º 125, p. 5282.

de relações de trabalho na Administração Pública;

- b) que, relativamente à equiparação do regime jurídico do pessoal das autarquias locais e ao regime jurídico de responsabilidade daqueles que trabalham na Administração Pública não obteve acordo a aprovação de idêntica terminologia e substituição.

No artigo 271.º, sob a epígrafe “Responsabilidade dos funcionários e agentes” afirma-se, relativamente aos “funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas”:

- a) o princípio da responsabilidade pessoal, civil, criminal e disciplinar pelas “acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos”;
- b) a proibição de garantia administrativa, não dependendo a acção ou procedimento de efectivação de responsabilidade de “autorização hierárquica”;
- c) o dever de obediência mesmo em face do ordens ou instruções ilegais se emanadas de legítimo superior hierárquico e em matéria de serviço;
- d) o direito de representação, pela reclamação ou pedido de transmissão ou confirmação por escrito das ordens ou instruções;
- e) o ónus do exercício do direito de representação em face de ordens ou instruções ilegais, exercício que é uma condição para ser excluída a responsabilidade a responsabilidade do funcionário ou agente pelo respectivo cumprimento;
- f) o dever de não obediência se o cumprimento das ordens ou instruções implicar a prática de um crime;
- g) que a lei disporá sobre o exercício do direito de regresso, pelo Estado e demais pessoas colectivas públicas, em face dos “titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes”.

### **1.2.1. A garantia institucional da função pública em sentido estrito**

Apurado a existência de em sentido estrito de função pública, objectivo e subjectivo, cabe individualizar os aspectos estruturais do respectivo regime. Estes parecem-nos ser os seguintes, para além dos que são comuns à generalidade dos trabalhadores da Administração Pública:

- a) a reserva do exercício de poderes de soberania e ao exercício do exercício de funções de autoridade pública a título principal e de forma ordinária;

- b) possibilidade de intervenção do Governo, como órgão superior da Administração Pública, nas relações de trabalho estabelecidas com os órgãos destas, no âmbito dos seus serviços e nas relações de trabalho estabelecidas com outras pessoas colectivas públicas não autónomas, possibilidade que deve excluída ou limitada relativamente às relações de trabalho com um regime laboral privado;
- c) responsabilidade pessoal pelo exercício das funções;
- d) o dever de obediência mesmo a ordens ilegais e associado direito de representação.

## 2. O regime jurídico da função pública no quadro dos sistemas de função pública

As relações de trabalho na Administração Pública dos vários Estados são organizadas, em geral, segundo dois modelos, o sistema de carreira e o sistema de emprego (ditos também, respectivamente, de estrutura fechada e de estrutura aberta - *career systems* e *position-based systems*), os quais se concretizam em regimes de função pública que seguem, no essencial, embora não exclusivamente, as características de um ou outro, embora, as mais das vezes, de forma mitigada<sup>1072</sup>. É o que acontece entre nós: o nosso regime de função pública desenha-se, em parte significativa, segundo o sistema de carreira, que aplica de forma mitigada, e noutra parte, segundo o sistema de emprego, igualmente mitigado<sup>1073</sup>.

No primeiro modelo, enquadram-se as relações de trabalho tituladas pela nomeação, constituídas por acto administrativo sob a condição suspensiva da aceitação do particular<sup>1074</sup>. Com a constituição da relação jurídica, o trabalhador assume uma qualificação profissional dada que o situa na categoria de base de uma dada carreira. Em

---

<sup>1072</sup>. Os regimes da função pública aplicam geralmente os dois modelos, quer simultaneamente, quer combinando os seus elementos.

<sup>1073</sup>. Cfr. artigo 3.º, n.ºs 1 a 3, do Decreto-Lei n.º 248/85, de 15.07, que estabelece que o desempenho de funções far-se-á segundo o regime de carreira e de emprego consoante assegurem ou não necessidades permanentes. A Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, revogou tácita e parcialmente estas normas, porque o exercício de funções próprias e permanentes do serviço público também pode ser assegurado em regime de emprego, com a contratação de trabalhadores por tempo indeterminado em regime de contrato de trabalho. O “PL 316/2007”, de 12 de Junho ([http://www.min-financas.pt/inf\\_geral/ProjectoVinculosCarreirasRem\\_vfinal.pdf](http://www.min-financas.pt/inf_geral/ProjectoVinculosCarreirasRem_vfinal.pdf)), que “define e regula os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas” adopta um regime de função pública misto, juntando elementos do sistema de emprego e elementos do sistema de carreira.

<sup>1074</sup>. Com identificação orçamental fixa num lugar do quadro de pessoal ou referenciada num mapa de pessoal.

função da mesma pode ser afecto a vários postos trabalhos, pois a prestação de trabalho é apenas recortada pelo conteúdo funcional da carreira em que ingressa. O trabalhador é recrutado não para um posto de trabalho em particular ou para exercer uma função definida, mas para o desenvolvimento de quaisquer tarefas ou ocupação de qualquer posto de trabalho reconduzível ao conteúdo funcional de uma carreira, a qual, por sua vez, pode se inserir num grupo de pessoal, que delimita trabalhadores com qualificações comparáveis e por apelo ao exercício do mesmo tipo de funções<sup>1075</sup>, sendo que o exercício de funções que o extravasem pode repercutir-se negativamente na evolução da carreira<sup>1076</sup> e para a operância das figuras de mobilidade, entre as quais, se inclui o próprio concurso<sup>1077</sup>, constituindo estes condicionamentos uma mitigação no sistema de carreira. As qualificações académicas e profissionais são exigidas para a carreira, mas faz-se em função do conteúdo funcional desta<sup>1078</sup>. O local de trabalho não é contratualizado, é delimitado pelo quadro de pessoal, pelo serviço que recruta e pelo tipo de actividade, o que permite afectações várias a este nível. O ingresso, que se efectua pela categoria de base<sup>1079</sup>, e o desenvolvimento na carreira, que importa um movimento ascensional, mais ou menos regular, de promoção e progressão ou só de progressão (respectivamente, uma evolução categorial, segundo pretendidos níveis de complexidade e responsabilidade das funções exercidas, e uma evolução de posições remuneratórias), são estreitamente reguladas pela

---

<sup>1075</sup>. Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, P.U.F., 1986, p. 40.

A “carreira estrutura-se na base do princípio de adequação às funções”, as possibilidades de variação funcional são determinadas pelo respectivo conteúdo funcional. Cfr. artigo 9.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 248/85, de 15 de Julho.

<sup>1076</sup>. Cfr. A Mobilidade Funcional na Função Pública, AAFDUL, 2003, e artigos 22.º, n.º 2, alínea c), do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, 27.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, e artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 248/85, de 15 de Julho.

<sup>1077</sup>. Cfr. artigos 22.º a 27.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, artigos 5.º, alínea e), 21.º, n.º 2, alínea i), e 22.º, n.º 2, alínea c), do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, e o Parecer n.º 55/95, do Conselho Consultivo da PGR, PGRP00000778, de 19 de Abril de 1996, in [www.pgr.pt](http://www.pgr.pt).

<sup>1078</sup>. No sistema de emprego, as qualificações são exigidas para a função.

<sup>1079</sup>. Cfr. artigo 15.º, n.º 1, 1.ª parte, do Decreto-Lei n.º 248/85, de 15 de Julho, revogado pelo Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18.12, e o artigo 26.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho. O recrutamento para lugares de acesso ou o ingresso em categoria de acesso tem carácter excepcional (artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho). No quadro do projecto sobre o “estatuto dos funcionários”, Alberto Xavier justifica a norma segundo a qual “ninguém poderá ser nomeado inicialmente se não para um grau o menos elevado da escala hierárquica em cada categoria de funções”, como uma exigência da hierarquia, do sistema de promoções e do direito. Cfr. Estatuto dos Funcionários (Justificação Jurídico-Política da Questão e Projecto de Lei), Lisboa, Portugal-Brasil Limitada, Sociedade Editora, p. 15.

lei<sup>1080</sup>. A ênfase posta na evolução na carreira, assente na antiguidade ou na combinação da antiguidade com o mérito, juntamente com a divisão estrita de carreiras e categorias traduz-se em limitadas possibilidades de ingresso para categoria de acesso e de mobilidade<sup>1081</sup>.

O regime jurídico é, fundamentalmente, distinto do regime geral do emprego privado e os trabalhadores têm, em função das necessidades do serviço público, um conjunto de direitos e deveres específicos, sem prejuízo da aplicação de normas jurídicas do Direito do trabalho, o que constitui uma mitigação na aplicação do sistema de carreira.

A relação jurídica é moldada, fundamentalmente, por lei e regulamento, sem prejuízo da atenuação da vertente unilateral, pela negociação colectiva de aspectos do respectivo regime jurídico<sup>1082</sup> e da relevância da vontade das partes, nas situações permitidas pela lei, seja do empregador público, nos limites do poder de apreciação e ou decisão que a lei lhe confere, seja do trabalhador.

O regime jurídico de cessação da relação de trabalho dá uma particular estabilidade e segurança no emprego aos trabalhadores. Não podem, por princípio, ser despedidos por estarem em excesso ou por força de mudanças orgânicas e/ou funcionais e inerente supressão de empregos<sup>1083</sup>.

A falta de competitividade que se associa à aplicação do sistema de carreira constitui uma das razões que tem levado à sua substituição na organização da função pública de diversos países ou à atribuição de uma maior expressão ao sistema de emprego ou a elementos

---

<sup>1080</sup>. Cfr. artigos 40.º e segs. do “PL 316/2007”, de 12 de Junho, o artigo 3.º, n.º 4, 2.ª parte, do Decreto-Lei n.º 248/85, de 15 de Julho (: a carreira “desenvolve-se de acordo com as regras gerais de ingresso e acesso definidas no presente decreto-lei”), o artigo 4.ª, n.º 1, do (: “A carreira é um conjunto hierarquizado de categorias às quais correspondem funções da mesma natureza a que os funcionários terão acesso de acordo com a antiguidade e o mérito no desempenho profissional”) e n.º 2 do mesmo diploma (: “Categoria é a posição que os funcionários ocupam no âmbito de uma carreira, fixada de acordo com o conteúdo e qualificação da função ou funções, referida à escala salarial da função pública”); os artigos 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 245/85, de 15 de Julho e os artigos 4.ª a 17.º do Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 11 de Junho.

<sup>1081</sup>. Com privilegiamento dos concursos internos e, de entre estes, aos limitados (artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho).

<sup>1082</sup>. Lei n.º 23/98, de 26 de Maio.

<sup>1083</sup>. O emprego é, por vezes, designado como emprego para a vida - François Gazier, *La Fonction Publique dans le Monde*, 1972, p. 28.

Ver, também, artigo 32.º do “PL 316/2007”, de 12 de Junho, artigos 28.º a 30.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, e a declaração de voto de Maria Fernanda Palma ao Acórdão n.º 4/2003/T. Const. – Processo n.º 437/2002, DR., II Série, n.º 37, de 13 de Fevereiro de 2003, p. 2446.

deste<sup>1084</sup>.

<sup>1084</sup>. Ao sistema de carreira são tradicionalmente atribuídas as seguintes vantagens: a) O facto de disponibilizar, à Administração, pessoal permanente, experimentado nas tarefas administrativas (uma "bolsa de efectivos estável"; "fideliza o funcionário ao serviço público"; "propicia a criação de 'know how' específico"; "permite a consolidação de conhecimentos e da experiência profissionais" – "Civil Service Law & Employment Regimes", in [www.l.worldbank.org/publicsector/civilservice/civilservicelaw.hmt](http://www.l.worldbank.org/publicsector/civilservice/civilservicelaw.hmt)). Pode, no entanto, observar-se que a profissionalização é também assegurada pelo pessoal em regime de emprego. O regime jurídico de cessação do contrato, seja ele administrativo de provimento ou de direito privado, contém garantias de estabilidade do vínculo laboral, como postulado pelo direito fundamental à segurança no emprego. Aliás, em relação aos trabalhadores da Administração Pública, é referida a necessidade de uma "adicional segurança no emprego, de forma a "prevenir que pressões políticas de curto prazo conduzam à mudança inapropriada de pessoal" ("Civil Service Law & Employment Regimes", cit.). b) Fomenta a criação de um "espírito de corpo", uma cultura organizacional própria, ao que pode, não obstante, contrapor-se a importância que é dada à "cultura da empresa" nas organizações empresariais, com regimes privados de trabalho e o referenciado por vezes pouco «apego» dos funcionários aos serviços a que pertencem; Jean-Michel de Forges nota que é "mais fácil aceitar as limitações do serviço de interesse geral durante uma parte limitada da vida profissional, o que permitem os sistemas onde a mobilidade é maior entre o sector público e o sector privado" e que as "obrigações demasiado rigorosas sobre toda uma carreira desenvolvem no funcionário o sentimento de que eles não são cidadãos «de corpo inteiro»" - *Droit de la fonction publique*, P.U.F., 1986, p. 50). c) "Propicia o desenvolvimento profissional" e "permite a projecção do percurso profissional e perspectivar melhorias remuneratórias" ("Civil Service Law & Employment Regimes", cit.). Só relativamente à progressão é procedente, pelo grau de aleatoriedade (v.g., disponibilidades orçamentais variáveis, valorização da frequência de cursos de formação, cuja possibilidade de acesso não se encontra objectivada. d) "Confere expectativas e direitos estatutariamente protegidos" ("Civil Service Law & Employment Regimes", cit.), perspectivados, hoje, não obstante, pelo princípio da tutela da confiança e não tanto pelo princípio dos direitos adquiridos. e) Permite a gestão previsional de pessoal, embora igualmente o permita o sistema de emprego e a mesma não tenha necessariamente lugar no sistema de carreira.

Às disfunções que ao sistema de carreira são associados, pode contrapor-se: a) Não tem que gerar comportamentos de acomodação. b) Os procedimentos de recrutamento e selecção não têm que ser complexos. c) A amplitude dos conteúdos funcionais permite uma actualização e redefinição das tarefas, não sendo inevitável a existência de um complexo funcional rígido nem compartimentação funcional excessiva. d) Não é excluído o recrutamento para categorias de acesso, embora tenha carácter excepcional (; assim, por exemplo, cfr. artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho). e) É permitida a colaboração pontual de especialistas ou consultores externos (v.g., através de contrato de tarefa). f) A fixação de objectivos, designadamente, em sede de avaliação do desempenho, propicia a contratualização de resultados. g) No regime de carreira, podem ser introduzidas regras de produtividade e componentes variáveis na remuneração. Já o artigo 24.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 6 de Dezembro, dispõe: "Devem os serviços públicos desenvolver programas de incentivo à produtividade de âmbito individual ou colectivo, criando para o efeito instrumentos que permitam uma avaliação correcta"; o n.º 2 do mesmo artigo: "Os incentivos à produtividade de âmbito individual materializam-se nos mecanismos de progressão ou promoção na carreira previstos no presente diploma e em outras medidas de reconhecimento individual de natureza não pecuniária, designadamente frequência de estágios ou concessão de bolsas de estudo"; e o n.º 3: "Os incentivos à produtividade de âmbito colectivo podem traduzir-se em melhorias dos equipamentos sociais e iniciativas de natureza cultural". h) Não é inevitável existir insuficiente resposta do sistema de formação face à necessidade de desenvolvimento de novas "competências" e de aperfeiçoamento profissional. Assim, por exemplo, o artigo 35.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, estabelece: "O direito à formação profissional na Administração desenvolve-se num quadro integrado de gestão e de racionalização dos meios formativos existentes, visando modernizar e promover a eficácia e eficiência dos serviços e desenvolver e qualificar os recursos" e o n.º 4 do mesmo artigo liga a formação ao ingresso e acesso na carreira. Cfr., igualmente, o Decreto-Lei n.º 50/98, de 11 de Março. Ver Alain Plantley, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, éditions du CNRS, 1977, pp. 22 e 23.

No sistema de emprego<sup>1085</sup>, enquadram-se as relações de trabalho tituladas por contrato de trabalho (quer seja de natureza jurídico-privada ou administrativa)<sup>1086</sup>. O recrutamento do trabalhador faz-se para um determinado posto de trabalho<sup>1087</sup>, considerando as tarefas que implica e as qualificações que exige. Tal pressupõe a inventariação precisa dos postos de trabalho (“*job description*” e “*person specification*”)<sup>1088</sup>. A conformação jurídica das relações de trabalho aproxima-se da do sector privado. O trabalhador é contratado e a respectiva relação jurídica é recortada pelo contrato celebrado, sem prejuízo da legislação imperativa e dos instrumentos de contratação colectiva aplicáveis. A evolução profissional, não é objecto de garantia específica, passando pela modificação das cláusulas contratuais ou pela celebração de um novo contrato<sup>1089</sup>, o que é, no entanto, atenuado pela definição, em instrumentos de contratação colectiva e pela lei, de formas de regulamentadas para a

---

<sup>1085</sup>. Como potenciais vantagens do sistema de emprego, são geralmente apontadas as seguintes: a) o sistema de emprego é simples - o importante é ter uma boa descrição e qualificação dos postos de trabalho -, flexível - pelas possibilidades alargadas de despedimento e de recrutamento - e rentável - utiliza-se os trabalhadores que são precisos, trabalhadores que são especializados numa determinada profissão, em razão da qual são recrutados. Há um ajustamento entre qualificação do trabalhador e a qualificação do posto de trabalho; b) permite uma mobilidade interna e intersectorial mais elevada (designadamente, devido à similitude de regime permite uma mobilidade intersectorial mais elevada e porque valoriza a pluralidade de funções, em muitos casos idênticas ao do sector privado), c) promove a produtividade e a responsabilidade individual. Ver Alain Plantley, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, éditions du CNRS, 1977, p. 85.

<sup>1086</sup>. Cfr. artigo 3.º, n.ºs 1 a 3, do Decreto-Lei n.º 248/85, de 15 de Julho.

Entre nós, o regime que o concretiza compreende também o contrato administrativo de provimento, dado que titula o exercício temporário de funções públicas. O contrato administrativo de provimento deixa de constituir um tipo de vínculo das relações de trabalho na Administração Pública (artigos 9.º e 91.º do “PL 316/2007”, de 12 de Junho de 2007). De notar, sem prejuízo, que o “contrato de trabalho em funções públicas”, que é o vínculo comum das relações de trabalho, no quadro do diploma que “define e regula os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas”, é qualificado como administrativo.

<sup>1087</sup>. “[A] ideia chave do sistema é a do posto de trabalho que pode ser definido como a unidade estrutural básica integrada pelo conjunto de tarefas e responsabilidades cometidas pela autoridade competente a uma pessoa, que é o que fundamentalmente se retribui” - Federico A. Castillo Blanco, ¿ Es precisa una reforma del sistema retributivo de los funcionarios públicos?: una reflexión mirando a la historia”, *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, Octubre/Diciembre, 112, 2001, p. 495, nota 2.

<sup>1088</sup>. Jesús Ángel Fuentetaja Pastor, “Los principios ordenadores de la función pública comunitaria”, in *Jornadas sobre Derecho Administrativo Comunitario*, sob a direcção de Enrique Gómez-Reino y Carnota Escola Galega de Administración Pública, Xunta de Galicia, pp. 142 e 143.

<sup>1089</sup>. Edoardo Ghera, *Il Pubblico Impiego*, cit., p. 27. No sistema de emprego, também pode existir uma classificação e graduação dos empregos, mas serve mais definir níveis de responsabilidade e salariais, enquanto no sistema de carreira constitui adicionalmente “uma espécie de escala” a cuja ascensão se dirige a evolução profissional do funcionário. Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, P.U.F., 1986, p. 49.

respectiva evolução. A remuneração não é necessariamente uniformizada, sendo susceptível de variar em função da singularidade dos desempenhos e dos profissionais. A contratação com limites de duração é nomeada como propiciadora da estipulação de remunerações variáveis e de promoção de níveis de desempenho<sup>1090</sup>. A ausência de carreira abre a possibilidade de recrutamento para qualquer nível de funções<sup>1091</sup>. O que releva é que o trabalhador possua as qualificações necessárias ao seu desempenho. O trabalhador é recrutado para ocupar um emprego, para os “vários níveis de responsabilidade”, e não para uma carreira, a partir da categoria de base. Tal propicia uma maior alternância com o sector privado e entre os diversos sectores da Administração Pública<sup>1092</sup>. Torna mais permeável a segurança no emprego às mutações no ou que afectem o posto de trabalho. A relação de trabalho *não tem a* indeterminabilidade segura que propicia a carreira, sendo mais alargadas as possibilidades de despedimento justificado, designadamente, por motivos organizacionais (v. g., extinção de postos de trabalho) e porque o desempenho do trabalhador é insuficiente<sup>1093</sup>.

Vários elementos mitigam a aplicação do sistema de carreira. A utilização das formas e disciplina jus-laborais privadas ocorre segundo uma necessária acomodação jus-publicista, decorrente da Constituição e do direito ordinário<sup>1094</sup>. Os ajustamentos remuneratórios fazem-se nos limites das normas legais que chamam a si a disciplina da matéria, do estipulado em instrumentos de regulamentação colectiva e do princípio da igualdade<sup>1095</sup>.

---

<sup>1090</sup>. “Recruitment & Promotion”, [www1.worldbank.org/publicsector/civilservice/civil-service-law.htm](http://www1.worldbank.org/publicsector/civilservice/civil-service-law.htm).

<sup>1091</sup>. Seleccionar o candidato mais adequado para cada posto de trabalho a preencher, seja por recrutamento externo, seja por via de promoção interna ou mobilidade; “position-based systems allow more open access, with lateral entry relatively common” (“Recruitment & Promotion”, [www1.worldbank.org/publicsector/-civilservice/civilservice-law.htm](http://www1.worldbank.org/publicsector/-civilservice/civilservice-law.htm)).

<sup>1092</sup>. Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, cit., p. 40.

<sup>1093</sup>. Federico A. Castillo Blanco, ¿Es precisa una reforma del sistema retributivo de los funcionarios públicos?: una reflexión mirando a la historia”, cit., p. 495, nota 2.

<sup>1094</sup>. Cfr. Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, *maxime*, artigo 2.º, n.º 2, parte final.

<sup>1095</sup>. O artigo 3.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 248/85, de 15 de Julho, dispõe que os “postos de trabalho a preencher em regime de emprego sejam remunerados com vencimento idêntico ou de categoria equiparável inserida em carreira”. É expressivo o seguinte extracto do Acórdão do STA, de 21 de Outubro de 1997, Processo n.º 38 895 (1.ª Secção): “O processamento dos vencimentos do pessoal da função pública é sempre um acto de direito público (acto administrativo), independentemente do facto de esse pessoal ter sido investido nas respectivas funções por acto ou contrato daquela natureza ou antes de direito privado (...) Em matéria de remunerações, a Administração move-se num quadro legal estritamente vinculado”. Ilustrativo é também o artigo 13.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho: “1 – Sem prejuízo do regime resultante de



Em geral, “sejam quais forem os regimes jurídicos, a estabilidade de emprego é mais forte do que no sector privado”, com a associação dos correspondentes empregos a um quadro jurídico de pessoal<sup>1096</sup>. Do ponto de vista da exigência de neutralidade política, o sistema de carreira é apresentado como o mais idóneo a assegurá-lo, dada a estabilidade do vínculo jus-laboral.

### **3. A tipologia dos vínculos jurídico-laborais**

As relações de trabalho na Administração Pública são tituladas quer por vínculos jurídico-administrativos, disciplinados fundamentalmente por normas de Direito administrativo, quer por vínculos jurídico-privados, regulados, parcialmente, pelo Direito do trabalho. No Direito da função pública portuguesa, predominam tradicionalmente os vínculos do primeiro tipo, sem prejuízo da aplicação de algumas normas do Direito do trabalho. Os segundos foram adquirindo paulatina importância desde finais dos anos noventa e previstos em 2004 como forma comum de vinculação laboral na Administração, administrativizando, significativamente, em 2007 o respectivo regime.

Na compreensão de uns e outros, importa conhecer o seu figurino evolutivo mais recente e os problemas que suscitam. Da sua análise emerge a delimitação, quer pela positiva, quer pela negativa da relação jurídica de emprego público, sendo pela perspectiva negativa enunciadas as formas prestativas não laborais que não são de subsumir ao conceito de relação jurídica de emprego público.

#### **3.1. Notas da evolução recente do quadro legislativo do emprego público**

O quadro legislativo do emprego público foi redefinido em finais dos anos oitenta. A Assembleia da República, no âmbito da reserva relativa de competência legislativa quanto às bases de regime e âmbito da função pública<sup>1097</sup>, autorizou o Governo, nos termos da

---

instrumentos de regulamentação colectiva, os níveis retributivos dos trabalhadores das pessoas colectivas públicas não devem ultrapassar os níveis remuneratórios do pessoal com vínculo de funcionário ou agente, quando existam as respectivas carreiras no âmbito da Administração Pública. // 2 – A violação do disposto no número anterior implica responsabilidade disciplinar e financeira dos titulares dos órgãos da pessoa colectiva pública que fixaram os níveis remuneratórios dos trabalhadores.” Cfr. ainda o artigo 4.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.

<sup>1096</sup>. Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, P.U.F., 1986, p. 40.

<sup>1097</sup>. Cfr. artigo 168.º, n.º 1, alínea u), da Constituição, versão resultante da revisão constitucional de

alínea c) do n.º 1 do citado artigo 15.º da Lei n.º 114/88, de 30 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 1989, a definir os “princípios gerais da relação de emprego público”<sup>1098</sup>, sendo as seguintes directrizes: i) simplificação e tipificação dos “os diversos títulos de vínculo, identificando” “as situações que devam ser objecto de nomeação” e “as passíveis de vinculação precária”; ii) reforço do “princípio da exclusividade de funções”; iii) “estabelecendo as formas de exercício transitório das mesmas”; iii) definir “o regime das incompatibilidades e acumulações”; iv) “as condições de prestação de serviço de funcionários e agentes em empresas da Administração Pública”; e v) regulamentar “o acto de posse e as suas formalidades com o objectivo da sua simplificação”.

A autorização legislativa<sup>1099</sup> foi concretizada pelo Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, no Capítulo II, com a epígrafe “Princípios gerais do emprego”. Estabeleceu os tipos de vínculos jurídicos das relações de trabalho na Administração Pública e as condições e os termos em que podem ser utilizados. Tais “princípios gerais” foram<sup>1100</sup> desenvolvidos pelo Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, diploma que “define o regime da constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na Administração Pública”<sup>1101</sup>. Este regime é, fundamentalmente, o das relações de trabalho tituladas pela nomeação, de natureza jurídico-administrativo. Tais diplomas e os que regulam os diferentes aspectos da constituição, modificação e constituição da relação jurídica de emprego, incluindo o

---

1982, e o actual artigo 165.º, n.º 1, alínea t), da CRP.

<sup>1098</sup>. Foi igualmente o Governo autorizado a legislar “no sentido de: [d]efinir os princípios fundamentais de um novo sistema retributivo da função pública,...” (alínea a) do n.º 1 do artigo 15.º), “[r]ever os princípios de gestão de recursos humanos, tendo em vista a sua flexibilização pela valorização do mérito e do empenhamento no serviço público, pela flexibilização dos quadros de pessoal e das regras de recrutamento, promoção e progressão e pelo enriquecimento funcional dos cargos” (alínea b) do n.º 1 do artigo 15.º), “[d]efinir o estatuto do pessoal dirigente da Administração Pública,...” (alínea d) do n.º 1 do artigo 15.º) e “[r]ever o Estatuto da Aposentação,...” (alínea e) do n.º 1 do artigo 15.º).

<sup>1099</sup>. Cfr. quanto à alínea c) do n.º 1 do artigo 15.º da Lei n.º 114/88, de 30 de Dezembro.

<sup>1100</sup>. Cfr. por força do artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho.

<sup>1101</sup>. Cfr. artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e preâmbulo e artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro. O “regime jurídico do contrato individual de trabalho nas pessoas colectivas públicas”, aprovado pela Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, tem de ser situado neste conjunto normativo e respectivos princípios. Daí a alteração, respectivamente, dos artigos 7.º e 14.º do primeiro (cf. artigos 28.º e 29.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho) e a revogação dos artigos 18.º a 21.º do segundo (artigo 30.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho). A Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, não adapta apenas o Código do Trabalho, de acordo com a previsão do artigo 6.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto. Incide também, como observam Maria do Rosário Palma Ramalho e Pedro Madeira de Brito, nas bases do regime e âmbito da função pública para efeitos da alínea t) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP. Cfr. Contrato de Trabalho na Administração Pública,

respectivo regime retributivo, princípios de gestão e regime de carreiras, corporizam um modelo jurídico de emprego público cujo afastamento e redefinição no sentido da aproximação ao das relações de trabalho no sector privado, mas com importantes e várias modelações jus-publicistas, vem sendo projectada.

### 3.2. A tipicidade dos vínculos jurídicos

Do quadro legislativo referenciado emerge um princípio de tipicidade dos vínculos jurídicos do emprego público<sup>1102</sup>, em correspondência com directriz parlamentar contida na citada autorização legislativa<sup>1103</sup>. Concretamente:

- a) todas as relações de trabalho na Administração Pública reconduzem-se necessariamente a um dos tipos de vínculos legalmente previstos (nomeação, contrato administrativo de provimento<sup>1104</sup>, contrato de trabalho por tempo indeterminado e contrato de trabalho a termo);
- b) e cada um deles só pode ser utilizado nas situações e nos termos previstos na lei<sup>1105</sup>.

A nomeação foi concebida como correspondendo à “forma estável de prestar serviço à Administração”, em contraponto ao então carácter transitório do contrato de pessoal<sup>1106</sup>.

O alargamento da possibilidade de utilização do contrato de trabalho por tempo indeterminado introduziu um espaço de alternatividade<sup>1107</sup>. Não sendo vedado à

---

Anotação à Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, 2004, pp. 8 e 118.

<sup>1102</sup>. Acórdão n.º 129/99/T.Const. – Processo n.º 845/93, DR., II Série, n.º 155, de 6 de Julho de 1999, pp. 9673 a 9675, e Acórdão n.º 683/99/T. Const. – Processo n.º 42/98, DR., II Série, n.º 28, de 3 de Fevereiro de 2000, pp. 2351 a 2363, *maxime*, p. 2356.

<sup>1103</sup>. Cfr. artigo 15.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 114/88, de 30 de Dezembro.

<sup>1104</sup>. Deixa de ter previsão no projecto de um novo regime legal de vínculos laborais - “PL 316/2007”, de 12.06.2007.

<sup>1105</sup>. Hoje, sabe-se em que “casos e as condições em que as pessoas colectivas públicas podem celebrar com o pessoal ao seu serviço contratos de trabalhos”, indefinição que Mário Bigotte Chorão regista existir em 1972 – “Contrato de trabalho com pessoas colectivas de direito público na lei portuguesa”, in *O Direito*, Ano 104, 1972, Out./Dez., p. 291.

Ver artigos 9.º, 10.º e 20.º do “PL 316/2007”, de 12 de Junho.

<sup>1106</sup>. Cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, e alínea c) do n.º 1 do artigo 15.º da Lei n.º 114/88, de 30 de Dezembro. A ideia do funcionário público como “um elemento dotado de determinada estabilidade, que garante a continuidade do funcionamento dos serviços públicos, mesmo perante a mudança dos governantes” é tradicionalmente destacada. Ver, entre outros, Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, 1940, p. 19.

<sup>1107</sup>. Desta alternatividade pode esperar-se, como aconteceu em Espanha, para além da coexistência de funcionários com regimes de trabalho diferentes a desempenharem as mesmas funções, grandes variações na

Administração, relativamente às actividades que “podem ser objecto de contrato de trabalho”<sup>1108</sup>, a utilização do vínculo da nomeação, a opção por um ou outro é deixada à escolha do órgão competente para estabelecer a relação jurídica de emprego.

O critério legal excludente (“exercício directo de poderes de autoridade que definam situações jurídicas subjectivas de terceiro” e “exercício de poderes de soberania”<sup>1109</sup>), para além do seu fundamento constitucional<sup>1110</sup>, constitui uma linha de tendência na delimitação, cada vez mais apurada, à luz duma concepção funcional, dos empregos nas Administrações Públicas nacionais subtraídos ao princípio comunitário da livre circulação dos trabalhadores (artigo 39.º do TCE<sup>1111</sup>)<sup>1112</sup> e na separação de regimes jurídicos de

---

predominância de “pessoal funcional” e de “pessoal laboral”. Observa Silvia Del Saz (“La privatización de las relaciones laborales en las Administraciones Públicas”, in Os Caminhos da Privatização, cit.) que, “diferentemente do que acontece com o sistema alemão, ... permite-se a contratação laboral ainda que não seja imposta do que resulta que frequentemente dentro de uma mesma administração, dentro inclusive de um mesmo organismo, funções materialmente idênticas sejam desempenhadas indistintamente pelos contratados laborais e por funcionários com disfunções e agravos comparativos entre os dois colectivos” (p. 157). Acrescenta que “ainda que a redacção legal que garante que pelo menos as funções que envolvem o exercício de autoridade, as funções públicas *stricto sensu* sejam desempenhadas por funcionários públicos, esta previsão foi posteriormente excepcionada pela Lei n.º 13/1997, da Organização e funcionamento da Administração geral do Estado que admite a criação de entes públicos descentralizados, as entidades públicas empresariais, para a prestação de serviços e realização de actividades mercantis que apesar de exercerem funções públicas sujeitas ao direito administrativo, tem um pessoal sujeito ao direito laboral sendo os funcionários, se os há, a excepção à regra. Por outro lado, são cada vez mais frequentes as leis singulares de criação de entes instrumentais, sejam entes públicos, fundações ou sociedades comerciais, cujo pessoal se sujeito por completo ao Estatuto dos Trabalhadores. Por outro lado, são cada vez mais frequentes as leis avulsas que criam entes instrumentais, sejam entes públicos, fundações ou sociedades comerciais, cujo pessoal se sujeita por completo ao Estatuto dos Trabalhadores.” Na Administração Local, o pessoal laboral supera o pessoal funcional e nas Comunidades Autónomas, não há um modelo uniforme, variando a predominância de um ou outro pessoal. Cfr. “La privatización de las relaciones laborales en las Administraciones Públicas” (pp. 147, 148 e 158).

<sup>1108</sup>. A saber, as actividades de “apoio administrativo” e de “auxiliar e serviços gerais” (artigo 25.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho) e, em geral, aquelas (a serem especificadas por decreto-lei (artigo 1.º, n.º 4, e artigo 25.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho) que não “impliquem o exercício directo de poderes de autoridade que definam situações jurídicas subjectivas de terceiros ou o exercício de poderes de soberania”.

<sup>1109</sup>. Cfr. artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.

<sup>1110</sup>. Cfr. Ana Fernanda Neves, “A Privatização das relações de trabalho na Administração Pública”, cit., pp. 187 a 190.

<sup>1111</sup>. Na numeração resultante do Tratado de Amesterdão. No Tratado que institui uma Constituição para a Europa (assinado em 29 de Outubro de 2004) constitui o artigo III-133.º.

<sup>1112</sup>. Emmanuel Aubin, *Droit de la Fonction Publique*, Paris, 2001, Gualino éditeur, pp. 199, 201 e 202, Jean-Michel Lemoyne de Forges, “Exigences communautaires et exigences managériales se rejoignent-elles?”, *L’Actualité Juridique, Droit Administratif (AJDA)* n.º 36/2003, pp. 1917 a 1923, “Accès des Européens à la fonction publique: la fin de l’affaire Burbaud?”, *Conseil d’Etat*, 16 mars 2005, *Ministre de la Santé, Ministre de la Fonction publique et de la Réforme de l’Etat c/m<sup>e</sup> Burbaud* – n.º 268781”, *AJDA*, n.º

trabalho no Direito da função pública de alguns países<sup>1113</sup>.

As actividades exercidas pelos trabalhadores da Administração Pública são, em geral, essencialmente actividades técnicas e/ou materiais. Não “envolvem o exercício de poderes típicos de soberania” nem a sua essência é o “exercício de prerrogativas de autoridade”<sup>1114</sup><sup>1115</sup>. Mesmo quando implicam o exercício de tais prerrogativas, têm, amiúde, um carácter instrumental ou mediato face à sua natureza predominantemente técnica<sup>1116</sup> <sup>1117</sup>. A esfera

---

26/2005, pp. 1465 a 1474, e Parecer n.º 22/90, do Conselho Consultivo da PGR, in Anuário da Administração Pública, 1992, Legislação, Jurisprudência e Doutrina, Ano X, Ministério das Finanças, Direcção-Geral da Administração Pública, pp. 350 a 360. Cfr. a Comunicação C-72/2, de 13 de Março de 1988 e Com (2002) 694, “Livre circulação de trabalho – realização integral de benefícios e potencial”, pp. 19 e segs., e Regulamento (CEE) n.º 1612/68 do Conselho, de 15 de Outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade e artigos III-18.º e III-19.º do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, aprovado por consenso pela Convenção Europeia em 13 de Junho e 10 de Julho de 2003, entregue ao Presidente do Conselho Europeu em Roma, 18 de Julho de 2003 (2003/C 169/01), in [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

<sup>1113</sup>. Joan Prats i Català, “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público”, cit., 1995, p.42, nota 44, e Silvia del Saz, “La privatización de las relaciones laborales en las Administraciones Públicas”, Os Caminhos da Privatização da Administração Pública, cit., p. 152. Em França, a separação entre “agentes d’exécution” e “agentes de autoridade” não teve acolhimento, sob o efeito da escola do serviço público, de Léon Deguit, de acordo com o qual “o que faz o funcionário não é a natureza dos seus actos, é a participação permanente e ordinária no funcionamento do serviço público”. Não obstante, constitui tendência de reforma dos estatutos da função pública - caracterizados como rígidos, pelo carácter unitário do regime e excessivamente centrado na “igualdade a todo o custo” – a aproximação ao sistema de emprego ou o “sistema contratual de negociação colectiva”, à excepção dos “sectores regalianos (polícia, justiça, defesa, negócios estrangeiros, fiscalidade, política geral do Estado, ...)” – Marcel Pochard, “Quel avenir pour la fonction publique?”, AJDA, n.º 1/2000, pp. 5, 6 e 15. Cfr. também o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho.

<sup>1114</sup>. Sobre a “proibição de privatização dos vínculos laborais” que impliquem um exercício funcional com as características referidas, ver Paulo Otero, “Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública”, Os Caminhos da Privatização da Administração Pública, cit., pp. 56. Sem prejuízo, a “Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local” reserva para o “pessoal sujeito ao estatuto funcional” as funções “que impliquem exercício de autoridade, as de fé pública e assessoria legal preceptiva, as de controlo e fiscalização interna da gestão económico-financeira e orçamental, as de contabilidade e tesouraria e, em geral, aquelas que, em desenvolvimento da presente Lei, sejam reservadas aos funcionários para maior garantia de objectividade, imparcialidade e independência no exercício da função”. Cfr. artigo 92.º, n.º 2, da referida Lei, in [www.igsap.map.es/](http://www.igsap.map.es/) e Martin Godino Reyes, El Contrato de Trabajo en la Administración Pública, cit., pp. 92 a 106.

<sup>1115</sup>. Abrange, por exemplo, o exercício de funções de “defesa externa do Estado em quadros permanentes”, de “investigação criminal”, de “segurança pública”. Cfr. Artigo 10.º do “PL 316/2007”, de 2007.06.12.

<sup>1116</sup>. Cfr. Acórdão do TJCE, de 30 de Setembro de 2003, Processo n.º 405/01: “O artigo 39.º, § 4, TCE, deve ser interpretado no sentido de que não autoriza um Estado-membro a reservar para os seus nacionais os empregos de capitão e de segundo capitão dos navios de pesca na direcção do respectivo pavilhão, a não ser que as prerrogativas de autoridade pública que lhe sejam atribuídas sejam efectivamente exercidas de forma habitual e não representem apenas uma parte reduzida das suas actividades” (in [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)).

<sup>1117</sup>. A Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, para além do exercício de poderes de soberania, só afasta o recurso ao contrato individual de trabalho quando neles avulte o exercício directo de tais poderes e o mesmo

de exclusão, nesta parte, é, assim, menos extensa do que se poderia pensar. Atente-se, por exemplo, que, no Acórdão de 9 de Setembro de 2003, o TJCE considerou o emprego de director hospitalar de um estabelecimento público de saúde como não incluído entre os “empregos que comportam o exercício de prerrogativas de poder público”<sup>1118</sup>. Como observa Tery Olsan (Commissaire du Gouvernement do Conselho de Estado francês), é “evidente que o essencial das funções do director hospitalar é assegurar a gestão administrativa e orçamental dos serviços hospitalares e que não é senão de maneira muito episódica (tempos de crise ...) que eles exercem funções relativas à salvaguarda dos interesses gerais do Estado”<sup>1119</sup>. Apenas o exercício, a título principal e com regularidade de poderes de autoridade, no sentido de vinculativos, intrusivos e definitórios, ao arrepio da vontade dos destinatários ou sujeitos a tal exercício, deve permanecer na esfera da função pública sentido estrito.

A esta luz, a generalidade dos cargos dirigentes intermédios e muitos dos cargos dirigentes superiores (o de administrador hospitalar, por exemplo) têm uma natureza técnica, implicando o exercício de comuns (ou «comezinhos») poderes de autoridade de forma indirecta ou instrumental<sup>1120</sup>.

A uma mesma luz, são passíveis de serem asseguradas por contrato de trabalho as funções de auditoria, fiscalização e as de controlo material<sup>1121</sup>. Não são funções de soberania<sup>1122</sup>;

---

implique a definição da esfera jurídica subjectiva de terceiros.

<sup>1118</sup>. Na formulação da jurisprudência comunitária, “participação directa ou indirecta no exercício da autoridade pública nem nas funções que tenham por objecto a salvaguarda de interesses gerais do Estado”.

<sup>1119</sup>. “Accès des Européens à la fonction publique: la fin de l’affaire Burbaud?”, Conseil d’Etat, 16 mars 2005, Ministre de la Santé, Ministre de la Fonction publique et de la Réforme de l’Etat c/me Burbaud – n.º 268781, AJDA, n.º 26/2005, p. 1469.

<sup>1120</sup>. Tenha-se presente o caso italiano, em que, depois de num primeiro momento ter sido excluída da privatização o pessoal dirigente, foi também, em 1996, “contratualizado”. Ver Pietro Virga, *Il Pubblico Impiego Dopo la Privatizzazione*, Quarta Edizione Completamente Rifatta, Giuffrè Editore, 2002, pp. 12 e 33 e 34, e d. lgs. 29/1993, de 3 febbraio (v. g., artigo 19.º), d.lgs. 82/1998, de 8 aprile, e d. lgs. 145/2002, de 15 luglio. Cfr. também artigo 6.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.

<sup>1121</sup>. Como, por exemplo, a segurança de edifícios e o controlo de entradas e saídas.

<sup>1122</sup>. Quanto ao exercício de funções de soberania, o âmbito da exclusão não oferecerá dúvidas – entre elas se incluindo, as de magistrado judicial, as dos militares e agentes militarizados e as de diplomata –, no que respeita ao exercício de poderes de autoridade, não basta um seu qualquer exercício, exigindo-se que seja directo e que importe a definição da situação jurídico-subjectiva de terceiros. A delimitação negativa assenta, portanto, em três notas características. Entre as primeiras, incluem-se empregos (não todos) ao nível da Guarda Nacional Republicana, Polícia de Segurança Pública, Polícia Judiciária, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, da “autoridade marítima e aeronáutica e do Serviço de Informações de Segurança” (artigo 14.º da

têm uma dimensão predominantemente técnica e ou material ou de simples verificação e controlo do cumprimento das regras jurídicas; embora importem o dever de colaboração dos indivíduos e a observância às determinações daqueles que as exercem, não importam de *per si* modificações na situação jurídica dos sujeitos abrangidos pela sua acção<sup>1123</sup>. Quanto à função inspectiva, o mesmo não se pode, sem cautelas, genericamente afirmar. É uma “técnica específica de controlo, dirigida a velar pelo respeito das leis, verdadeiro objecto da inspecção”, ficando os por ela abrangidos obrigados a “suportar a ingerência administrativa na sua esfera de actuação”<sup>1124</sup>. A par das operações técnicas e materiais, dos poderes exercidos com carácter regular e consequente accionamento de deveres e sujeições, os actos de trâmite praticados (com destaque para os autos de notícia e a prova de *prima facie* que lhes é reconhecida, os exames, as intimações para comparência e a apreensão de documentos), “projectam efeitos sobre terceiros independentemente da sua vontade”<sup>1125</sup>, podendo assumir por si “relevância externa” ou, habitualmente, como “actos preparatórios de decisões administrativas posteriores de conteúdo resolutório”<sup>1126</sup>. Massimo Severo Giannini refere-se às inspecções como “procedimentos declarativos”, com uma “função instrutória”, mas que, dependendo da respectiva finalidade, podem ter também e

---

Lei n.º 20/97, de 12 de Junho, que aprova a lei de segurança interna) e alguns dos empregos directivos e os de inspecção da Administração Tributária.

<sup>1123</sup>. Note-se, por exemplo, que as carreiras de guarda nocturno e as de fiscal de obras públicas integram-se no grupo de pessoal auxiliar – cfr. anexo ao Decreto-Lei n.º 404-A/98, de 18 de Dezembro.

<sup>1124</sup>. Deve, portanto, ser distinguida da fiscalização, “vigilância, observação, investigação”, enquanto “actividade administrativa material ou técnica de recolha de informação” (Ricardo Rivero Ortega, *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, 1999, pp. 75 e 67). A função inspectiva não se confunde com as actividades de “vigilância, observação, investigação” e de auditoria, porque são fundamentalmente actividades administrativas materiais ou técnicas de recolha de informação, sem a virtualidade de impor modificações na esfera jurídica de terceiros – *idem*, pp. 67 a 78, e 190. A Ley 30/1984, de Medidas de Reforma da Função Pública, no artigo 15.º prevê o exercício pelo pessoal laboral dos postos de trabalho de “vigilância, custódia, porteiro e outros análogos” (alínea c)). Ricardo Rivero concretiza, no que se refere à vigilância, que se trata não tanto de funções inspectivas, mas antes da “guarda dos edifícios públicos, tarefa que pela sua parte vem sendo desempenhada com total normalidade por parte de empresas privadas de segurança, cujo carácter puramente material, sem prejuízo de poder ter alguma incidência sobre direitos dos cidadãos” – *idem*, p. 190.

<sup>1125</sup>. Especificamente, expressão constante de p. 76 da obra citada de Ricardo Rivero Ortega. Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Volume secondo, Milano, 1970, pp. 967 a 969, *maxime*, p. 968: “a inspecção é sempre o exercício de uma *potestà* que a norma atribui a alguns serviços ... em face da qual existe uma figura subjectiva que está em situação de sujeição. Ainda que não seja um acto administrativo, contém sem dúvida uma dimensão autoritária.”

<sup>1126</sup>. Ricardo Rivero Ortega, *El Estado vigilante*, cit., pp. 204 a 206 e p. 155.

comummente uma “função de controlo”. Observa que “as ordens do inspector” são a “medida mais importante e usual que adopta”, a qual, precedendo, “em intensidade”, as medidas sancionatórias, não têm uma dimensão ablatória destas<sup>1127</sup>. Agustín García Ureta destaca, por sua vez, que a inspecção não tem por “objecto a repressão”, nem “uma finalidade punitiva”; “persegue-se, na essência, a adequação do cidadão ao ordenamento, sem reduzir-se, no entanto, a uma mera aquisição de dados”<sup>1128</sup>.

“[N]as suas origens, o funcionário... caracterizou-se por trabalhar não com matéria nem com máquinas e instrumentos que sobre a matéria operam, mas com e sobre representações simbólicas ou signos da matéria, basicamente com e sobre a linguagem oral ou escrita” (Alonso Olea)<sup>1129</sup>. Os funcionários públicos surgiram como funcionários do rei, para assegurar o exercício de funções fundamentalmente *regalianas*, uma “esfera de poderes inerentes ao cargo” de provimento, “concorrendo para formar e manifestar a vontade do ente público”<sup>1130</sup>. A «relação funcional» do emprego na Administração alargou-se com a extensão da intervenção administrativa em todas as esferas da sociedade. O seu *quid* identificativo inicial, de marcada função histórica<sup>1131</sup> - aquele que é próprio do agir de uma administração *ius imperium*<sup>1132</sup> - perdeu-se; o funcionário<sup>1133</sup> tornou-se também

<sup>1127</sup>. Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Volume secondo, Milano, 1970, p. 1301.

<sup>1128</sup>. La Potestad Inspectoral de las Administraciones Públicas, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, Barcelona, S.A., 2006, p. 36.

<sup>1129</sup>. *Apud* Martin Godino Reyes, *El Contrato de Trabajo en la Administración Pública*, Editorial Civitas, S.A., 1996, p. 59. O carácter intelectual do serviço prestado, por contraponto ao trabalhador manual, para cuja protecção nasceu o Direito do Trabalho, é apontado como um elemento histórico distintivo do funcionário público. O Direito do Trabalho nasce, muito depois da função pública, “fundamentalmente ordenado à protecção do trabalhador manual”, o trabalhador industrial Martin Godino Reyes, *idem*, p. 59). Ver, também, Maria do Rosário Palma Ramalho, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, *cit.*, pp. 2 a 4.

<sup>1130</sup>. Martin Godino Reyes, *El Contrato de Trabajo en la Administración Pública*, *cit.*, pp. 60, 61 e 74.

<sup>1131</sup>. A concepção europeia da função pública, herdada do império romano, foi “adaptada e aperfeiçoada por Napoleão e, depois, espalhada por toda a Europa, para desta forma melhor poder *ocupar, dirigir e explorar* os vastos territórios conquistados (...). Nestas condições, atribuíram-se aos funcionários os meios e os poderes indispensáveis para fazer triunfar o interesse geral que, em nome do Estado, lhes cumpria salvaguardar. Daí as suas *prerrogativas especiais*; e daí, também, o *carácter autoritário* da sua conduta. (Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, *A Função Pública Portuguesa*. Estatuto Novo ou Nova Política?, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Centro de Estudos da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Lisboa, 1996, Separata da revista n.º 122, 1969, pp. 26 e 27 – itálicos no original).

<sup>1132</sup>. Os funcionários já não são, em geral, os “empregados de soberania” de que falava A. Siéyès (Franck Moderne, *Prólogo ao El Empleo Público: entre Estatuto Funcional y Contrato Laboral*, Universidad de Castilla-la-Mancha, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2001, p. 14). Já em 1969, Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira chamava a atenção para a necessidade de distinguir entre os funcionários que



trabalhador manual, operário e técnico, assumindo a multiplicidade das tarefas ou actividades prestadas sob a autoridade e direcção de uma pessoa colectiva pública, semelhantes, em grande parte, às do trabalhador do sector privado<sup>1134</sup>. Se pode consistir numa actividade intelectual ou numa actividade material ou manual, conceptiva ou executiva, importa atender igualmente que pode consistir na prática de actos jurídicos e envolver a prática de actos próprios do poder público e funções mesmo que podem convocar outra qualidade exterior à relação jurídica de emprego público. Não se deve, assim, excluir o pessoal militar, os agentes dos serviços e forças de segurança, os diplomatas e os magistrados<sup>1135</sup>.

---

“constituem as «estruturas básicas»” da Administração Pública e que, como tal, deveriam ficar submetidos a um “regime especial de trabalho” e os “demais empregados”; que deveriam ser “integrados no regime geral de trabalho dos demais empregados particulares”. A distinção que advogava assentava, no entanto, mais na natureza intelectual e técnica da actividade do que no seu carácter autoritário (A Função Pública Portuguesa. Estatuto Novo ou Nova Política?, cit., pp. 55 e 56).

<sup>1133</sup>. É elucidativa a qualificação germânica - de que dá conta, em 1916, Ludgero Neves - dos “guardas-linhas dos caminhos de ferro” como “empregados-funcionários”, por, além do trabalho de natureza executiva que realizam, um decreto lhes ter concedido “atribuições policiais”. Cfr. Direito Administrativo, Lições coligidas, cit., p. 125.

<sup>1134</sup>. funcionário deixou de ser o trabalhador que faz aquilo que não faziam ou fazem ou não se espera que façam os trabalhadores do sector privado.

<sup>1135</sup>. Cfr. Ettore Morone, “Impiego Pubblico”, cit., pp. 266 a 268 e 270, e Lopes Navarro, Funcionários Públicos, 1940, pp. 27 e 28. Em relação aos magistrados judiciais, os mesmos têm uma dupla qualidade: são fundamentalmente órgãos da administração da justiça; mas não é excluída a de funcionários públicos. O serviço que prestam à comunidade é heterodeterminado quanto ao modo (v.g. exclusividade de exercício), local (certo tribunal) e objecto (v.g., processos distribuídos). À prestação disponibilizada corresponde uma dada remuneração, suplementos remuneratórios e prestações sociais, assim como o gozo de determinados direitos próprios da relação de trabalho (v.g., direito a férias, subsídio de férias, subsídio de Natal). No entanto, o serviço prestado é soberano quanto ao conteúdo, não estando sujeitos a qualquer poder de direcção. O mesmo já não se verifica com os magistrados do ministério públicos. Sobre o assunto, escreve Luís Guilherme Catarino, “[t]al interpretação, considerando esta actividade do juiz assimilável à do funcionário do Estado, é sustentada na Alemanha (art. 34.º da Constituição de Bona), em Itália (art. 28.º da Constituição Italiana de 1948), e de igual forma por diversos autores em Espanha (que a subsumem ao art. 106.º, n.º 2, da CRP). A particular posição jurídica dos magistrados repousa num estatuto próprio, dotado de independência funcional e orgânica, o que não afasta decerto a sua posição como servidores do Estado” – A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça. O Erro Judiciário e o Anormal Funcionamento, Coimbra, 1999, p. 226. No sentido de que os juízes reúnem uma dupla qualidade concretamente, a de titulares de um órgão de soberania e de “profissionais de uma carreira em que exercem (em exclusividade, de forma permanente e com vínculo ao Estado) funções públicas de soberania (sem comparação possível com os funcionários públicos), cfr. Acórdão do Conselho Permanente do Conselho Superior da Magistratura de 9 de Novembro de 2004 (p. 154) e José Augusto Sacadura Garcia Marques, “Poder e justiça em conflito. Uma abordagem ética da tensão existente entre o exercício do poder político e o funcionamento da Justiça” (p. 39: observa o autor que, sem prejuízo da sua qualidade de titulares de órgãos de soberania, “há determinados conteúdos normativos do ‘estatuto dos magistrados judiciais’ que revelam que a relação dos juízes com o Estado apresenta mais afinidades com o regime da função pública do que com a dos demais órgãos de

Por outro lado, verifica-se a “externalização contratual de funções administrativas”, que inclui, quer “a simples execução de tarefas que não correspondem ao «*métier* administrativo», quer “tarefas de concepção” e mesmo funções que envolvem o exercício de poderes de autoridade<sup>1136</sup>.

Se parece excessivo o prognóstico de Florian Linditch, de acordo com o qual [g]raças aos mercados públicos, o funcionário entrará em breve na categoria das espécies em vias de extinção”<sup>1137</sup>, quando o funcionário público é a qualificação (quase) omnicompreensiva daqueles que trabalham na Administração Pública, tendo-se «desimediatizado» orgânica e funcionalmente<sup>1138 1139</sup>, o pensamento e a evolução é, no entanto, a recuperação do conceito inicial de funcionário e a concomitante diminuição da sua expressão quantitativa<sup>1140</sup>.

---

soberania.” (p. 40), ambos in *Sub judice*, n.º 32, Jul-Set., 2005, e Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, p. 28.

<sup>1136</sup>. Florian Linditch, “Droit administratif, l’éternel retour. L’illustration des marchés publics”, in *La Revue Administrative*, n.º 328, juillet-août, 2002, pp. 359 a 366. Sobre a informática como exemplo de externalização de funções de concepção, Florian Linditch precisa que “[i]l suffirait pour s’en convaincre de s’intéresser de plus près aux programmes de logiciels, aux systèmes d’infogérance pour remarquer à quel point l’organisation administrative, et l’information, sont aujourd’hui largement tributaires d’un savoir-faire extérieur à l’administration elle même” (p. 364).

<sup>1137</sup>. E continua: “De forma bem mais discreta do que a lei da privatização,... o contrato celebrado em aplicação do Código dos mercados públicos, permite substituir o agente público pelo trabalhador do co-contratante privado da Administração”. Cfr. “Droit administratif, l’éternel retour. L’illustration des marchés publics”, cit., pp. 359 a 366, *maxime*, p. 359.

<sup>1138</sup>. Não exercem, em geral, funções de autoridade nem se imediatizam com os seus órgãos.

<sup>1139</sup>. Andrés Morey Juan, *La Función Pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004, p. 23.

<sup>1140</sup>. Martin Godino Reyes, *El Contrato de Trabajo en la Administración Pública*, cit., pp. 59 a 63, Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, *A Função Pública Portuguesa. Estatuto Novo ou Nova Política*, cit., pp. 41, 42, 53, 55, 56, 107 e 108 (Em 1969, o autor prognosticava o regresso, nas próximas décadas, da função pública “à sua antiga natureza de elite especializada”, no sentido de “encarregada, fundamentalmente, de planificar, de investigar, de estudar, de coordenar e resolver os problemas suscitados pelas realidades”, cujo “substancial aumento” não era, assim, de prever. A centralização desta elite nas tarefas de serviço geral leva o autor a advogar uma “regulamentação” específica, a que chama de “estatuto-serviço”, apenas para alguns dos trabalhadores da Administração Pública). O Advogado-geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomber, nas conclusões apresentadas em 11 de Março de 2004, no Processo C-150/03 P, Chantal Hectors contra Parlamento Europeu ([www.curia.europa.eu.int](http://www.curia.europa.eu.int)), refere-se à distinção entre um conceito amplo e um conceito estrito de «função pública comunitária», dizendo que esta “deveria limitar-se às tarefas de direcção, de concepção, de controlo, de interpretação e de execução das políticas da União Europeia, efectuadas por funcionários submetidos a um regime estatutário, quer com carácter permanente, quer, atenta a natureza do trabalho, com carácter temporário, ao passo que os trabalhos manuais, de mero auxílio, podiam reger-se por um sistema diferente, mais próximo das instituições de direito do trabalho. Aparentemente, o projecto de novo regulamento, já referido, que altera o Estatuto e o Regime, segue em parte esta ideia, ao criar a figura do «agente contratado» para as operações manuais, de serviço ou de apoio (artigo 3.º, n.º 1, primeiro travessão)”.

Tudo isto parece ter sido presente no “PL 316/2007”, de 12 de Junho, que identificou as “áreas funcionais” em relação às quais não há senão lugar ao recurso à nomeação, áreas em que está em causa a soberania do Estado ou de exercício regular de poderes de autoridade pública<sup>1141</sup>.

### 3.3. Os vínculos jurídico-administrativos

#### 3.3.1. A nomeação

A nomeação titula a relação de emprego destinada a assegurar o exercício, com sujeição a um específico regime jurídico de Direito Administrativo e com carácter de permanência, de funções próprias do serviço público<sup>1142</sup>, não especificamente delimitadas no regime vigente e relativas ao exercício regular de poderes de autoridade pública e de poderes de soberania no regime projectado.

A profissionalidade não é a sua nota identificativa. Apelando a Marcello Caetano, a doutrina e a jurisprudência tende em geral a definir a respectiva relação jurídica de emprego através da profissionalidade<sup>1143</sup>. O funcionário público seria aquele que “é, antes de mais,

---

<sup>1141</sup>. O vínculo da nomeação é reservado para o exercício de funções ou actividade relativas às “missões genéricas e específicas das Forças Armadas em quadros permanentes”, “representação externa do Estado”, “informações de segurança”, “investigação criminal”, “segurança pública, quer em meio livre quer em meio institucional”, “inspecção”, os juízes e os magistrados do Ministério Público (artigo 10.º, n.º 1, e n.º 2, do “PL 316/2007”, de 12 de Junho).

<sup>1142</sup>. É expressão dessa permanência, para a qual contribui, o preenchimento, tradicionalmente enfatizado, de um lugar do quadro de pessoal de um serviço ou organismo público. Cfr. artigos 6.º e 25.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro. O quadro de pessoal pode ser definido como uma tabela que apresenta funcional e financeiramente o número de lugares ou o número de postos de trabalho, tendencialmente estáveis. Chama-se dotação a esse número; e contingente ao respectivo número por «qualificação profissional». O quadro de pessoal tem um carácter normativo porque, com a excepção dos lugares a extinguir quando vagarem, e apesar de em cada momento os respectivos lugares estarem preenchidos ou adstritos a pessoas concretas, não são subjectiváveis ou individualizados nestas. Os lugares não são criados tendo em vista um trabalhador determinado, mas um conjunto indeterminado de trabalhadores. O carácter financeiro prende-se com a necessária cobertura financeira de cada um dos lugares e a identificação da correspondente despesa pública (relativamente) certa. O artigo 25.º, n.º 1, alínea b), do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, prevê a redefinição anual das “dotações de efectivos por categorias” e quadro de pessoal. O preceito tem sido, no entanto, anualmente suspenso pela lei de execução do Orçamento (artigo 14.º, n.º 1, da Lei n.º 60-A/2005, de 30 de Dezembro – “Orçamento do Estado para 2006”). Aquela redefinição deveria, crê-se, ser feita numa base temporal mais alargada, mais propícia a uma actualização efectiva dos quadros de pessoal, e norteadada pela dupla preocupação de uma melhor utilização dos recursos humanos e diminuição da despesa pública. Cfr. Laura Rainaldi (“Impiego pubblico”, cit., pp. 147 e 158; o quadro de pessoal tem uma natureza “normativo-financeira”) e Pietro Virga, *Il Pubblico Impiego Dopo la Privatizzazione*, cit., p. 25.

<sup>1143</sup>. Cfr. Acórdão do STA de 10 de Novembro de 1994, R. 33 351, *in* Acórdãos Doutrinários do STA, n.ºs

um profissional da função pública, um homem que dela fez o objecto da sua actividade ocupacional e nela procura a sua carreira”<sup>1144</sup>, de forma continuada, a troco de uma remuneração (correspondente a um lugar permanente como tal orçamentado) e a título prevalecte ou principal (com ou sem dedicação exclusiva)<sup>1145</sup>. O exercício “de modo

---

404 e 405, 1995, pp. 917 e segs., e *in* Boletim do Ministério da Justiça, n.º 441, p. 374, Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, 1940, p. 22, e João Alfaia, *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, 1.º Volume, Coimbra, 1985, pp. 135-141. João Alfaia, “[a] ceitando, em absoluto, as linhas gerais da concepção do Professor Marcello Caetano” dela diverge “pouco ... no seu desenvolvimento.” Entende “que não basta a profissionalidade do mesmo agente, exigindo-se, também, a existência de um vínculo especial daquele à Administração, traduzida pela sujeição do mesmo a um regime de direito público, que lhe confere a qualidade de uma relação jurídica de emprego público” (p. 137). Alberto Xavier caracteriza o funcionário como “todo o agente que participa do funcionamento de um serviço público de uma maneira permanente e normal”, noção que justifica pela necessidade de dar “à função pública um carácter permanente e profissional”, “de organização dos serviços públicos na vida dos Estados modernos”. Exclui “o pessoal operário” pela sua afinidade com os “operários da indústria privada” e a necessidade de a “sua situação legal ser objecto de regras especiais, adequadas às funções que exercem”. Embora reconheça que “tem todos os caracteres de funcionários independentemente da natureza dos actos que praticam”, observa que “convém não levar os princípios às suas extremas consequências”. Estatuto dos Funcionários (Justificação Jurídico-Política da Questão e Projecto de Lei, Lisboa, Portugal-Brasil Limitada, Sociedade Editora, pp. 11, 12 e 19). No sentido de que os “funcionários propriamente ditos são aqueles que participam duma maneira normal, no funcionamento dum serviço público e ocupam nele um emprego permanente”, ver, também, *Lições de Direito Administrativo*, “segundo as prelecções do Exm.º Sr. Dr. Magalhães Colaço, ao 3.º ano jurídico de 1923-24, aproveitando também estas lições ao curso do 2.º ano jurídico – (Reforma de 1922)”, de A. Queiroz Martins, Simões Correia e Ferreira Júnior, Papelaria Escolar Editora, 1924, Lisboa, pp. 86 a 89. Para Paulo Veiga e Moura, o “funcionário público será todo aquele que preste o seu trabalho sob a autoridade, a direcção e no desempenho de funções próprias e permanentes dos serviços públicos cujo quadro de pessoal voluntariamente aceitou integrar, fazendo-o de forma profissionalizada e independentemente da natureza ou forma do acto em que se expressou a aceitação”. O conceito que propõe, segundo explica, “continua a ter base os critérios da permanência e, sobretudo, da profissionalidade”, mas apresenta, segundo refere, as vantagens de integrar o regime como elemento da sua compreensão, relativizar a importância da estabilidade no emprego, que vem sendo posta em causa, destacar na profissionalidade também o carácter de contraprestação da retribuição pelo trabalho efectuado e abranger relações de trabalho dos agentes putativos desprovidas de título (*Função Pública, Regime Jurídico, Direitos e Deveres dos Funcionários e Agentes*, 1.º Vol., 1999, pp. 27 e 28). Este conceito lato de funcionário público reconduz ao mesmo os trabalhadores com contrato de trabalho, ao arrempio da tradição doutrinária, jurisprudencial e do direito positivo e, principalmente, sem qualquer ponto de apoio no direito positivo em vigor, em que é expresso o afastamento dos trabalhadores referidos da qualidade de funcionário e, principalmente, ao contrário da separação clara entre as relações de trabalho de natureza jurídico-administrativista e as de natureza jurídico-privada. Acresce referir que não faz sentido enfatizar a figura – hoje mais do que questionável face a um quadro jurídico claro do emprego público e da disciplina jurídica geral dos actos nulos e dos actos consequentes de actos anulados – dos designados agentes putativos. O autor advoga (no livro *A Privatização da Função Pública*, 2004, pp. 53 a 60) que “esta profissionalidade, permanência e regime” devem ser “justificadas pela especificidade das funções que são exercidas”, o que conduz ao estreitamento do conceito de funcionário público.

<sup>1144</sup>. Manual de Direito Administrativo, Vol. II, 9.ª edição (Reimpressão), Coimbra, 1980, pp. 671 e 672, e Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, 1940, p. 23 (“A profissionalização... significa o exercício habitual dum mister ao qual é dedicada a parte essencial da actividade”) a 28 e pp. 194 e 195.

<sup>1145</sup>. Para uma noção próxima de profissionalidade, Pérez Botija *apud* Martín Godino Reyes, *El Contrato de Trabajo en la Administración Pública*, cit., p. 53, nota 110, e Ettore Morone, “*Impiego Pubblico*”, cit., pp. 266 e 267.

profissionalizado” de “funções próprias do serviço público que revistam carácter de permanência”<sup>1146</sup> é também aplicável aos trabalhadores da Administração Pública com contrato de trabalho por tempo indeterminado<sup>1147</sup> e mesmo, em certa medida, nas relações contratuais temporárias, que assumam alguma continuidade, e sejam o centro da actividade laboral do trabalhador<sup>1148 1149</sup>. Em verdade, já o Professor Marcello Caetano estendia a nota da profissionalidade a outras categorias de trabalhadores, então incluídas, no quadro classificatório dos «servidores públicos» que apresentava, no conceito (amplo) de “agente administrativo”. Este, definia-o como o trabalhador “provido por nomeação vitalícia voluntariamente aceite ou por contrato indefinidamente renovável, para servir por tempo completo em determinado lugar criado por lei com carácter permanente, segundo o regime

---

<sup>1146</sup>. O legislador utiliza o conceito, ao referir-se ao vínculo em referência, no artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

<sup>1147</sup>. E parte num contrato administrativo de provimento com duração indeterminada (nas situações, pontuais, em que este regime seja ainda aplicável. Cfr. artigo 44.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, e, por exemplo, artigo 33.º das Bases Gerais dos Estatutos Orgânicos das Administrações dos Portos (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 348/86, de 16 de Outubro): “O pessoal das administrações portuárias reger-se-á por um único regime jurídico de direito público privativo, adequado às necessidades e responsabilidades do serviço, a definir em diploma próprio”. Pelo Decreto-Lei n.º 242/99, de 28 de Junho, foi criado o Instituto Portuário do Norte. “Os trabalhadores do quadro de pessoal da [extinta] Junta Autónoma dos Portos do Norte *com contrato administrativo de provimento por tempo indeterminado* ou com vínculo à Administração Pública” foram integrados automaticamente no novo Instituto, “mantendo a mesma situação jurídico-profissional” (artigo 4.º Decreto-Lei n.º 242/99, de 28 de Junho – *italico* nosso). Os mesmos encontravam-se submetidos ao regime de pessoal constante do Decreto-Lei n.º 101/88, de 26 de Março, que adoptou para todo o pessoal das administrações portuárias, com “considerável afastamento do regime aplicável ao funcionalismo civil do Estado (§ 5 do preâmbulo), um regime de pessoal próprio. Este regime foi redefinido pelo Decreto-Lei n.º 421/99, de 21.10, que o revogou, e foi regulamentado pela Portaria n.º 1098/99, de 21 de Dezembro. Cfr. artigo 8.º, n.ºs 2 a 4, do Decreto-Lei n.º 257/2002, de 22 de Novembro (Instituto Marítimo-Portuário). Cfr., também, o Decreto-Lei n.º 247/85, de 12 de Julho, a Portaria n.º 66/90, de 27 de Janeiro, e o Acórdão do STA de 20 de Maio de 1998, R-40 989, *in* BMJ, n.º 477, p. 541

<sup>1148</sup>. Como destaca Laura Rainaldi, o importante é o desenvolvimento da actividade laboral de modo habitual e continuado e não tanto se a relação de trabalho tem uma duração determinada ou indeterminada, carácter precário ou estável – “Impiego pubblico”, cit., p. 147. Ver também Ettore Morone, “Impiego Pubblico”, cit., pp. 265 e 268. O “conceito de profissionalidade respeita menos aos elementos essenciais das funções exercidas do que ao campo de intervenção organizacional (...), designa mais as condições, comuns a todos os agentes, do que a natureza das suas tarefas. A ética ou os valores profissionais respeitam à escolha dos meios empregues na prossecução dos objectivos organizacionais; e não apenas o bem-fundado destes objectivos”. Demetrios Argyriades, “Des valeurs pour le service public: Enseignements tirés des récentes tendances & du Sommet du millénaire”, cit., p. 615. A alusão expressa à profissionalidade no artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, destacando esta sua característica não a apreende como um seu exclusivo. Ver, ainda, Acórdão do STA de 10 de Novembro de 1994, R. 33 351, *in* BMJ, n.º 441, p. 374.

<sup>1149</sup>. Em sentido próximo, ver Eduardo Bossa e Jaime Pinto, *Noções Fundamentais de Funcionalismo Público*, 2.ª edição revista, actualizada e aumentada, Janeiro, 1960, pp. 52 e 53.

legal próprio da função pública”<sup>1150</sup>.

Na nossa perspectiva, tal nota não serve, hoje, também, porque inculca a ideia de homogeneidade de profissão do emprego público ou que o trabalho “ao serviço do interesse geral” é em si uma profissão, o que, respectivamente, não é correcto e realista. A verdade é que “não existe uma profissão pública única, mas várias”<sup>1151</sup>, que estas são em grande parte correspondentes a profissões existentes no sector privado<sup>1152</sup> e que o serviço ao interesse público constitui uma obrigação fundamental, mas entre outras, do trabalhador na relação jurídica de trabalho constituída com uma pessoa colectiva pública<sup>1153</sup>.

A locução “funções próprias do serviço público”, utilizada pelo legislador, inclui, no elenco de vínculos gizado em 1989, as relações de trabalho tituladas pela nomeação e pelo contrato administrativo de provimento<sup>1154</sup>, que abrangeram durante vários anos a generalidade das relações de trabalho na Administração Pública. Tais funções são legalmente caracterizadas como “aquelas cujo exercício corresponde à aplicação de medidas de política e à concepção, execução e acompanhamento das acções tendentes à

---

<sup>1150</sup>. Manual de Direito Administrativo cit., pp. 671 e 672. No mesmo sentido, Lopes Navarro observava que o “contratado, tal como o funcionário nomeado, pode exercer habitualmente a função pública, dedicar-lhe a sua actividade e tirar dela os proventos necessários à sua existência” (Funcionários Públicos, 1940, p. 23). Alberto Xavier identificava o funcionário como “todo o agente que participa do funcionamento de um serviço público de uma maneira permanente e normal” - Estatuto dos Funcionários (Justificação Jurídico-Política da Questão e Projecto de Lei), Lisboa, Portugal-Brasil Limitada, Sociedade Editora, p. 75.

<sup>1151</sup>. A expressão é de Naomi Caiden, acolhida por Démétrios Argyriades, in “Des valeurs pour le service public: Enseignements tirés des récentes tendances & du Sommet du millénaire”, cit., p. 615. Diversamente dos autores, entendo que a profissionalidade não deve ser preservada para designar a presença nas relações de trabalho constituídas com uma pessoa colectiva pública de uma pressuposta vontade dos “agentes do Estado” se porem ao “serviço do interesse geral, no serviço público, por oposição ao ganho privado ou ao lucro, por um salário fixo” (Naomi Caiden, seguido por Demetrios Argyriades – artigo citado, p. 615), porque idealiza os interesses do trabalhador na relação de trabalho.

<sup>1152</sup>. Federico A. Castillo Blanco, “¿Es precisa una reforma del sistema retributivo de los funcionarios públicos?: una reflexión mirando a la historia”, Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, Outubro/Diciembre, n.º 112, p. 612, e Miguel Sánchez Morón, “El régimen jurídico del personal al servicio de la Administración Pública (Régimen estatutario y laboralización)”, Derecho Público y Derecho Privado en la Actuación de la Administración Pública, Seminario, Barcelona, 7 de mayo, Institut d’Estudios Autònoms, Marcial Pons, 1999, p. 83.

<sup>1153</sup>. Cfr. José Luís Pereira Coutinho, “A relação de emprego público na Constituição. Algumas Notas”, in Estudos sobre a Constituição, 3.º Volume, Livraria Petrony, 1979, p. 701 (“a obrigação principal é a de executar o trabalho de harmonia com as disposições da entidade patronal”).

<sup>1154</sup>. Cfr. Artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e artigo 15.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

prossecução das atribuições de cada serviço”<sup>1155</sup>. Apesar de a locução apelar, por oposição, ao exercício de “funções que [não] são próprias do serviço público”, o que isoladamente considerado nos remeteria para a destrição das funções típicas da Administração Pública, o certo é que a definição legal revela a referida omnicomprensividade (e a sua pouca utilidade como critério de delimitação): abrange aquelas que relevam directa e especificamente para a realização das atribuições e missões de cada serviço, a actividade ancilar, a de “ajudar a exprimir, representar, defender, explicar e dar uma expressão concreta ao interesse público ou geral” e a actividade meramente executiva, técnica e material<sup>1156 1157</sup>.

### 3.3.1.1. O conceito de funcionário público

O trabalhador parte na relação jurídica de emprego público titulada pela nomeação tem a qualidade de funcionário público. As referências constitucionais aqueles que trabalham ou exercem funções públicas são às trabalhador da Administração Pública, agente do Estado, agente administrativo e funcionário público. A primeira refere-se ao trabalhador da Administração Pública cuja relação de emprego, independentemente do tipo de vínculo e regime jurídico de trabalho, é regida por um mínimo denominador comum de regime jus-publicista. A segunda, de agente do Estado e demais entidades públicas compreende quer a de trabalhador da Administração Pública quer a do indivíduo que exerce funções em órgãos ou serviços do Estado não integrados na Administração Pública, quer o de que não reveste a estrita qualidade de trabalhador (subordinado) ou reveste qualidade específica de trabalhador subordinado. A terceira referência, à do agente administrativo, abrange todos aqueles que exercem funções públicas. O funcionário público é o trabalhador sujeito a um específico regime de trabalho jus-administrativista, associado a um conceito material constitucional de função pública.

No plano da legislação ordinária, o conceito de trabalhador tem, tradicionalmente, a

---

<sup>1155</sup>. Cfr. artigo 4.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

<sup>1156</sup>. Démétrios Argyriades, in “Des valeurs pour le service public: Enseignements tirés des récentes tendances & du Sommet du millénaire”, cit., p. 621.

<sup>1157</sup>. Confirma essa amplitude o facto de a nomeação ter sido pensada, na génese do actual quadro jurídico do emprego público, como o vínculo estável de prestação de trabalho na Administração Pública.

conotação de trabalhador parte numa relação de emprego titulada pela nomeação, com duração indeterminada e um específico regime de Direito administrativo, desprovida, no entanto, de um conteúdo material específico. O projectado novo regime legal das relações de trabalho na Administração Pública, sendo omissa quanto aos conceitos ou qualificações, recupera a utilização estrita do vínculo da nomeação, o que depõe no sentido da aplicação respectiva do alcance constitucional do conceito de funcionário<sup>1158</sup>.

### 3.3.1.2. A natureza estatutária

É tradicionalmente afirmado o carácter estatutário da relação jurídica de trabalho titulada pela nomeação. É posto em relevo a falta de disponibilidade das partes quanto ao modo de constituição e ao objecto, com definição unilateral do respectivo regime jurídico<sup>1159</sup>, em termos que o afastam do regime comum dos trabalhadores do sector privado.

A nomeação é legalmente “o acto unilateral”<sup>1160</sup> de constituição da relação jurídica de

---

<sup>1158</sup>. Importa notar que o artigo 5.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, utiliza a dualidade funcionário e agente, excluindo *a contrario*, a sua aplicação aos trabalhadores com contrato de trabalho.

<sup>1159</sup>. A indisponibilidade é dupla, isto é, impende sobre o empregador e sobre o particular, embora de forma mais acentuada quanto a este último. Àquele cabe a primeira manifestação de vontade na constituição da relação de trabalho, cujo regime jurídico legalmente definido (em alguma medida, susceptível de ser por si concretizado, por exemplo, quanto ao local e à prestação de trabalho) não pode, individualmente, em regra, negociar com o trabalhador, que é apenas chamado a aceitá-lo ou não. Sugestivamente, lê-se no § 2 do artigo 469.º do Código Administrativo (revogado pelo artigo 65.º, alínea d), do Decreto-Lei n.º 247/87, de 17 de Junho): “A celebração do contrato, com a aceitação das normas gerais e das cláusulas especiais constantes do termo da posse, considera-se efectuada mediante a assinatura deste termo”. Jorge Leite escreve: “o regime é de direito público sempre que o processo gerador do vínculo se operou de acordo com regras gerais e impessoais previamente estabelecidas pela entidade com competência legislativa ou regulamentar, regras que retiram à pessoa colectiva pública empregadora *qualquer possibilidade de submeter a regime diferente a constituição da relação ou o conteúdo desta*” (Direito do Trabalho e da Segurança Social, Lições ao 3.º ano da Faculdade de Direito, Serviços Sociais da Universidade de Coimbra, Serviço de Textos, Coimbra, 1982 pp. 139 e 140 - itálico nosso). Também Laura Rainaldi observa que a relação de emprego público constitui-se, em regra, “por efeito de um acto administrativo de nomeação do qual resultam direitos e obrigações, para cada uma das partes, predeterminadas em normas de direito público: obrigação de trabalho por um lado, a que correspondem situações jurídicas subjectivas de direito, todas individualizadas em normas jurídicas de direito público derivadas de fontes unilaterais” (“Impiego pubblico”, cit., p. 146). Lopes Navarro (Funcionários Públicos, 1940, p. 87) escreve: “Dentro duma técnica jurídica rigorosa a situação dos funcionários é de natureza legal ou regulamentar (...). A sua situação jurídica é geral e impessoal, porque tem um conteúdo geral, antecipadamente estabelecido na lei e abrange igualmente todos aqueles que estiveram nas mesmas condições de facto.” Cfr., igualmente, Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, A Função Pública Portuguesa. Estatuto Novo ou Nova Política?, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, cit., pp.18 e 19, e Lições de Direito Administrativo, “segundo as prelecções do Exm.º Sr. Dr. Magalhães Colaço, ao 3.º ano jurídico de 1923-24, ...”, cit., pp. 86 a 89.

<sup>1160</sup>. Cfr. artigo 9.º, n.º 2, do “PL 316/2007”, de 12 de Junho, artigo 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.



emprego público<sup>1161</sup>. O indivíduo nomeado dispõe de um prazo para a aceitar. Embora deva fazê-lo expressamente, não é de excluir a aceitação tácita, pelo início do exercício de funções<sup>1162</sup>. A aceitação determina o início da produção dos efeitos jurídicos da relação de trabalho<sup>1163</sup>, sendo, como tal uma condição suspensiva da eficácia do acto de nomeação. Pode, no entanto, discutir-se se a aceitação não funciona, na verdade, como uma condição de eficácia resolutiva<sup>1164</sup>, na medida em que a falta de aceitação importe “a revogação automática do acto de nomeação”<sup>1165</sup>. Crê-se que não, porque a revogação redunda num acto implícito de sentido contrário ao da nomeação, não se tratando da perda de eficácia da mesma.

---

<sup>1161</sup>. Se a manifestação de vontade da Administração é determinante para a constituição da relação jurídica de emprego, pode questionar-se a essencialidade do acto formal de nomeação e, portanto, a possibilidade de se considerarem comportamentos conclusivos dessa vontade, como, por exemplo, a emissão de ordem de pagamento. O carácter não directamente interessado dos que corporizam o empregador público e a despesa pública envolvida justificam que não seja de admitir a substituição administrativa da “modalidade e forma de declaração de vontade do ente público” legalmente prevista. Ver, sobre o assunto, Ettore Morone, “Impiego Pubblico”, cit., p. 266. Ver artigo 9.º, n.º 2, “PL 316/2007”, de 12 de Junho de 2007, artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

<sup>1162</sup>. Que, no entanto, importa formalizar, ainda, portanto, que posteriormente ao início efectivo de funções, para registar, com segurança, a data de início da produção de efeitos jurídicos da relação de trabalho.

<sup>1163</sup>. Cfr. “PL 316/2007”, de 12 de Junho, artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e artigo 4.º, n.º 4, e artigo 12.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro. Para o efeito do abono de vencimento, razão tem Guimarães Pedrosa quando escreve: “Conquanto a posse seja requisito essencial para haver direito aos vencimentos, não basta todavia a posse para os autorizar; é preciso também o exercício efectivo do cargo. Os casos de excepção devem ser expressamente declarados.” Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo, Prelecções feitas na Universidade de Coimbra, I – Introdução e Parte I (Parte Geral), Coimbra, Imprensa da Universidade, 1908, p. 273.

<sup>1164</sup>. Para um desenho legal similar ao português, Franck Moderne (no prólogo ao *El Empleo Público*: entre Estatuto Funcionarial y Estatuto Laboral, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 18) qualifica a aceitação como uma condição resolutiva, “que depende inteiramente da vontade do interessado”.

<sup>1165</sup>. No regime do Decreto-lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, à nomeação parece, *prima facie*, ser possível assacar três efeitos: a) “o preenchimento de um lugar do quadro de pessoal” (artigo 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro); b) a aquisição pelo nomeado da qualidade de funcionário (artigo 4.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 427/89. A nomeação e apenas a nomeação confere a qualidade de funcionário público); c) o direito à aceitação do lugar, equivalendo a recusa da aceitação à renúncia àquele direito (artigo 11.º e artigo 13.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro). Observa-se, não obstante, que, salvo este último efeito, os dois primeiros, também eles, ficam suspensos até à verificação (ou não) da aceitação. Com efeito, a nomeação “visa o preenchimento de um lugar do quadro”, não importando, por si, tal preenchimento (artigo 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, que constitui o diploma de referência do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro). Acresce que é a aceitação que determina o início de funções para todos os efeitos legais, designadamente, o abono de remunerações e a contagem de tempo de serviço e, como tal, a eficácia da relação jurídica.

Decorrido o prazo de aceitação<sup>1166</sup> sem que esta, expressa ou tacitamente, se verifique, extingue-se a possibilidade de o nomeado exercer o direito de aceitar a nomeação, que constitui refracção do exercício em concreto do direito de acesso à função pública, que se inicia com a candidatura ao procedimento de recrutamento e selecção<sup>1167</sup>. Se o particular recusa aceitar a nomeação renuncia ao direito de ocupar o respectivo lugar<sup>1168</sup>. Num e noutro caso, a estabilidade da situação importa à possibilidade de nomeação do candidato posicionado a seguir na lista ordenada de classificação final<sup>1169</sup>.

Se ao particular não é reconhecido o poder de influir na estrutura e, em grande medida, no conteúdo da relação jurídica titulada pela nomeação, esta não é eficaz sem a manifestação de vontade do particular. A relação jurídica não prescinde de tal vontade, pelo que não pode ser dita de desnecessária ou irrelevante. O diferente peso jurídico que a lei atribui à vontade do empregador público e à vontade do particular, a sua manifestação tendencialmente não contemporânea, não contende, assim, com a liberdade de escolha da profissão nem com o direito de acesso à função pública em condições de liberdade (artigo 47.º da CRP)<sup>1170</sup>.

Há, desta forma, um distanciamento da designada teoria do unilateral na explicação da

---

<sup>1166</sup>. Considerando que o procedimento de selecção é também de recrutamento ou que a nomeação pressupõe a verificação prévia, relativamente a ambas as partes, de que estão reunidas as condições para ser efectuada, e que, portanto, surge, como subprocedimento, enxertada num procedimento mais amplo ou como um procedimento simples em ordem àquela verificação, o prazo legal de vinte dias parece dever entender-se ser de contar por dias úteis. A possibilidade de prorrogação, ainda que condicionada, do prazo relativiza o equacionamento da contagem do prazo por dias úteis.

<sup>1167</sup>. Ver António Lorena de Sêves, “Contencioso da Função Pública (Concursos)”, Seminário Permanente de Direito Constitucional e Administrativo, Vol. I, Associação Jurídica de Braga, Departamento da Universidade do Minho, p. 63, sobre o reforço da posição jurídica substantiva dos candidatos com a progressão do procedimento concursal. Ver, igualmente, os Acórdãos do STA de 17 de Fevereiro de 2005, Processo n.º 0931/04, de 15 de Março de 2000, Processo n.º 035277, de 24 de Fevereiro de 1999, Processo n.º 036770.

<sup>1168</sup>. Cfr. artigo 13.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro. Ettore Morone, “Impiego pubblico”, cit., p. 273. Quanto à renúncia em particular, o Autor defende que deve ser expressa. No entanto, observa que, fixado um prazo para a aceitação, sem que o nomeado inicie o exercício de funções, a nomeação caduca.

<sup>1169</sup>. De forma mais inequívoca, o efeito da falta da aceitação é, no n.º 2 do artigo 19.º do “PL 316/2007”, de 12 de Junho de 2007, a “revogação automática do acto de nomeação sem que possa ser repetido no procedimento em que foi praticado”.

<sup>1170</sup>. Referindo-se à constituição relação jurídica de emprego público, Jorge Leite escreve: “Esta assenta sempre no consentimento, no acordo, de ambas as partes, como o exigem os princípios da liberdade de trabalho e da liberdade de acesso à função pública. Mesmo nos chamados casos de nomeação (acto administrativo) só por mera ficção se pode admitir ter a relação origem apenas na vontade da entidade que nomeia” – Direito do Trabalho e da Segurança Social, Lições ao 3.º ano da Faculdade de Direito, Serviços

natureza da relação jurídica em referência, uma aproximação à teoria contratual, pela importância que é reconhecida ao consentimento do particular, e um comungar da teoria legal ou regulamentar, por ser a influência do trabalhador na definição da configuração concreta da relação jurídica, e mesmo a do empregador, escassa<sup>1171 1172</sup>.

A aceitação exprime com segurança a vontade do nomeado estabelecer uma relação de trabalho com dado ente público. Não significa que deva ser vista como a concordância relativamente aos aspectos da relação jurídica em que não interfere e como uma renúncia ao direito de discutir, em sede de impugnação administrativa ou judicial, a validade do conteúdo da mesma ou como a respectiva aceitação, designadamente, em sede procedimental ou processual<sup>1173</sup>.

O trabalhador pode fazer cessar a relação jurídica, seja durante o período de prova, seja depois de ultrapassado este. Para tanto, deve comunicar a sua vontade por escrito à entidade que o nomeou, tornando-se a mesma eficaz decorrido que seja determinado período de tempo, salvo acordo das partes<sup>1174</sup>. Desta feita, são acautelados os interesses do empregador

---

Sociais da U.C., Serviços de Textos, Coimbra, 1982, p. 140.

<sup>1171</sup>. Sobre as teorias citadas, ver Martin Godino Reyes, *El Contrato de Trabajo en la Administración Pública*, cit., pp. 54 a 57, Laura Rainaldi, “*Impiego pubblico*”, cit., p. 146, A. L. Guimarães Pedrosa, *Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo*, cit., pp. 237 a 242, Ettore Morone, “*Impiego Pubblico*”, cit., pp. 268 e 269. As três teorias referidas são teorias publicistas, contrapondo-se à teoria privatística – que abrange, a mais antiga, a referência a um contrato translatório, de direito real que transfere para o investido o *ius ad officium*, ao contrato de mandato, ao contrato de prestação de serviços e o contrato inominado do tipo *do ut facias* – e à teoria política, que faz assentar a relação de emprego exclusivamente na vontade do Estado e faz recair sobre o indivíduo o dever de prestação de serviço.

<sup>1172</sup>. Relativamente à “relação jurídica singular entre trabalhador e empregador com vista à prestação de uma actividade laborativa subordinada”, no sector privado, apesar de ter passado “a ser enquadrada por uma panóplia de entidades e de institutos jurídicos de raiz colectivo (como os sindicatos e as comissões de trabalhadores, os instrumentos de regulação colectiva de trabalho e a greve), com uma influência directa – por vezes até contra a vontade explícita das partes – no seu conteúdo e no seu desenvolvimento” (Maria do Rosário Palma Ramalho, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Setembro de 2000, p. 4) –, na sua raiz assenta no pressuposto da autonomia das partes e de uma ampla possibilidade dispositiva sobre o conteúdo da relação jurídica, ainda que, para além, muitas das vezes, da protecção contida em normas imperativas. Sobre a atenuação do poder conformativo da vontade das partes, ver Maria do Rosário Ramalho, ob. cit., pp. 39 a 41 e p. 51.

<sup>1173</sup>. Carlos Alberto Fernandes Cadilha, “A aceitação da nomeação *versus* aceitação do acto administrativo”, CJA, n.º 27, 2003, pp. 42 a 48, e J. C. Vieira de Andrade, “A aceitação do acto administrativo”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, Coimbra, 2003, pp. 907 a 934, *maxime*, pp. 914 a 916, artigo 53.º, n.º 4, do CPA, e artigo 56.º, *maxime*, n.º 3, do CPTA.

<sup>1174</sup>. Cfr. artigo 31.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, do “PL 316/2007”, de 12 de Junho de 2007, e 29.º do Decreto-lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, e Emmanuel Aubin, *Droit de la Fonction Publique*, cit., p.

(designadamente, pela substituição do trabalhador ou pela reorganização funcional que compense a disponibilidade de menos um trabalhador). Entendimento diferente tem sido aduzido, o da necessidade da manifestação de vontade do empregador para a concretização da pretensão do trabalhador, pelo que, em verdade, a relação de trabalho cessaria por acto do ente público, na sequência da iniciativa daquele<sup>1175</sup> ou, numa visão mais suavizada, a eficácia da decisão do trabalhador dependeria da aceitação da Administração<sup>1176</sup>. Qualquer uma destas duas últimas leituras acaba por permitir a permanência do trabalhador na relação de trabalho contra a sua vontade, o que é de rejeitar à luz da liberdade de escolha de profissão e do género de trabalho (artigo 47.º, n.º 1, da CRP).

No acto de aceitação de uma primeira nomeação, o nomeado é chamado a prestar juramento<sup>1177</sup>. A interpretação da exigência legal é, em geral, a de que constitui uma formalidade essencial daquele acto, cuja inobservância consequencia a respectiva anulabilidade. Cremos ser de acolher outra leitura. O juramento é uma “promessa solene de fidelidade aos próprios deveres”<sup>1178</sup>, uma “afirmação solene das obrigações que assume”<sup>1179</sup>. A não afirmação solene e pela honra de cumprimento com lealdade das

---

104. Trata-se, entendemos, de um prévio aviso, sem que a cessação da relação de trabalho fique dependente da autorização ou concordância do empregador público.

<sup>1175</sup>. Constituiria, ademais, uma contraprova da unilateralidade da natureza da relação de emprego constituída com a nomeação, de tal forma que se o funcionário não aguardasse o deferimento do seu pedido de exoneração poderia incorrer num processo de abandono do lugar. Numa relação de trabalho concebida em bases não paritárias, aceitava-se que a iniciativa do trabalhador ficasse dependente da concordância do empregador. Por exemplo, a alínea d), do § 1 do artigo 469.º do Código Administrativo (revogado pelo artigo 65.º, alínea d), do Decreto-Lei n.º 247/87, de 17 de Junho) dispunha que “[a] entidade competente para o provimento poderá rescindir o contrato a todo o tempo, a pedido do contratado, se não resultar prejuízo para os serviços”. A ideia é tradicionalmente defendida pela doutrina, entre nós. Cfr., por exemplo, Lições de Direito Administrativo, “segundo as prelecções do Exm.º Sr. Dr. Magalhães Colaço,...”, cit., p. 88. Paralelamente, na jurisprudência italiana reportada à relação jurídica de emprego titulada pela nomeação, regista-se o entendimento de que o pedido de exoneração deve ser expressamente aceite pelo ente público empregador, mas num prazo adequado (“Cons. St., IV, 25.11.1969, n. 728” e “TAR Campania – Napoli, II, 14.2.1986, n.º 39” *apud* Vincenzo Certullo Irelli, Corso di Diritto Amministrativo, cit., p. 98).

<sup>1176</sup>. Para Ettore Morone a aceitação da Administração é uma condição de eficácia do despedimento do trabalhador (“Impiego pubblico”, cit., p. 279). No entanto, ao admitir a recusa “por motivo de serviço ou pela pendência de procedimento disciplinar”, parece atribuir à vontade da Administração um carácter constitutivo.

<sup>1177</sup>. Cfr. artigo 15.º, n.º 3, do “PL 316/2007”, de 12 de Junho de 2007, e artigo 9.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro: “No acto de posse o nomeado presta o seguinte compromisso de honra: //Eu, abaixo assinado, afirmo solenemente pela minha honra que cumprirei com lealdade as funções que me são confiadas.”

<sup>1178</sup>. Ettore Morone, “Impiego Pubblico”, cit., p. 274.

<sup>1179</sup>. A. L. Guimarães Pedrosa, Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo, cit., p. 251.

funções confiadas não significa a afirmação do seu contrário<sup>1180</sup>. Com a assinatura do termo de aceitação, que “determina o início de funções para todos os efeitos legais”, o trabalhador assume “uma série de deveres e obrigações a cuja violação se ligam responsabilidade e sanções”<sup>1181</sup>. A recusa expressa do trabalhador de prestar juramento, a não equivaler a uma recusa de aceitação, uma vez que, em regra, o nomeado não pretende renunciar ao direito de ocupar o lugar, pode traduzir uma inicial má compreensão do dever de lealdade, que postula o exercício de funções “em subordinação aos objectivos do serviço e na perspectiva da prossecução do interesse público”<sup>1182</sup> e como tal pode assumir relevância disciplinar<sup>1183</sup>.

A disciplina jurídica da relação de emprego em referência, designada de regime jurídico da função pública<sup>1184</sup>, tem um recorte estatutário, mas já não um estrito carácter estatutário. Por um lado, alargou-se o número de normas jurídicas aplicáveis ou comuns às respectivas relações de trabalho e às do sector privado<sup>1185</sup>.<sup>1186</sup>

---

As dúvidas sobre a sua utilidade, de cuja existência dá conta Guimarães Pedrosa, continuam hoje a existir.

<sup>1180</sup>. Alain Di Stafano, embora, em 1979, questionasse a possibilidade de alguém se candidatar a “um emprego no Estado pensando que este não representa um conjunto de valores exigindo um mínimo de respeito e de fidelidade”, notava que, com realismo, “raros são os funcionários que se consideram ligados pelo seu juramento e nenhum chefe de Estado teve jamais a ingenuidade de crer que o juramento prestado pelos funcionários fosse susceptível de determinar a sua conduta futura” – *La Participation des Fonctionnaires Civils à la Vie Politique*, Bibliothèque de Droit Public sous la Direction de Marcel Waline, Paris, 1979, p. 118.

<sup>1181</sup>. Laura Rainaldi, “Impiego pubblico”, cit., p. 165.

<sup>1182</sup>. Cfr. artigo 3.º, n.º 8, do Estatuto Disciplinar de 1984.

<sup>1183</sup>. A Comissão Cabannes, comissão francesa de “reflexão sobre a ética na magistratura” propôs para o artigo 6.º e artigo 43.º do “statut de la magistrature” (“ordonnance n.º 58-1270 du 22 décembre 1958”) uma nova redacção, que procura, na linha do sugerido pelos magistrados auscultados, pelo *Garde des Sceaux*, tornar mais visíveis as exigências profissionais. Da nova redacção, destaca-se a associação da inobservância dos deveres nele enunciados à responsabilidade disciplinar. O juramento como que se funcionaliza. Não obstante, à proposta foi feita a crítica de permitir a confusão entre “princípios deontológicos e juramento disciplinar” Cfr. Jean-François Kriegk, “La déontologie des magistrats au service de l’éthique judiciaire. Actualité de la réflexion sur la responsabilité et la déontologie des magistrats en France”, *Sub Judice*, Justiça e Sociedade, 2005, Julho – Setembro, p. 73, e cfr. “Réflexion sur l’éthique dans la magistrature”, “Commission Cabannes. Rapport final.”, *Sub Judice*, Justiça e Sociedade, 2005, Julho – Setembro, pp. 111 e 119.

<sup>1184</sup>. Cfr. artigo 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89 e artigos 3.º, 4.º, n.ºs 1 e 4, do Decreto-Lei n.º 427/89. No “PL 316/2007”, de 12 de Junho de 2007, a definição de nomeação surge desligada da invocação do regime jurídico da função pública, o que se compreende, atento o facto de o mesmo estar consubstanciado no próprio diploma e, bem assim, considerando o facto de tal regime passar a ser, em parte significativa, o mesmo que é aplicado às relações de trabalho tituladas por contrato.

<sup>1185</sup>. A propósito da aplicação aos agentes contratados de normas do Código do Trabalho e do “estatuto da função pública”, Siwek-Pouydesseau fala em «quase-estatutos» - *apud* Laurent Richer, *Droit des Contrats Administratifs*, 2.e édition, L.G.D.J., 1999, p. 515.

Verificou-se, por outro lado, uma evolução no sentido da negociação da generalidade daquele regime jurídico<sup>1187</sup>. O elenco das matérias que devem ser objecto de negociação colectiva é vasto, sendo tendencialmente omnicomprensivo do mesmo<sup>1188</sup>; é delimitado de forma negativa, pela definição das matérias remetidas para o âmbito do simples direito de participação<sup>1189</sup> e das excluídas de um e outro, relativas à “estrutura, atribuições e competências da Administração Pública”<sup>1190</sup>. A obrigatoriedade do Governo adoptar dentro de certos prazos “medidas legislativas ou administrativas adequadas” ao integral cumprimento do acordo que seja obtido<sup>1191</sup>, assim como a possibilidade de as associações sindicais imporem ao Governo, terminado o período da negociação, uma negociação suplementar<sup>1192</sup> consubstanciam, juntamente com o alargamento do objecto negocial, o exercício do direito à negociação pública relativamente aos trabalhadores da Administração Pública em regime de Direito administrativo.

O artigo 56.º, n.ºs 3 e 4, da CRP consagra o direito à contratação colectiva, reconhecidamente aplicável também aos trabalhadores da Administração Pública. A Constituição garante o exercício do direito à contratação colectiva, nos termos da lei. A remissão da norma constitucional para os “termos da lei” não permite a esta esvaziá-lo (artigo 18.º da CRP). Sendo uma forma de participação dos trabalhadores na definição do regime jurídico disciplinador das respectivas relações de trabalho, o direito à contratação

---

<sup>1186</sup>. Aplicam-se, de acordo com o artigo 5.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, que aprovou o Código do Trabalho, as normas dos artigos 22.º a 32.º, 33.º a 52.º, 461.º a 470.º e 591.º a 606.º do Código do Trabalho aos funcionários e agentes administrativos, embora “com as necessárias adaptações”, normas relativas à “igualdade e não discriminação”, “protecção da maternidade e da paternidade”, “constituição de comissões de trabalhadores”, ao “direito à greve” e ao “estatuto do trabalhador-estudante”. Também são aplicáveis os artigos 79.º a 85.º, por a Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, ter revogado a Lei n.º 116/97, de 13 de Setembro, que continha o estatuto do trabalhador-estudante. Cfr., igualmente, o artigo 59.º do Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de Março.

<sup>1187</sup>. A doutrina jus-laboralística tem destacado a atenuação da importância efectiva da autonomia colectiva no Direito do Trabalho. Ver Maria do Rosário Ramalho, “Ainda a crise do direito laboral: a erosão da relação de trabalho ‘típica’ e o futuro do Direito do Trabalho”, *in* Estudos de Direito do Trabalho, cit., p. 109.

<sup>1188</sup>. Inclui aquelas que estão enunciadas no artigo 6.º da Lei n.º 23/98, de 26 de Maio.

<sup>1189</sup>. Cfr. artigo 10.º da Lei n.º 23/98, de 26 de Maio.

<sup>1190</sup>. Cfr. artigo 12.º da Lei n.º 23/98, de 26 de Maio (“A estrutura, atribuições e competências da Administração Pública não podem ser objecto de negociação colectiva ou de participação”).

<sup>1191</sup> Cfr. artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 23/98, de 26 de Maio.

<sup>1192</sup> Cfr. artigo 9.º da Lei n.º 23/98, de 26 de Maio.

colectiva tem de ser mais do que uma mera consulta ou audição das associações interessadas, para que tenha alguma substância na sua aplicação às relações de trabalho na Administração Pública<sup>1193</sup>.

A negociação e a simples participação são formas de bilateralizar o procedimento de elaboração do «regime jurídico da função pública», corporizado, *a final*, por actos normativos formalmente unilaterais<sup>1194</sup>. A verdadeira contratualização implica a co-autoria do regime. A negociação é uma aplicação temperada do direito à contratação. A concretização legal deste tem de preservar o seu núcleo essencial, que constitui um limite fundamental à liberdade conformativa do legislador, sob pena de inconstitucionalidade<sup>1195</sup>.

A lei que regule as condições de exercício do direito, não sendo qualificada como lei com valor reforçado, não prejudica, nesta medida, a legalidade das normas legais elaboradas sem observância do nela disposto<sup>1196</sup>. Se não pode concluir-se pela ilegalidade de acto legislativo que desrespeite tal lei, não deve também a ausência de garantias legais efectivas precluir o direito. Independentemente daquela, os diplomas relativos ao regime jurídico de trabalho dos funcionários e agentes administrativos devem ser elaborados no respeito do conteúdo mínimo do direito à contratação colectiva<sup>1197</sup>. Assim não acontece quando, devendo determinadas matérias ser objecto de negociação colectiva, “nos termos da lei”, a mesma não tem lugar e quando, sendo-o e tendo sido obtido acordo, este é, depois, desconsiderado.

Em qualquer caso, tem de ser feita a articulação com a reserva de competência legislativa da Assembleia da República e os princípios constitucionais relativos à Administração

---

<sup>1193</sup>. Cfr. artigos 56.º, n.º 2, alínea a) e n.ºs 3 e 4, e 267.º, n.º 1, da CRP.

<sup>1194</sup>. Contratualizar é mais do que “procedimentalizar decisões mantidas formalmente nas mãos da entidade empregadora” – Franco Carinci, “Le fonte della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni”, in *La Privatizzazione del Pubblico Impiego*, cit., p. 43.

<sup>1195</sup>. Francisco Liberal Fernandes, “O direito de negociação colectiva na Administração pública”, *Questões Laborais*, Ano V, 1998, 12, p. 221.

<sup>1196</sup>. Sobre a Lei n.º 23/98, de 26 de Maio, que “regula as condições de exercício do direito à negociação colectiva e de participação dos trabalhadores da Administração Pública em regime de direito público”, como lei sem a qualidade de lei com valor reforçado, ver o Acórdão n.º 374/2004/T. Const. – Processo n.º 132/2004, DR., II Série, n.º 152, de 30 de Junho de 2004, pp. 9780 a 9785.

<sup>1197</sup> O qual pode ser dado pela Lei n.º 23/98, de 26 de Maio.

Pública e às finanças públicas<sup>1198 1199</sup>.

A atribuição de maior expressão à negociação colectiva, com a contratação do respectivo regime jurídico, coloca o problema da eventual subtracção da respectiva disciplina jurídica ao controlo da constitucionalidade (salvo quando transporta para lei ou regulamento) atentas as reservas à fiscalização de normas “fundadas na autonomia colectiva”<sup>1200 1201</sup>.

### 3.3.1.3. O período de prova ou o «período experimental estável»

O período inicial da relação jurídica de emprego titulada pela nomeação é probatório<sup>1202</sup>. O período de prova é, assim, posterior àquela, distinguindo-se, tradicionalmente, do de estágio, de cuja superação com êxito depende a aquisição de um vínculo estável de trabalho, o mesmo é dizer, em geral, a nomeação em certas carreiras<sup>1203 1204</sup>. Trata-se de confirmar “o resultado positivo do concurso”, a aptidão (funcional e atitudinal) do

<sup>1198</sup> Laura Rainaldi, “Impiego pubblico”, cit., p. 152.

<sup>1199</sup> Cfr. o princípio da prossecução do interesse público, da igualdade no acesso a um emprego na Administração Pública e os da legalidade financeira, da unidade do orçamento (respeito da compatibilidade financeira com os compromissos financeiros anuais e plurianuais sob pena de nulidade) – artigos 266.º, n.º 1, 47.º, n.º 2, 101.º e 105.º da CRP.

<sup>1200</sup> Laura Rainaldi, “Impiego pubblico”, cit., p. 150. Jorge Miranda, explicitando as “normas ou actos normativos públicos” objecto de fiscalização de constitucionalidade, exclui desta as normas “fundadas na autonomia colectiva (convenções colectivas de trabalho)” – Manual de Direito Constitucional, Tomo II. Constituição e Inconstitucionalidade, 3.ª edição, reimpressão, 1996, pp. 416 e segs., *maxime*, p. 417. Diferentemente, Gomes Canotilho e Vital Moreira incluem os contratos e acordos colectivos de trabalho nos “actos normativos sujeitos a fiscalização da constitucionalidade”, porque, embora “a Constituição remeta para a lei a determinação da sua eficácia (art. 56.º, n.º 4), é entendimento corrente de que eles possuem natureza normativa (é a própria Constituição que na disposição mencionada fala em «normas»), com valor pelo menos idêntico ao das portarias de regulamentação de trabalho (que, como regulamentos que são, estão indubitavelmente sujeitos a fiscalização da Constitucionalidade)” – Constituição da República Portuguesa Anotada, 1993, p. 985.

<sup>1201</sup> As reservas relativamente às normas “fundadas na autonomia colectiva” privada esbatem-se, parcialmente, quando transpostas para o emprego público, se considerarmos a natureza pública de um dos contratantes, numa coloração publicista das normas contratuais.

<sup>1202</sup> A nomeação é dita de provisória no artigo 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro. A opção do “PL 316/2007”, de 12 de Junho, é de designar a nomeação como definitiva, mantendo a ideia de provisoriedade, dada pelo necessário cumprimento de um período de prova, dito, agora, de experimental.

<sup>1203</sup> Cfr. artigo 6.º, n.º 1, e n.º 10, artigo 7.º e artigo 28.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, e artigo 26.º, n.º 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, artigos 4.º, n.º 1, alínea d), e 5.º, n.º 1, alínea c), e artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 265/88, de 28 de Julho.

<sup>1204</sup> O relatório “Refonder de statut de la fonction publique territoriale pour reussir la decentralisation”, ([www.territorial.fr/file/316-Rapport\\_at31-10-03-153807/.pdf](http://www.territorial.fr/file/316-Rapport_at31-10-03-153807/.pdf), p. 13), por exemplo, propõe que o princípio da formação após o recrutamento seja a regra para os agentes de execução e que, para os «quadros técnicos», preceda a aquisição de vínculo estável de trabalho. Ver, também, Bourdon, “La fonction publique territoriale, 20 ans d’évolution permanente”, AJDA, n.º 3/2004, p. 132.



trabalhador para o exercício das funções para que foi recrutado<sup>1205</sup>. No decurso ou termo desse período, pode cessar a relação jurídica de emprego se o trabalhador revelar de forma clara que não possui as competências necessárias. A decisão de fazer cessar a relação de trabalho tem de ser fundamentada por referência aos parâmetros de aferição do seu desempenho e aos factos demonstrativos da sua falta<sup>1206 1207</sup>. No termo do período de prova pode ainda cessar se não obtiver avaliação final suficientemente positiva ou meritória<sup>1208</sup>. A ausência de livre cessação, ao invés do que acontece com o período experimental do Código do Trabalho<sup>1209</sup>, é explicável pela vontade legislativa num certo figurino jurídico de relação jurídica de emprego dotada de reforçada segurança no emprego<sup>1210</sup>.

#### 3.3.1.4. A duração indeterminada

A «relação jurídica funcional» tem uma duração indeterminada, tradicionalmente dita ou tomada como vitalícia. Decorre do direito positivo vigente que goza de uma, digamos, indeterminabilidade segura. Com efeito, pode cessar por aplicação de sanção disciplinar expulsiva (aposentação compulsiva e demissão) ou, durante o período de prova, se o funcionário revelar não ser capaz para o exercício das funções para que foi admitido<sup>1211</sup>. No

---

<sup>1205</sup>. Ettore Morone, “Impiego Pubblico”, cit., p. 273, e Bourdon, La fonction publique territoriale, 20 ans d’évolution permanente”, cit., n.º 3/2004, p. 132 (“O recrutamento consiste na verificação das aptidões e dos conhecimentos profissionais dos candidatos”, sem que as funções requeiram um saber fazer complexo ou específico).

<sup>1206</sup>. Cfr. Acórdão do STA de 20 de Novembro de 1997, Processo n.º 39 512, in Acórdãos Doutrinários n.º 439, pp. 877 e segs., e comentário de Maria Francisca Portocarrero, “Discrecionabilidade e conceitos imprecisos: ainda fará sentido a distinção?”, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 1, Julho/Agosto, 1998, pp. 26 a 46.

<sup>1207</sup>. Se a iniciativa partir do funcionário, este fica, como visto, obrigado a observar um pré-aviso de trinta dias a contar da data da apresentação do pedido - cfr. artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 427/89.

<sup>1208</sup>. No “PL 316/2007”, de 12 de Junho, o “regime de estágio” passa a ser o “período probatório”, redesignado de “período experimental”. Cfr. artigo 12.º daquele projecto.

<sup>1209</sup>. “Durante o período experimental, qualquer das partes pode denunciar o contrato sem aviso prévio nem necessidade de invocação de justa causa, não havendo direito a indemnização, salvo acordo escrito em contrário” (artigo 105.º, n.º 1, do Código do Trabalho). Tendo durado mais de sessenta dias deve ser feito um pré-aviso, pelo empregador, de sete dias (n.º 2 do artigo 105.º).

<sup>1210</sup>. Atenta a especificidade e a especial exigência das funções às quais se restringe a titulação por nomeação, no “PL 316/2007”, de 12 de Junho, deixa de valer uma das razões que pode explicar a opção pelo regime probatório previsto no Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, isto é, o carácter essencialmente executivo das funções das carreiras relativamente às quais se admite *ab initio* a titulação por nomeação, a não exigir uma específica triagem de mérito para além da já realizada pelo concurso.

<sup>1211</sup>. Cfr. artigos 28.º, 29.º e 6.º, n.º 10, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

projectado regime jurídico dos vínculos, carreiras, prevê-se a “cessação por insuficiência de desempenho, revelada na atribuição de avaliações negativas em dois anos consecutivos”, “que, mediante verificação em processo de natureza disciplinar, consubstanciem violação grave e reiterada de deveres profissionais”<sup>1212</sup>

A supressão de empregos, postos de trabalho e de lugares não é causa extintiva da relação de trabalho titulada pela nomeação. Com uma qualificação profissional dada (categoria e ou carreira) e inserido num quadro ou identificado por referência a um posto de trabalho no mapa de pessoal, esta situação jurídica vocaciona-o, como já referido, para a realização de um leque alargado de tarefas, pelo que, no caso de supressão de lugares, do próprio quadro de pessoal ou de postos de trabalho, é preservada no essencial a sua situação jurídica<sup>1213</sup>

<sup>1214</sup> .

Um regime legal de cessação assim configurado, no entanto, não decorre nem constitui uma imposição constitucional. Como explicita o Acórdão n.º 4/2003 do Tribunal Constitucional, “a nossa Constituição não afirma qualquer garantia de vitaliciedade do vínculo laboral da função pública. Os trabalhadores da função pública não beneficiam, sob este ponto de vista, de um direito constitucional à segurança do emprego público diferente daquele em que tal direito é reconhecido aos trabalhadores em geral, pese embora a circunstância – que apenas pode suportar as expectativas subjectivas – da solidez económico-financeira do Estado ser notoriamente superior à das empresas ou dos cidadãos seus contribuintes”<sup>1215 1216</sup> .

---

<sup>1212</sup> . Cfr. Preâmbulo do “PL 316/2007”, de 12 de Junho.

<sup>1213</sup> . No mesmo sentido, observa Jacques Bourdon, “La fonction publique territoriale, 20 ans d’évolution permanente”, AJDA, n.º 3/2004, p. 123.

<sup>1214</sup> . Cfr. Decreto-Lei n.º 193/2002, de 25 de Setembro, e o Decreto-Lei n.º 535/99, de 13 de Dezembro, que aquele revogou, a Lei n.º 53/2006, de 7 de Dezembro. Ver, também, artigo 32.º do “PL 316/2007”, de 12 de Junho.

<sup>1215</sup> . Acórdão proferido no Processo n.º 437/2003, DR., II Série, n.º 37, de 13-02-2003, pp. 2443 e segs. Se, tal como no sector privado, a rigidez do regime jurídico de cessação pode ser apontado como uma das razões para o recurso a vínculos laborais precários e ao trabalho autónomo (Maria do Rosário Ramalho, “Insegurança ou diminuição do emprego? O caso português”, in Estudos de Direito do Trabalho, cit., pp. 96 a 98), na Administração Pública a utilização abusiva destes últimos resulta fundamentalmente da procura de contornar as vinculações jus-publicistas inerentes ao concurso público e, em alguma medida também, da não optimização dos recursos humanos disponíveis.

<sup>1216</sup> . Maria Fernanda Palma votou vencida a “não declaração de inconstitucionalidade do artigo 9.º, alínea h), da Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro, na redacção dada pela Lei n.º 16-A/2002, de 31 de Maio, no que se refere à possibilidade de redução de vencimento por violação do artigo 2.º da Constituição, na

A eficácia do direito de aceder à função pública em condições de igualdade e liberdade (artigo 47.º, n.º 2, da CRP) reclama, como tem sido destacado, a estabilidade no emprego público obtido<sup>1217</sup>. Esta estabilidade está abrangida pelo âmbito de protecção do direito à segurança no emprego consagrado no artigo 53.º da Constituição, que não distingue entre os trabalhadores que são ou não da Administração Pública, nem, quanto a estes, segundo o regime jurídico de trabalho<sup>1218</sup>. A norma proíbe os despedimentos sem justa causa, designadamente, por motivos político-ideológicos. Os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e de outras entidades públicas não podem ser prejudicados em virtude do exercício de quaisquer direitos políticos, designadamente por opção partidária (artigo 269.º, n.º 2, da CRP). O Governo é o órgão superior da Administração Pública e o órgão de condução da política geral do país (artigo 182.º da CRP). O empregador público actua, na realização das necessidades colectivas, de acordo com as políticas governamentais que define ou para cuja definição e execução contribui ou na qual participa. A criação, reestruturação, fusão e extinção de serviços e organismos públicos são instrumentos de concretização de políticas que vão variando em maior ou menor sintonia com os ciclos eleitorais<sup>1219</sup>.

O despedimento colectivo ou por extinção de postos de trabalho nas empresas é fundamentado em razões heterónomas, económicas, por “motivos de mercado” (que se prendem com a “diminuição previsível da procura de bens ou serviços ou impossibilidade

---

perspectiva da violação do princípio da confiança como emanção do Estado de direito democrático”. Radica no princípio da confiança a protecção da estabilidade no emprego público, fazendo apelo, por um lado, à existência de “uma tradição de estabilidade firmada ao longo de décadas” e, por outro lado, considera tal “estabilidade uma “manifestação de uma certa credibilidade do Estado empregador e expressão do bom funcionamento de uma Administração Pública baseada na experiência dos seus funcionários”. Os argumentos manifestamente não procedem. Por um lado, porque não existe qualquer convicção de juridicidade na referida tradição de estabilidade, antes sendo objecto de reiterado questionamento. Por outro lado, precisamente porque a estabilidade invocada é também frequentemente tida como factor de descredibilidade e de um menor empenho dos funcionários públicos.

<sup>1217</sup>. Jesús Jordano Fraga, *Nulidad de los Actos Administrativos y Derechos Fundamentales*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, Madrid, 1997, p. 261, e Ramón Parada Vázquez, “La degeneración del modelo de función pública”, cit., p. 419, Maria do Rosário Ramalho e Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho na Administração Pública*, 2004, p. 30.

<sup>1218</sup>. Declaração de voto no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 345/93, Processo n.º 89/92, 1.ª Secção, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/acordaos/acordaos93/301-400/34593.htm>, p. 17.

<sup>1219</sup>. Cfr. preâmbulos do Decreto-Lei n.º 193/2002, de 25 de Setembro, e o Decreto-Lei n.º 535/99, de 13 de Dezembro, por aquele revogado.

superveniente, prática ou legal, de colocar esses bens ou serviços no mercado”), por “motivos estruturais” (conexos, em parte, ainda com o mercado, traduzidos no “desequilíbrio económico-financeiro, mudança de actividade, reestruturação da organização produtiva ou substituição de produtos dominantes”) e por “motivos tecnológicos” (que se prendem com a evolução tecnológica e a sua repercussão sobre a relação do mercado com a empresa, consubstanciando-se em “alterações nas técnicas ou processos de fabrico ou de movimentação de cargas, bem como na informatização de serviços ou automatização de meios de comunicação”)<sup>1220</sup>. Daí que haja pertinência na observação de que as relações de trabalho estabelecidas com um empregador privado não podem ter carácter permanente atendendo à “duração limitada da empresa privada”<sup>1221</sup> ou à sua duração potencialmente não ilimitada.

Embora não seja de desconsiderar o efeito das transformações, de ordem social, económica e cultural, da comunidade em que se insere e as alterações impostas pelo progresso técnico<sup>1222</sup>, ao despedimento colectivo ou à extinção de postos de trabalho na Administração Pública falta, as mais das vezes, heteronomia de motivos, antes correspondendo a opções políticas, ainda que legítimas<sup>1223</sup>. Com efeito, “ao contrário das empresas privadas – cuja sobrevivência depende essencialmente do mercado –, as organizações públicas não concorrem, regra geral, com as privadas, nem entre si. A sua sobrevivência depende apenas da vontade do poder político que as cria, mantém, modifica ou extingue por sua livre iniciativa”<sup>1224</sup>.

O contrapeso a fazer prende-se com a relação com o poder político, na medida em que a função pública é parte da Administração Pública e esta, embora distinta, é, “ao serviço do interesse público”, dependente do poder político<sup>1225</sup>. A garantia do direito à segurança do

<sup>1220</sup>. Cfr. artigos 397.º, n.º 2, e 402.º do Código do Trabalho.

<sup>1221</sup>. Ettore Morone, “Impiego Pubblico”, cit., p. 267. Em contraponto, observa que a “permanência no emprego deriva da duração não limitada que o próprio ente público apresenta”.

<sup>1222</sup>. José da Mata de Sousa Mendes, Relatório Preliminar sobre as Linhas Gerais da Reforma Administrativa, Comissão Interministerial de Planeamento e Integração Económica, Presidência do Conselho de Ministros, Grupo de Trabalho n.º 14, Reforma Administrativa, Outubro de 1965 a Julho de 1966, pp. 1 e 2. Observa o Autor que a Administração não pode divorciar-se da Sociedade e desfazer-se da Técnica.

<sup>1223</sup>. Cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 193/2002, de 25 de Setembro.

<sup>1224</sup>. João Caupers, Direito Administrativo I, Guia de Estudo, 1996, p. 26.

<sup>1225</sup>. José Luís Pereira Coutinho, “A relação de emprego público na Constituição. Algumas Notas”, cit.,

emprego, concretizada no regime jurídico de cessação da relação jurídica de emprego público, tem como única particularidade a de dever prevenir que as mudanças governamentais se repercutam em mudança dos trabalhadores existentes por novos ou em mudanças orgânicas que, necessariamente, conduzam a esse resultado<sup>1226</sup>.

### 3.3.2. O contrato administrativo de provimento

#### 3.3.2.1. Caracterização

O contrato administrativo de provimento é um dos vínculos clássicos da relação jurídica de emprego público. Assim designado titula o exercício transitório de uma actividade subordinada na Administração Pública em “situações específicas claramente definidas na lei”<sup>1227</sup>, “com sujeição ao regime jurídico da função pública”<sup>1228</sup>. Estão em causa “funções próprias do serviço público”<sup>1229</sup> específicas, seja do ponto de vista comportamental ou da idoneidade pessoal, seja do ponto de vista do *know-how* que exigem. Podem servir como antecâmara à constituição de uma relação estável de trabalho, no pressuposto de que ocorra após a obtenção dessa prova ou maturação capacitária<sup>1230</sup>. Abrange também situações em que as funções exercidas não são estáveis pela indefinição organizacional do ente público (serviços em regime de instalação<sup>1231</sup>). Não obstante, a partir de finais dos anos noventa, foi-se verificado o alargamento legal avulso das situações em que era possível recorrer ao

---

pp. 705 e 706.

<sup>1226</sup>. Sem prejuízo, a questão de saber se a relação de trabalho dos funcionários públicos comporta particularidades justificativas de um reforçado direito à segurança do emprego é relativizada pelo facto do regime jus-laboral ser considerado, muitas vezes, já de si, como especialmente protectivo face a outros congéneres europeus - Maria do Rosário Ramalho, “Insegurança ou diminuição do emprego? O caso português”, in Estudos de Direito do Trabalho, cit., pp. 98 a 103.

Relativamente ao contrato de trabalho celebrado por pessoa colectiva pública, aplicando-se embora as “causas de cessação do contrato previstas” no respectivo Código, prevê o “PL 316/2007” a possibilidade de o trabalhador permanecer em situação de mobilidade especial por um ano tendo em vista a sua recolocação.

<sup>1227</sup>. Cfr. § 2 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

<sup>1228</sup>. Cfr. artigo 15.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

<sup>1229</sup>. Cfr. artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 6 de Junho, e artigo 15.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

<sup>1230</sup>. Assim, por exemplo, há lugar à celebração de contrato administrativo de provimento para titular a realização do internato médico, o exercício de funções docentes e de guarda prisional. Cfr. artigo 15.º, n.º 2, alíneas b) e c), do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

<sup>1231</sup>. Cfr. artigo 15.º, n.º 2, alínea a), do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, e Decreto-Lei n.º 215/97, de 18 de Agosto.

contrato administrativo de provimento sem preservação da referida «marca identitária»<sup>1232</sup>  
<sup>1233</sup>. O critério da natureza e especial exigência funcional foi sendo desatendido, com os respectivos agentes administrativos a exercerem funções «indiferenciadas», ao abrigo de sucessivos diplomas legais que vão prorrogando, pontualmente, a sua duração ou prevêm a sua celebração (directa e, como tal, constitucionalmente duvidosa<sup>1234</sup>) com anteriores trabalhadores com contrato de trabalho a termo certo<sup>1235</sup>. No quadro desta evolução, a figura dilui-se nas da nomeação (para os casos em que é reservado este tipo de vínculo) e no contrato de trabalho (qualificado de natureza administrativa), numa transição que atende ao carácter temporário do vínculo<sup>1236</sup>.

### 3.3.2.2. O regime jurídico, em especial, o regime jurídico de cessação

Os termos, as condições e a duração dos contratos administrativos de provimento são os definidos nos estatutos jurídicos específicos de certas categorias de trabalhadores, sem

---

<sup>1232</sup>. As possibilidades de utilização deste tipo contratual foram sendo alargadas a partir de finais dos anos noventa, nem sempre de acordo com a razão de ser da figura à face do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro. Nesta linha, se insere a previsão de contratação, por exemplo, no Decreto-Lei n.º 344/99, de 26 de Agosto (e Decreto-Lei n.º 147/2005, de 26 de Agosto), pelas escolas e durante um período de três anos, de contratos administrativos de provimento para categorias de ingresso de várias carreiras do pessoal não docente; no Decreto-Lei n.º 212/2001, de 1 de Agosto, a previsão da celebração, “a título excepcional”, durante o período de um ano a contar da data de entrada em vigor do diploma, de contratos administrativos de provimento “para a categoria de ingresso na carreira de assistente administrativo para o exercício de funções na Direcção de Serviços de Identificação Civil e nas suas delegações”. Cfr. ainda, entre outros, o Decreto-Lei n.º 280/200, de 10 de Novembro, e o Decreto-Lei n.º 27-A/2000, de 3 de Março.

<sup>1233</sup>. Sem prejuízo, talvez fosse de equacionar pelo legislador, a partir do redesenhar da sua vocação, a previsão legal do mesmo como o vínculo jurídico regra das relações de trabalho na Administração, por a sua natureza poder melhor permitir fazer a ponte entre a necessidade de «modernidade» e flexibilidade jurídicas daquelas e as necessárias vinculações jurídico-públicas.

<sup>1234</sup>. Por esta via se verifica a preterição do provimento concorrencial e garantístico dos direitos e interesses de terceiros, assim como dos “direitos dos interessados em que a pessoa escolhida seja a mais idónea”. Cfr. Advogado-geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colombar - nas conclusões apresentadas em 11 de Março de 2004, no Processo C-150/03 P, Chantal Hectors contra Parlamento Europeu – refere-se aos “direitos dos interessados em que a pessoa escolhida seja a mais idónea” e em que todos os candidatos (concorram) em igualdade de circunstâncias” (, cit., p. 5, pontos 26 a 33).

<sup>1235</sup>. Cfr., a título de exemplo, o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 212/2001, de 1 de Agosto: “Consideram-se em condições de celebrar os contratos administrativos de provimento previstos neste diploma os trabalhadores contratados a termo certo que, à data da sua entrada em vigor, prestam serviço na Direcção de Serviços de Identificação Civil e nas suas delegações, bem como nos postos de atendimento dos serviços públicos das Lojas do Cidadão.” Cfr., igualmente, o artigo 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho.

<sup>1236</sup>. Cfr. artigos n.º 11.º, n.º 3, 21.º e 91.º do “PL 316/2007”, de 12 de Junho de 2007.

prejuízo da existência de um regime geral<sup>1237</sup>.

O contrato é celebrado, segundo este regime, pelo prazo de um ano, findo o qual caduca, uma vez denunciado com aviso prévio<sup>1238</sup>, ou renova-se, de forma tácita e sucessiva, até a um limite máximo de duração<sup>1239</sup>.

O direito à segurança do emprego<sup>1240</sup> assenta na regra da indeterminabilidade da duração das relações de trabalho e na utilização comedida dos vínculos de duração transitória. Para tanto, deve o legislador ordinário prever instrumentos jurídicos prévios e posteriores à sua constituição que o garantam<sup>1241</sup>. Entre os primeiros, contam-se a circunscrição dos motivos justificativos do recurso a tais vínculos, a observância de certa forma e formalidades na celebração do contrato e a fixação de limites à sua duração; e entre os segundos, o pagamento de uma compensação pela caducidade do contrato e a fundamentação da decisão de não renovação quando não atingido o limite máximo de renovações<sup>1242</sup>.

Ora, no contrato administrativo de provimento se, *a montante*, dúvidas não suscita o vigente regime jurídico<sup>1243</sup>, *a jusante*, entende-se que a observância de um pré-aviso não é suficiente para garantir a harmonização com o direito à segurança no emprego. A esta luz, e atendendo a que o mesmo, quanto à sua duração, é um contrato a termo (“contrato

---

<sup>1237</sup>. Cfr. artigos 16.º e 17.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

<sup>1238</sup>. Cfr. com a antecedência mínima de sessenta dias (artigo 30.º, n.º 1, alínea b), e n.ºs 2 e 3, e artigo 16.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro). “A denúncia é uma declaração unilateral tendente a evitar a renovação de um contrato no seu termo e tem, em princípio, carácter de uma faculdade discricionária” (Inocêncio Galvão Teles, Parecer, in Colectânea de Jurisprudência, 1986, n.º 3, p. 17).

<sup>1239</sup>. Cfr. ponto 9.2. do Parecer n.º 3/96, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, publicado no Diário da República, II Série, n.º 88, de 13 de Abril de 2000, pp. 6935 e segs.

<sup>1240</sup>. Pertencente à categoria dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (Capítulo III do Título II da Parte I da CRP).

<sup>1241</sup>. Cfr., entre vários outros, Acórdãos do TC, n.º 162/95, Processos n.ºs 206/94 e 241/94, n.º 233/97, Processo n.º 220/96, n.º 280/2000, Processo n.º 313/99, e n.º 717/2004, Processo n.º 608/98, ([www.tribunalconstitucional.pt/](http://www.tribunalconstitucional.pt/)) e Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 1993, pp. 284 a 289.

<sup>1242</sup>. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 345/93, Processo n.º 89/92, 1.ª Secção, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/acordaos/acordaos93/301-400/34593.htm>, pp. 17 a 19.

<sup>1243</sup>. Parecer da Comissão Constitucional n.º 20/79, de 7 de Agosto de 1979 (: “a contratação a prazo não é, em princípio, proibida pela Constituição, e não vai implicar necessariamente com a segurança no emprego no que ao Estado incumbe garantir ao trabalhador.” Diferentemente, “[s]e, porventura, se verificasse, no mundo do trabalho, uma ampla liberalização dos contratos a prazo, então, sim, poderíamos admitir e sustentar que estávamos em face de um manifesto desrespeito à Lei Fundamental.” Pareceres da Comissão Constitucional, 9.º volume, p. 27.

administrativo a prazo certo”<sup>1244</sup> ou mais ou menos certo), justificava-se a alteração do respectivo regime jurídico de cessação, no sentido da expressa previsão legislativa do pagamento de compensação por caducidade do contrato e da obrigatoriedade de motivar a decisão de não renovação, sendo esta possível<sup>1245 1246</sup>.

Marcello Caetano, ante um regime contratual semelhante, escrevia: “A denúncia não carece de ser fundamentada. Feito o pré-aviso na oportunidade devida, cessam no termo do período em curso as relações contratuais. Simplesmente também aqui se não justifica que a Administração Pública se não sujeite às regras que impõe às relações de trabalho entre particulares. Se o despedimento tem lugar sem invocação de justa causa e o contratado não tem direito à aposentação, deveria ser-lhe paga indemnização de quantitativo proporcional ao número de anos de serviço prestados. É uma reforma a fazer na legislação”<sup>1247</sup>.

### 3.3.2.3. Os actos do empregador público praticados na vigência do contrato

A situação jurídica do agente administrativo é “em grande parte legal e regulamentar” (“com sujeição ao regime jurídico da função pública” sem “as garantias de emprego e de carreira que caracterizam a situação do funcionário”)<sup>1248</sup>. Importa, no entanto, não esquecer a existência de um contrato. De onde decorre, a subsistência, ainda que não significativa, da possibilidade dos contraentes estipularem aspectos da respectiva relação jurídica (v. g.,

---

<sup>1244</sup>. Para usarmos a expressão da alínea e), do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 247/87, de 17 de Junho.

<sup>1245</sup>. No sentido de que o direito à segurança no emprego impõe o pagamento de compensação uma vez caducado contrato de trabalho a termo celebrado com uma pessoa colectiva pública não seguido da constituição de uma relação de trabalho estável, ver o Parecer n.º 23/97, DR., II Série, n.º 1, de 3 de Janeiro de 2000. O facto de cada aspecto de regime ter de ser considerado no contexto da tipologia da respectiva relação jurídica de emprego, cada uma com dimensões mais ou menos favoráveis para as correspondentes categorias de trabalhadores, não afasta a necessidade da referida compensação, que atende a uma comum (com o contrato de trabalho a termo) duração transitória e porque está em causa um juízo sobre o regime à face do direito à segurança no emprego e não uma qualquer análise comparativa de regimes jurídicos.

<sup>1246</sup>. Ao que acresce a falta de concretização legislativa do direito dos agentes administrativos (e funcionários) à assistência material quando se encontrem involuntariamente na situação de desemprego (alínea e) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição). O Tribunal Constitucional, na sequência de pedido do Provedor de Justiça, deu por verificado o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequível o direito previsto na referida norma (Acórdão n.º 474/2002, publicado no Diário da República, I Série, n.º 292, pp. 7912 a 7921).

<sup>1247</sup>. Manual de Direito Administrativo, Tomo II, 9.ª edição (revista e actualizada por Freitas do Amaral), Coimbra, 1980, p. 797).

<sup>1248</sup>. Como observa Gaudemet (*apud* Laurent Richer, *Droit des Contrats Administratifs*, 2.ª edição, 1999, p. 518) e tem previsão na alínea a) do artigo 180.º do CPA.



duração concreta do contrato, horário e local de trabalho)<sup>1249</sup>. Na expressão de Lopes Navarro, em parte, “encontram-se numa situação jurídica subjectiva e, em parte, numa situação jurídica objectiva”<sup>1250</sup>. Em segundo lugar, “o contrato pode justificar uma indemnização, por exemplo, no caso de modificação conducente a uma sua alteração substancial”<sup>1251</sup>.

Como acordo de vontades que é, o poder dispositivo das partes sobre o contrato celebrado deve, por princípio, consentaneamente, nele assentar e não na imposição unilateral de efeitos jurídicos. Como refere o STA, no Acórdão de 9 de Maio de 2002, “na fase de execução do contrato a relação é essencialmente bipolar, importando regular os interesses das partes no contrato”, ao invés do que acontece previamente à e aquando da sua celebração<sup>1252</sup>.

As manifestações de vontade proferidas pelo contraente administrativo na vigência do contrato são, por princípio, declarações negociais e as pretensões referentes ao contrato celebrado apreciadas judicialmente em acção administrativa comum (por exemplo, a

---

<sup>1249</sup>. Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, p. 90.

<sup>1250</sup>. Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, p. 91. A expressão de Lopes Navarro vai dirigida aos trabalhadores contratados dos quadros permanentes, o que não acontece com os agentes administrativos em referência no texto, mas, não só *mutatis mutandis*, a situação é paralela, como a afirmação transcrita é fiel quando aplicada aos segundos. A afirmação de Lopes Navarro (*Funcionários Públicos*, p. 92) segundo a qual os trabalhadores contratados que não pertencem aos quadros permanentes têm uma situação jurídica exclusivamente contratual, subjectiva (e que como tal não pode ser alterada apenas por vontade duma das partes), não tem tradução na realidade jurídica normativa actual do emprego público. No sentido em que “a situação dos agentes contratados é uma situação jurídica subjectiva e os seus direitos e deveres são os derivados exclusivamente do seu próprio contrato”; sem prejuízo da submissão dos contratados “às leis relativas ao exercício das suas funções”. Assim, “Magalhães Colaço propõe a fórmula: a missão do contratado é regida essencialmente pelo contrato naquilo que ele importa, mas naquilo que o contrato não exclui, aplica-se toda a lei geral, na parte pedagógica, disciplinar, fiscal, etc.”. Cfr. e *Lições de Direito Administrativo*, “segundo as prelecções do Exm.º Sr. Dr. Magalhães Colaço, ao 3.º ano jurídico de 1923-24, aproveitando também estas lições ao curso do 2.º ano jurídico – (Reforma de 1922)”, de A. Queiroz Martins, Simões Correia e Ferreira Júnior, *Papelaria Escolar Editora*, 1924, Lisboa, pp. 94 e 95.. Cfr. artigo 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho

<sup>1251</sup>. Laurent Richer, *Droit des Contrats Administratives*, cit., p. 520.

<sup>1252</sup>. Aí, “os interesses que confluem no momento da adopção de determinada forma de contratar e na escolha do contraente são muito diferentes se o negócio se vai estabelecer entre particulares que, nos limites da lei, dispõem livremente do que é seu e contratam com quem querem e como mais convenha à avaliação que façam dos seus interesses, ou a Administração que, seja qual for o instrumento contratual utilizado, está sempre a comprometer bens ou recursos públicos, de que só pode dispor ou afectá-los nos termos em que a lei lho consinta, designadamente com respeito pelos princípios da igualdade e da imparcialidade, pelo que as regras gerais da capacidade de exercício podem não ser suficientes” - Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo proferido no Processo n.º 047720, pela 1.ª Subsecção do CA, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), pp. 5 a 7.

apreciação da legalidade de cláusula remuneratória de um contrato de serviço docente, da legalidade da sua alteração expressa ou implícita, pelo pagamento de remuneração por valor inferior ao que da mesma decorreria<sup>1253</sup>). Sem prejuízo, podemos ter actos administrativos, seja no âmbito da aplicação do disposto no artigo 180.º do CPA<sup>1254</sup>, seja sempre que a Administração determine e imponha de forma unilateral a situação jurídica do co-contratante privado (designadamente na sequência de pedido seu)<sup>1255</sup>, caso em que a acção administrativa especial se revelará também adequado meio processual<sup>1256 1257</sup>.

Em face do exposto, parece-nos ser de relativizar a qualificação, em abstracto, da manifestação de vontade da Administração na vigência do contrato administrativo como correspondendo (sempre) a uma declaração negocial ou a um acto administrativo.

#### 3.3.2.4. O conceito de agente administrativo

É agente administrativo o trabalhador parte num contrato administrativo de provimento, que titula o exercício transitório de funções próprias específicas do serviço público segundo o regime jurídico da função pública<sup>1258</sup>. Não existe arrimo legal para uma noção mais abrangente, que a faça coincidir ou aproximar da noção de agente público ou de agente *tout*

---

<sup>1253</sup>. Sempre que o abono de vencimento é alterado na sequência da modificação das normas jurídicas, por aplicação das quais foi fixada uma dada cláusula remuneratória, a sua aplicação até ao termo de vigência dos contratos celebrados dependerá em princípio do acordo das partes. No entanto, sempre pode observar-se que o carácter indisponível quer das normas legais à luz das quais a cláusula remuneratória foi fixada quer das que o modificam prejudica o acordo das partes.

<sup>1254</sup>. A paridade justificada no contrato celebrado é, não obstante, e em nome da necessária tutela dos interesses funcionais do empregador público, temperada pelos específicos poderes de intervenção unilateral previstos no artigo 180.º do CPA.

<sup>1255</sup>. Apesar do artigo 186.º do CPA.

<sup>1256</sup>. Sobre o assunto, Maria João Estorninho, “Um contrato ilegal ... é legal? Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.ª Secção) de 15.10.1996, P. 38665”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 1, Janeiro/Fevereiro 1997, pp. 19 a 23, Acórdão do STA, Pleno, de 6 de Julho de 1999, Recurso n.º 37 241, in *Acórdãos Doutrinários do STA*, n.º 456, p. 1592, e Mário Aroso de Almeida, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.ª edição, revista e actualizada, 2005, pp. 108 a 111 e 125 e 126.

<sup>1257</sup>. Cfr. artigos 37.º, n.º 2, alíneas h) e e), e n.º 2, alíneas a) e b), do artigo 46.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Nesta perspectiva, é possível ao contraente particular discutir o montante da remuneração que entende ser devida pelo empregador, quer pondo em causa a definição unilateral do mesmo pelo empregador, quer, independentemente dela, exigir judicialmente a condenação do mesmo a pagar-lhe a quantia que entende ser-lhe devida.

<sup>1258</sup>. Cfr. artigo 14.º, n.º 2, e artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, e artigo 2.º, n.º 3, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.

*court*<sup>1259</sup>. Importa não confundir o conceito de agente, correspondente ao conceito amplo de agente administrativo do Professor Marcello Caetano, cujo discurso pressuponha um distinto quadro normativo, com o de agente administrativo empregue, igualmente de forma ampla, no artigo 266.º, n.º 2, da CRP, com aquele que é o do legislador ordinário. Separado do contrato administrativo de provimento, o conceito de agente administrativo não deve ser associado ao contrato de trabalho, não só porque existe referência legal que o apoie<sup>1260</sup>, como por decorrência da natureza do contrato, ainda que sujeito parcialmente a um regime de Direito administrativo.

### **3.4. Os vínculos jurídico-privados**

#### **3.4.1. O contrato de trabalho por tempo indeterminado**

##### **3.4.1.1. A evolução no recurso ao contrato individual de trabalho**

A nomeação constitui, no quadro legislativo definido em finais dos anos oitenta, e já antes, o vínculo principal e comum das relações de trabalho na Administração Pública<sup>1261</sup>, e o contrato administrativo de provimento e o contrato de trabalho a termo certo os vínculos jurídicos que titulam relações de trabalho temporárias<sup>1262</sup>.

Este quadro jurídico, explicitado no capítulo II Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e desenvolvido no Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, é aplicável aos “serviços e

---

<sup>1259</sup>. Um conceito amplo de agente administrativo não resulta, designadamente, dos artigos 28.º e 30.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, relativos ao regime jurídico da cessação da relação jurídica de emprego de funcionários públicos e agentes: a) a divisão em dois preceitos das causas de cessação da relação jurídica de emprego aplicáveis aos trabalhadores “em regime de contrato administrativo de provimento” (agentes administrativos, por força do n.º 2 do artigo 14.º) não é relevante. O artigo 30.º refere-se às causas de cessação aplicáveis a estes, o artigo 28.º às causas comuns aos “funcionários e agentes” e o artigo 29.º às aplicáveis apenas aos funcionários; b) a eventual maior amplitude do conceito de “agentes” no artigo 28.º não permite fazê-lo equivaler à de “agente administrativo”; c) as causas de cessação previstas no artigo 28.º aplicam-se inequivocamente aos agentes administrativos pela sua natureza e como decorre já dos Estatuto da Aposentação e Estatuto Disciplinar (respectivamente, Decreto-Lei n.º 498/72, de 9 de Dezembro, objecto de várias alterações, e Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro); d) as causas de cessação enunciadas nos artigos 28.º e 30.º não afastam a aplicação da disciplina jurídica constante de estatutos específicos (conforme remissão da alínea b) do n.º 2 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro). Cfr., de modo diferente, Paulo Veiga e Moura, *Função Pública*, cit., pp. 26 a 28, e Acórdão de 23 de Janeiro de 2003, Processo n.º 11242/02, do Tribunal Central Administrativo Sul, in <http://www.dgsi.pt/jtca>.

<sup>1260</sup>. Cfr. artigo 5.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto.

<sup>1261</sup>. De harmonia com a directriz constante da autorização legislativa da alínea c) do n.º 1, artigo 15.º da Lei n.º 114/88, de 30 de Dezembro.

<sup>1262</sup>. O quadro jurídico é, tal qual, anterior à Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.

organismos da Administração Pública, incluindo os institutos públicos nas modalidades de serviços personalizados do Estado e de fundos públicos”<sup>1263</sup>. Os “serviços personalizados” incluem, quer os hoje designados serviços personalizados<sup>1264</sup>, quer os estabelecimentos públicos, adoptando ali o legislador o conceito amplo de Marcello Caetano, para quem quando a atribuição principal do instituto “é o desempenho de uma actividade operacional ou de prestações, mas sem carácter de empresa, estaremos perante o serviço personalizado propriamente dito”<sup>1265</sup>.

Do quadro jurídico conformador constituído por tal conjunto normativo ficou de fora “o pessoal dos institutos públicos” e o pessoal “dos serviços públicos” que, à data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, estivessem “abrangidos” (então) pelo “regime aplicável às empresas públicas ou de contrato individual de trabalho”, bem como o pessoal “das conservatórias, cartórios notariais” e as “situações identificadas em lei como regime de direito público privativo”<sup>1266</sup>.

Tratam-se de regimes particulares de trabalho, jus-administrativistas, afastados do regime geral do funcionalismo público, ou jus-privatísticos, existentes então no âmbito das entidades públicas referidas que não ficaram prejudicados pelo novo enquadramento legal do emprego público.

À expressão literal da norma do n.º 4 do artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho (“abrangidos”, “identificadas”)<sup>1267</sup>, junta-se a epígrafe do artigo, “salvaguarda de

---

<sup>1263</sup>. Cfr. artigo 2.º, n.º 1.

<sup>1264</sup>. Como bem referem Rodrigo Esteves de Oliveira e Vital Moreira (“Os institutos públicos e a organização administrativa em Portugal”, in Relatório e proposta de lei-quadro sobre os Institutos Públicos, Grupo de Trabalho para os Institutos Públicos presidido por Vital Moreira, Lisboa, Setembro, 2001, p. 46) a “nova arrumação das diferentes variedades de entes públicos institucionais, no que se refere aos institutos públicos em sentido estrito, não encontrou eco na lei, que quanto aos institutos públicos tradicionais (excluídas as empresas públicas) continuou a usar a dicotomia tradicional entre serviços personalizados (abrangendo os estabelecimentos públicos) e os fundos ou fundações públicas”.

<sup>1265</sup>. Manual de Direito Administrativo, Vol. I, 1984, 10.ª edição, 3.ª reimpressão, p. 372. O recorte do Professor significou um avanço relativamente à anterior utilização da expressão de instituto público como sinónimo de “serviço personalizado do Estado”. Cfr. Alfredo Mendes de Almeida Ferrão, serviços Públicos no Direito Português, 1963, pp. 219 e 220.

<sup>1266</sup>. Cfr. artigo 41.º, n.º 4. do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e artigo 44.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

<sup>1267</sup>. O legislador se quisesse atribuir à “salvaguarda” um carácter prospectivo (salvaguarda das excepções que futuramente o Governo venha a introduzir, como o interpreta o Tribunal Constitucional) não poderia ter utilizado o participio passado dos verbos abranger e identificar (“abrangidos” e “identificadas”).Cfr. Acórdão

regimes especiais”, e a inserção sistemática no Capítulo V do diploma, que reúne as “Disposições finais e transitórias”, na demonstração do alcance estrito da salvaguarda.

Apenas as relações de trabalho nos institutos públicos e demais entidades – à data da entrada em vigor do diploma – com regime jurídico diferente do da função pública (estrito senso) constituem o âmbito previsivo do n.º 4 do artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho<sup>1268</sup>.

A norma delimita, com carácter de excepção, o âmbito do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho. A sua extensão aplicativa<sup>1269</sup> não pode, assim, de forma lógica, ser tão ampla quanto o âmbito de abrangência do mesmo em que se insere<sup>1270</sup>, isto é, a exclusão não pode ter a amplitude da esfera de aplicação do diploma, a cuja restrição se dirige, sob pena de o desprover do seu sentido conformativo<sup>1271</sup>.

E o sentido do legislador em 1989 foi o de disciplinar, pela fixação de um quadro legal de referência, todas as relações de trabalho na Administração Pública, desde então a serem percebidas a partir dos “princípios gerais da relação de emprego público” e reconduzíveis aos tipos de vínculos que enuncia.<sup>1272</sup> Não se pode, por outro lado, invocar a directriz,

---

n.º 162/03, Processo n.º 777/02, do Tribunal Constitucional e voto de vencido, in [www.tribunalconstitucional.pt/acordaos/acordaos03/101-200/16203.htm](http://www.tribunalconstitucional.pt/acordaos/acordaos03/101-200/16203.htm).

<sup>1268</sup>. Cfr. também o artigo 44.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, inserido no Capítulo VI, com a epígrafe “Disposições finais e transitórias”. Reportando-se ao n.º 1 do artigo 44.º, Cláudia Viana considera, igualmente, que “não constitui uma habilitação legal específica” para a “utilização, como regra dos contratos individuais de trabalhos nos institutos públicos” – “A laboralização do Direito da Função Pública”, *Scientia Iuridica*, Tomo LI, n.º 292, Janeiro/Abril, 2002, p. 92.

<sup>1269</sup>. Dada pelo n.º 4 do artigo 41.º.

<sup>1270</sup>. Cfr. artigo 2.º

<sup>1271</sup>. O Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 162/03, chama às normas em causa “regras especiais”, mas estas, em rigor, inseridas nas “Disposições finais e transitórias”, são normas que excepcionam determinadas relações de trabalho da tipologia dos vínculos definidos pelo diploma; devem ser lidas a partir das normas que delimitam o seu “objecto e âmbito” e dos “princípios gerais do emprego” (Capítulos I e II) e não o inverso. O Tribunal Constitucional, no Acórdão 129/99 (Processo n.º 845/93, DR., II Série, n.º 155, de 6 de Julho de 1999, pp. 9673 a 9675) destacou que, apesar da inexistência de uma lei quadro da função pública ou de uma lei de bases, existem “consagrados em legislação avulsa princípios básicos fundamentais da regulamentação do regime da função pública”, dos quais pode extrair-se a “existência de verdadeiras bases no sentido constitucional”. Em matéria de “regime de constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na função pública, os princípios fundamentais (...) constam dos Decretos-Leis n.ºs 184/89, de 2 de Junho, e 427/89, de 7 de Dezembro (no sentido de que os diplomas supra referidos se apresentam como verdadeiras leis quadro nessa matéria, expressamente o Acórdão n.º 36/96, já citado), sendo certo que eles incluem no seu âmbito os institutos públicos”.

<sup>1272</sup>. A “ordem” a que alude Mário Torres (em voto de vencido ao Acórdão n.º 162/2003, do Tribunal Constitucional) não é contrária ao alargamento da tipologia dos vínculos e à diversificação de regimes (idem,

contida na alínea b) do n.º 1 do artigo 15.º da Lei n.º 114/88, de 30 de Dezembro<sup>1273</sup>, da flexibilidade na gestão de pessoal, como fez o Tribunal Constitucional nos Acórdãos n.ºs 162/2003 e 61/2004<sup>1274</sup>:

- (1) Os instrumentos jurídicos de flexibilização da “gestão de pessoal” aí enunciados foram concretizados, pelo legislador governamental, no Capítulo IV (“Princípios gerais sobre gestão”) e não no Capítulo II (“Princípios gerais do emprego”) do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho<sup>1275</sup>: à alínea b) do n.º 1 do artigo 15.º corresponde o capítulo IV do Decreto-Lei n.º 184/89; e à alínea c) do n.º 1 do artigo 15.º o capítulo II do mesmo diploma.
- (2) Em tal alínea b) não se inclui o contrato de trabalho<sup>1276</sup>, não constituindo, portanto, a pretendida credencial parlamentar.
- (3) Ao enunciar o contrato de trabalho como um instrumento de flexibilidade<sup>1277</sup>, a coberto

---

pp. 16 a 18). Essencial é que a alteração (substantiva) do quadro legal conformador do emprego público, como acontece com o aditamento de um novo tipo de vínculo para titular as relações de trabalho na Administração Pública, ocorra não «à la carte», de forma desorganizada, mas por opção do legislador que definiu esse mesmo quadro. É expressivo o § 2 da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 100/IX (da que viria a ser a Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho): “Todavia, torna-se necessário enquadrar o recurso a este instrumento de natureza contratual no âmbito das pessoas colectivas públicas, com carácter sistemático e pressupostos claros, uma vez que as intenções legislativas até agora realizadas neste âmbito têm sido, na sua maioria casuísticas, e falhas de uma orientação sistemática”.

<sup>1273</sup>. No mesmo sentido, o ofício de censura elaborado no processo R-2032/02 (A4) da Provedoria de Justiça. Cfr. Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República de 2003, Lisboa 2004, pp. 672 a 678.

<sup>1274</sup>. Os Acórdãos foram, respectivamente, proferidos no Processo n.º 77/02 e no Processo n.º 471/01 ([www.tribunalconstitucional.pt/](http://www.tribunalconstitucional.pt/)).

<sup>1275</sup>. Os seus instrumentos são a definição de políticas de emprego, a mobilidade, os programas de incentivo à produtividade, os quadros de pessoal anuais, o redimensionamento e enriquecimento dos cargos, os “modelos de promoção profissional e progressão económica” (§ 13 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 184/89, e artigos 22.º a 36.º do diploma). Entre os instrumentos de flexibilidade, não figura o contrato de trabalho.

<sup>1276</sup>. “...fica o Governo autorizado a legislar,..., no sentido de [r]ever os princípios de gestão de recursos humanos, tendo em vista a sua flexibilização pela valorização do mérito e do empenhamento no serviço público, pela flexibilização dos quadros de pessoal e das regras de recrutamento, promoção e progressão e pelo enriquecimento funcional dos cargos”. Ver nota anterior.

<sup>1277</sup>. Ajuizar o contrato individual de trabalho como instrumento de flexibilidade é colocar-se no campo das opções políticas ou tecer o discurso da constitucionalidade por apelo a valores extra-jurídicos (v. g., os da ciência da administração, da economia ou da gestão). Pode, aliás, ser uma petição de princípio, quando os próprios laboristas equacionam o regime jus-administrativista como o regime mais adequado para disciplinar as relações de trabalho na Administração Pública. Refere Maria do Rosário Palma Ramalho que “uma certa flexibilização dos regimes aplicáveis aos trabalhadores públicos, com o alcance que fosse julgado apropriado e compatível com o interesse público, poderia talvez contribuir para que a Administração Pública correspondesse melhor às exigências de eficiência e de qualidade que hoje crescentemente lhe vão sendo

de norma da autorização legislativa que, em verdade, não o abrange, o Tribunal substituiu-se ao legislador<sup>1278</sup> ou adoptou, digamos, numa outra leitura, um sentido prático da constitucionalidade, ante-revelando a abertura jurídica da lei fundamental à mudança de paradigma das relações de trabalho na Administração Pública<sup>1279</sup>.

A Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, veio abrir caminho à substituição do modelo comum de vinculação do trabalhador na Administração Pública (dado pela nomeação e a “figura arquetípica” do funcionário público). Varia o título e regime jurídicos, permanece o mesmo sentido da «profissionalidade» e orçamentação individualizada por lugares (instrumento de racionalização do número de trabalhadores e de controlo da respectiva despesa pública<sup>1280</sup>). A «laboralização» vem como que decantar o conceito de funcionário público e a respectiva relação de trabalho, tecendo-a funcionalisticamente, nos termos que se deixaram expostos. Depois de 1989, e salvaguardando o pessoal dos serviços e dos institutos públicos “abrangidos pelo regime aplicável às empresas públicas ou de contrato individual de

---

feitas” – “Intersecção entre o regime da função pública e o regime laboral – breves notas”, in Estudos cit., p. 93, e “O contrato de trabalho na reforma da Administração Pública: reflexões sobre o regime jurídico instituído pela L. n.º 23/2004, de 22 de Junho”, in Questões Laborais, Ano XI, n.º 24, 2004, p. 123. A “alteração histórica” no emprego público italiano (iniciada pelo legislador em 1992), com a afirmação da “regra da aplicação do direito do trabalho aos trabalhadores da administração pública, com a consequente contratualização das relações de emprego público e da coerente e correspondente transferência para o juiz ordinário da jurisdição relativa aos conflitos” não foi tida pelos jus-laboralistas, administrativistas e processualistas, em geral, como uma necessidade – Gian Carlo Perone, “Introduzione – Profili storici”, La Privatizzazione del Pubblico Impiego, cit. p. 12.

<sup>1278</sup>. As razões invocadas pelo legislador ordinário para justificar a opção pelo regime jurídico do contrato de trabalho são, em geral, as seguintes: a) a necessidade de pessoal competente e especializado (cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 302/91, de 16 de Agosto); b) a invocação de que os “regimes laborais em vigor na função pública” não se coadunam com a especificidade do trabalho a realizar (cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 302/91, de 16 de Agosto); c) a criação de “condições para uma maior flexibilidade no recrutamento, factor indispensável ao aumento da capacidade técnica do Instituto” (preâmbulo do Decreto-Lei n.º 260/99, de 7 de Julho); d) a necessidade de pessoal com “qualificação e experiência profissional específica” (artigo 30.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 260/99, de 7 de Junho).

<sup>1279</sup>. No seu discurso prevaleceram as premissas extra-jurídicas ou foi radicalizado o multicontextualismo, na expressão de Gomes Canotilho, in “Tribunal Constitucional, Jurisprudências e Políticas Públicas”, XX Aniversário do Tribunal Constitucional, 28 de Novembro de 2003, [www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.htm?impressao=1](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.htm?impressao=1), pp. 1 e 4.

<sup>1280</sup>. Ettore Morone, “Impiego Pubblico”, cit., p. 265. A particular estabilidade da relação jurídica de emprego público titulada pela nomeação prende-se, fundamentalmente, com o regime jurídico da sua cessação e não tanto como a sua associação ao preenchimento de lugar do quadro. As relações de trabalho com duração indeterminada estão associadas ao preenchimento de um lugar do respectivo quadro de pessoal. O vínculo do trabalhador com a Administração Pública, nestes casos – dir-se-á, aproveitando as palavras de João Alfaia -, “é inerente ao lugar, a sua natureza varia consoante a modalidade de preenchimento, mas depende directamente da investidura conferida” (Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo

trabalho”, o legislador veio prever, em 1998, a possibilidade de recrutar trabalhadores em regime de contrato individual de trabalho para o exercício de actividades próprias do grupo de pessoal auxiliar (que compreende, por exemplo, a actividade de motorista, condutor de máquinas pesadas, auxiliar administrativo, operador de reprografia), conquanto que a duração semanal do trabalho não excedesse os dois terços do horário normal fixado para a Administração Pública<sup>1281</sup>.

Em 15 de Janeiro de 2004, a Lei n.º 3/2004, que “estabelece os princípios e as normas por que se regem os institutos públicos”<sup>1282</sup>, afirma o regime do contrato de trabalho como o regime jurídico regra do respectivo pessoal. A utilização, total ou parcial, do regime jurídico da função pública tem que ter justificação na especificidade do organismo ou dos postos de trabalho e tem de ser explicitada no seu “diploma instituidor”<sup>1283</sup>.

A Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, veio definir “o regime jurídico do contrato de trabalho nas pessoas colectivas públicas”, abrangendo, quer a Administração directa e indirecta do Estado, quer a Administração local e a Administração regional (segundo um princípio, respectivamente, de equiparação dos respectivos regimes jurídicos de trabalho e de estruturação a partir dos mesmos princípios fundamentais, sem prejuízo da possibilidade de virem a ser introduzidas, em diploma próprio, adaptações)<sup>1284</sup>. O diploma assume uma clara função conformadora à face da pluralidade de normas legais que, sem recondução ao quadro legal de referência (do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho), foram avulsamente introduzindo (com indefinições e disfunções) o regime jurídico do contrato de trabalho como o regime regra de algumas pessoas colectivas públicas<sup>1285</sup>: ficam sujeitos ao novo

---

Público, Vol. I, Coimbra, 1985, p. 283).

<sup>1281</sup>. Cfr. artigo 11.º-A, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, alterado pela Lei n.º 25/98, de 26 de Junho. O artigo 11.º-A do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, foi revogado pela Lei n.º 23/004, de 26 de Junho (artigo 30.º, alínea a)).

<sup>1282</sup>. Cfr. artigo 1.º, n.º 1.

<sup>1283</sup>. Cfr. artigo 34.º, n.º 1, artigo 46.º e artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro. Sobre a inventariação do regime jurídico de trabalho dos institutos públicos, ver Rui Pessoa de Amorim, “Regime laboral e estatuto e remunerações do pessoal dirigente” in Relatório e Proposta de Lei-quadro sobre os Institutos Públicos, cit., pp. 115 a 203.

<sup>1284</sup>. Cfr. artigo 1.º, n.ºs 1 e 5, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.

<sup>1285</sup>. Sobre esta indefinição, cfr. Maria do Rosário Ramalho, “O contrato de trabalho na reforma da Administração Pública: reflexões sobre o regime jurídico instituído pela L. n.º 23/2004, de 22 de Junho”, in Questões Laborais, Ano XI, n.º 24, 2004, p. 125.



regime “os contratos de trabalho e os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho celebrados ou aprovados antes da sua entrada em vigor que abranjam pessoas colectivas públicas, salvo quanto às condições de validade e aos efeitos de factos ou situações totalmente passados anteriormente àquele momento”; aplica-se também aos contratos de trabalho celebráveis ao abrigo da Lei de Bases da Saúde e do novo regime jurídico da gestão hospitalar<sup>1286</sup>; e prevalece “sobre quaisquer normas especiais aplicáveis aos contratos de trabalho no âmbito das pessoas colectivas públicas, designadamente sobre as normas previstas nos respectivos estatutos”<sup>1287</sup>.

O diploma exclui um conjunto amplo de pessoas colectivas públicas ou integradas na Administração Pública, admitindo que legislação especial determine a respectiva aplicação<sup>1288</sup>. Deve, contudo, ter-se presente que na medida em que, no respectivo estatuto ou em normas legais específicas se preveja (o que já acontece), a aplicação das normas gerais relativas ao emprego público<sup>1289</sup>, a remissão tem de passar a fazer-se para a Lei n.º 23/2004 (por substituição das normas objecto da remissão). Por outro lado, a aparente abertura daquela exclusão não legitima que os empregadores desconsiderarem, sem mais, princípios jurídicos fundamentais das relações de trabalho na Administração Pública<sup>1290</sup>.

#### **3.4.1.2. A necessidade de adequação aos princípios constitucionais**

A actividade e organização administrativas são constitucionalmente disciplinadas por princípios fundamentais que são imperativos de democraticidade, juridicidade, funcionalidade e de realização dos interesses públicos que as justificam (artigos 266.º e 267.º). Os recursos humanos, a par de outros, são parte integrante do funcionamento das estruturas organizativas e ambos do exercício da actividade administrativa.

A projecção daqueles princípios fundamentais sobre as relações de trabalho na Administração Pública está especificamente definida na Constituição, traduzindo-se na

---

<sup>1286</sup>. Cfr. artigo 26.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.

<sup>1287</sup>. Cfr. artigo 27.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.

<sup>1288</sup>. Cfr. n.º 2 do artigo 1.º

<sup>1289</sup>. Designadamente, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e o Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro.

<sup>1290</sup>. Em sentido diferente, Maria do Rosário Palma Ramalho e Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho na Administração Pública*, cit., p. 11, e 2.ª edição, 2005, p. 12.

reserva de competência legislativa da Assembleia da República, quanto às bases do regime e âmbito da função pública<sup>1291</sup>, com a qual se tem de articular o exercício do direito à contratação colectiva (artigos 165.º, n.º 1, alínea t), e artigo 54.º, n.º 4), no princípio do recrutamento aberto, selectivo e com base no mérito dos seus trabalhadores, com o correspondente direito a um procedimento materialmente justo de recrutamento e selecção (artigo 15.º, n.ºs 1 e 2, artigo 47.º e artigo 266.º da CRP), nos princípios da dedicação exclusiva ao interesse público (artigo 269.º, n.º 1), do exercício imparcial e eficiente das funções (artigo 269.º, n.ºs 4 e 5), da separação do poder político (artigo 269.º, n.º 2, da CRP), do contraditório em procedimento disciplinar (artigo 269.º, n.º 3, e artigo 32.º, n.º 10, da CRP), da responsabilidade (artigos 271.º e 22.º da CRP) e da imediata vinculação dos órgãos e agentes administrativos aos princípios fundamentais da actividade administrativa (artigo 266.º, n.º 2, da CRP).

Esta moldagem jus-publicista das relações de trabalho de natureza privada sintetiza-as a “sentença 06.02.2003 n.º 1807, Cassazione, SS. UU.civili”: “Existe certamente uma destacada especialidade da disciplina da relação de emprego público ‘contratualizado’, dada pelo sistema de fontes concorrentes (a lei e o contrato, mas também os actos organizativos, normativos e administrativos); pelo procedimento de formação dos contratos colectivos do sector e o sistema de determinação das partes contraentes; pelos efeitos peculiares dos contratos colectivos; pela celebração do contrato com sujeitos que foram recrutados através de um procedimento administrativo de selecção; pelo significativo afastamento de regras fundamentais do trabalho privado (inaplicabilidade da sanção da constituição de contrato por tempo indeterminado por violação das regras relativas ao

---

<sup>1291</sup>. A disposição legislativa quanto ao âmbito da função pública implica que a mudança de regime jurídico (funcionarial para laboral e vice-versa), por âmbito institucional e pessoal, seja objecto de decisão parlamentar. Se o termo “bases” restringe, quanto ao objecto, a definição legislativa da Assembleia da República aos princípios, directrizes ou opções fundamentais, a referência ao regime abrange a tipologia dos vínculos jurídicos, a constituição, modificação e cessação das relações de trabalho na Administração Pública, em geral, os direitos e obrigações das partes, o sistema de responsabilidade, as “condições de acesso à função pública, incluindo o ingresso nesta, assim como a definição das condições que importam à progressão na carreira ou são decorrentes da estruturação desta” (Acórdão do TC n.º 209/94, Processo n.º 31/91, [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)). Ver, de Guilherme da Fonseca, “A jurisprudência constitucional sobre as bases do regime e âmbito da função pública”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LI, n.º 293, pp. 259 e segs. A reserva de competência é absoluta no caso da introdução de restrições ao exercício dos direitos por parte dos militares, agentes militarizados e agentes dos serviços e forças de segurança (artigo 164.º, alínea o), da CRP).

contrato de trabalho a termo; disciplina das funções ou prestação de trabalho; proibição de exercício em acumulação de outras actividades e regime de incompatibilidades, etc.)”<sup>1292</sup>.

As “particularidades de disciplina” do emprego público parecem colocar tais relações de trabalho a “meio caminho entre o modelo publicístico e o privatístico”<sup>1293</sup>. A aplicação concomitante de normas jurídico-administrativas e de normas jurídico-privadas não dilui, sem prejuízo, a distinção entre o Direito administrativo do emprego público e o Direito do trabalho do emprego privado<sup>1294</sup>.

Na acomodação publicística da «laboralização», é fundamental o procedimento de selecção dos trabalhadores. Independentemente da sua designação concreta (concurso, procedimento público selectivo, oferta pública de contratação) constitui um procedimento concursal: importa uma selecção entre vários aspirantes ou concorrentes a um emprego na Administração Pública a partir de uma avaliação comparativa, referida a parâmetros e critérios predefinidos, das respectivas situações de facto, evidenciada pelos processos de candidatura e pelas provas de selecção efectuadas<sup>1295</sup>.

Concretiza o direito fundamental de acesso a um emprego na Administração e estrutura-se segundo os princípios da liberdade de candidatura, da igualdade e do mérito. Estes

---

<sup>1292</sup>. Cfr. a decisão judicial em causa in <http://www.infoi.us.it> e <http://www.altalex.com/index.php?idnot=5981>.

<sup>1293</sup>. Sentido em que expressamente se pronunciou o Tribunal Constitucional italiano nas sentenças n.º 313 de 1996 e n.º 309 de 1997 (<http://cortecostituzionale.it>).

<sup>1294</sup>. Sendo de afastar o discurso de que, também neste domínio, é a própria separação entre Direito Administrativo e Direito Privado que está em causa. A coexistência, relativamente a uma mesma realidade regulada, de elementos jurídicos de «universos» diferentes não tem a inevitável virtualidade de se projectar sobre os mesmos prejudicando-os na origem e nem pode descurar-se o «poder dessa realidade» e do seu contexto. Reportando-se a invocada crise ou superação da distinção histórica entre os domínios público e privado, Demetrios Argyriades destaca que a aproximação de *standards* e de práticas, que pode ser vantajosa, não prejudica a autonomia da respectiva identidade valorativa, hoje mais importante e necessária do que nunca em face dos acontecimentos de 11 de Setembro de 2001 e dos escândalos financeiros despoletados pela empresa *Enron* e *Arthur Anderson* - “Des valeurs pour le service public: Enseignements tirés des récentes tendances & du Sommet du millénaire”, cit., pp. 611 a 625.

<sup>1295</sup>. Sobre a distinção entre procedimentos concursais e não concursais, cfr. Vincenzo Cerulli Irelli, *Corso di Diritto Amministrativo*, cit., pp. 514 e 515, e Ettore Morone, “Impiegati dello Stato”, cit., p. 246 (“Objectivo do procedimento de concurso público é o de determinar quais são de entre os aspirantes a um determinado emprego os mais idóneos e portanto, pelo menos é de presumir, os mais úteis à Administração. Tal resulta de uma avaliação comparativa ...dos candidatos, a qual é efectuada com garantias particulares, com o fim de assegurar na maior medida possível a objectividade. A este sistema não faltaram críticas, mas é de preferir porque qualquer outro sistema apresenta inconvenientes e queixas ainda maiores.”).

reclamam, designadamente, as seguintes garantias<sup>1296</sup>:

- a) ampla e adequada publicidade dos empregos a prover<sup>1297</sup>;
- b) divulgação atempada e bastante do sistema de avaliação;
- c) predeterminação e estabilidade de regras e critérios;
- d) a utilização de métodos e critérios de selecção objectivos, atinentes, fundamentalmente, às exigências do lugar a prover<sup>1298</sup>;
- e) a fundamentação das decisões tomadas; e
- f) a respectiva comunicação da decisão<sup>1299</sup>.

A observância de tais princípios e regras na celebração de contratos de trabalho impõe-se à Administração por razões de democraticidade e de juridicidade das suas formas de agir, porque está em causa o direito subjectivo de todos acederem a um emprego público e porque há que assegurar a sua “capacidade funcional e de prestação” e, portanto, um adequado serviço aos cidadãos<sup>1300</sup>.

---

<sup>1296</sup>. Estas garantias hoje estabelecidas na lei (artigo 5.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, que, no entanto, mistura, com imprecisão, garantias e princípios) decorrem já dos princípios fundamentais da actividade administrativa e das garantias dos administrados constitucionalmente consagradas (artigos 266.º e 268.º da CRP). Cfr. Ana Fernanda Neves, “Os institutos públicos e a descentralização administrativa”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Galvão Teles, Separata ao Vol. V, Direito Público e Vária, pp. 525 a 532.

<sup>1297</sup>. Sobre a publicidade como uma das garantias fundamentais dos princípios da liberdade de candidatura, igualdade e do mérito, cfr. Martin Godino Reyes, *El Contrato de Trabajo en la Administración Pública*, cit., pp. 138 e 139, José Luís Pereira Coutinho, “A relação de emprego público na Constituição. Algumas Notas”, cit., p. 697, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 630/98, Processo n.º 434/97 ([www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)), e Jaime Rodríguez-Arana, “El marco constitucional del acceso a la función pública en el derecho administrativo español”, *Scientia Iuridica*, Revista de Direito Comparado, Português e Brasileiro, Julho-Setembro, 2005, Tomo LIV, número 303, pp. 524 e 525 (“Logicamente, a publicidade está essencialmente conectada com o mérito e a capacidade pois estas não podem efectivar-se ou ser uma realidade à margem de um espaço de publicidade”).

<sup>1298</sup>. O princípio de igualdade de tratamento de todos os cidadãos limita a liberdade da Administração nomear e contratar, concretizando-se essa igualdade na exigência de objectividade dada pelos princípios do mérito e da capacidade (neste sentido Sala *apud* Martin Godino Reyes, *El Contrato de Trabajo en la Administración Pública*, cit., p. 133). Cfr. também Reparo elaborado no Processo R-4422/01 (A4), da Provedoria de Justiça, Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República de 2002, pp. 623 a 625.

<sup>1299</sup>. Cfr. Acórdão n.º 383/2005/T. Const. – Processo n.º 9/2005, DR., n.º 199, II Série, pp. 14 800 a 14805.

<sup>1300</sup>. Aquando da discussão daquele que é hoje o artigo 47.º, n.º 2, da CRP, observou o Deputado Costa Andrade que “o aditamento do inciso «em regra do por via de concurso» implica um certo desenvolvimento da própria ideia de liberdade e, sobretudo, de igualdade que já estava consagrada constitucionalmente” e que os “princípios de liberdade e de igualdade implicavam, necessariamente, a ideia do concurso como regra”, impendendo sobre “o legislador ou sobre as entidades competentes em matéria de provimento de quadros da função pública, como impende o ónus de provar que, num caso concreto, a regra do concurso não pode

O argumento de que a flexibilidade na contratação – como sinónimo de menor protecção dos princípios da liberdade de candidatura, igualdade e do mérito – é pedida pelo princípio da desburocratização e da eficácia (artigo 267.º, da CRP, e artigo 10.º do CPA) não procede. As debilidades do regime jurídico comum de recrutamento e selecção (no que toca à garantia da selecção dos candidatos mais capazes e da igualdade de oportunidades) revela a necessidade de ser melhorada a estrutura e o conteúdo dos concursos e o “carácter profissional das provas”<sup>1301</sup>. Por outro lado, é fundamental que o recrutamento seja programado oportunamente de modo a assegurar o tempo adequado à realização de um eficaz processo de selecção. Em terceiro lugar, a contratação livre seria contrária à necessidade de recrutar trabalhadores idóneos a desenvolver as funções para que são recrutados e de as exercerem de harmonia com os princípios enunciados no artigo 266.º, n.º 2, da CRP<sup>1302</sup>.

A possibilidade de escolha dos métodos de selecção e critérios de avaliação – que deve existir – não obsta à correcta aplicação dos princípios referidos. Exige da Administração e dos tribunais uma maior capacidade funcional e dos segundos a optimização do controlo

---

funcionar”. Salientou ainda que é o meio mais adequado “para a promoção dos melhores e dos mais competentes” e uma forma de democratização da Administração Pública, tornando os respectivos empregos abertos a todos e não a grupos de pessoas em particular – Diário da Assembleia da República, 1.ª Série, II Legislatura, n.º 103, de 15 de Junho de 1982, p. 4263. Não está em causa “a celebração *ab initio* de um negócio de direito privado, em que a entidade pública se comporta como um empregador comum” (como refere Maria do Rosário Ramalho, “Intersecção entre o regime da função pública e o regime laboral – breves notas”, in Estudos cit., p. 80). O empregador privado pode decidir se contrata, de que forma contrata e escolher livremente o trabalhador com quem celebra contrato (Sala Franco e outros *apud* Martin Godino Reyes, El Contrato de Trabajo en la Administración Pública, cit., p. 122). O princípio é o da liberdade de contratar o trabalhador que o empregador privado entenda por bem, independentemente das suas qualidades profissionais ou humanas. O princípio é apenas “delimitado tenuamente pelo princípio da não discriminação” (idem, p. 126). A garantia da eficácia do recrutamento e adequação da escolha é, aí, dada pela natureza privada ou pessoal dos interesses a cuja satisfação se dirige. A escolha do trabalhador inadequado repercute-se directamente sobre o património do empregador privado. Por outro lado, pode mais facilmente pôr termo à relação de trabalho estabelecida. Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 683/99 e Martin Godino Reyes, El Contrato de Trabajo en la Administración Pública, cit., p. 128, e Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, A Função Pública Portuguesa. Estatuto Novo ou Nova Política?, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Lisboa, 1996, Separata da revista n.º 122, 1969, pp. 18 e 63.

<sup>1301</sup>. Bourdon, “La fonction publique territoriale, 20 ans d’évolution permanente”, Actualité Juridique Droit Administratif, n.º 3/2004, p. 131.

<sup>1302</sup>. Francisco Liberal Fernandes, “Sobre a proibição da conversão dos contratos de trabalho a termo certo no emprego público: comentário à jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in Questões Laborais, Ano IX, 2002, 19, p. 82, e Martin Godino Reyes, El Contrato de Trabajo en la Administración Pública, cit., p. 137.

(filigranar este) a partir dos princípios fundamentais<sup>1303</sup>.

A actuação ou omissão administrativa que viole ou lese os princípios enunciados, decorrentes do artigo 47.º, n.º 2, da Constituição, há-de consequenciar, quanto importe “violação do conteúdo essencial” do direito fundamental de acesso à função pública (artigo 133.º, n.º 2, alínea d), do CPA), a nulidade da decisão final do procedimento, da consequente decisão de contratar e projectar-se sobre a própria validade do contrato que seja celebrado (artigo 133.º, n.º 2, alínea i), *mutatis mutandis*, do CPA, artigos 114.º e 115.º do Código do Trabalho e artigo 18.º da CRP)<sup>1304</sup>.

A contratação por «ajuste directo», isto é, sem qualquer procedimento público selectivo, fere de nulidade a decisão de contratar, à luz, quer da norma da alínea d)<sup>1305</sup> (por aqui ser patente a violação do conteúdo essencial do direito fundamental), quer da norma da alínea f) (carência absoluta de forma legal) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA. A invalidade do contrato não é apenas consequência da invalidade dos actos de que depende a sua celebração (artigo 133.º, n.º 2, al. i), *mutatis mutandis*), mas do mesmo, em si, por violação de normas legais imperativas e do referido direito fundamental, o qual, pertencendo à categoria dos direitos, liberdades e garantias, vincula directamente as entidades públicas, seja quando aplicam o Direito administrativo, seja quando aplicam o Direito privado.

### 3.4.1.3. As fontes do regime jurídico

A aplicação do Direito do Trabalho aos trabalhadores da Administração Pública delinea a

---

<sup>1303</sup>. Em ordem a ser excluída toda a arbitrariedade e o favorecimento indirectos, formalmente, por vezes, numa análise menos atenta, não perceptíveis, de alguns dos candidatos, através, por exemplo, da valorização desproporcionada e ou irracional de um determinado factor ou critério de avaliação - cfr. Martin Godino Reyes, *El Contrato de Trabajo en la Administración Pública*, cit., p. 138, e STC n.º 89/1989, de 18 de Abril de 1989, e STC n.º 281/1993, de 27 de Setembro de 1993, in [www.tribunalconstitucional.es/](http://www.tribunalconstitucional.es/).

<sup>1304</sup>. Vieira de Andrade, “Nulidade e anulabilidade do acto administrativo”, *Anotação ao Acórdão do STA de 30 de Maio de 2001*, *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2004, n.º 43, pp. 4 e segs.

<sup>1305</sup>. O Conselho Consultivo de Andaluzia considerou que o “Acuerdo del Pleno”, que aprovou a “integração no quadro de pessoal municipal” do “Ayuntamiento de el Puerto de Santa María (Cádiz)”, de “determinado pessoal fixo descontinuo”, violava o direito fundamental de acesso à função pública em condições de igualdade (artigo 23, 2, da Constituição espanhola) na medida em que previa a “contratação laboral futura de pessoa determinada desrespeitando os condicionamentos constitucionais relativos ao respeito do princípio da igualdade no acesso a funções públicas e os do mérito e capacidade concretizados na configuração legal deste direito” - Jesús Jordano Fraga, *Nulidad de los Actos Administrativos y Derechos Fundamentales*, cit., p. 262.

contratualização das respectivas relações de trabalho<sup>1306</sup>, seja dos respectivos vínculos jurídicos, seja do regime jurídico aplicável. Quanto a este, assinalam-se as seguintes tendências:

- a) A legislação jus-administrativista cede passo, salvo quanto às linhas fundamentais de enquadramento, à disciplina jus-laboralística<sup>1307</sup>.

Em parte, a substituição é de um normativo legal por outro normativo legal, embora com características diferentes: o primeiro, de natureza fundamentalmente habilitadora e densamente imperativa; o segundo, na perspectiva, sobretudo, da definição de limites mínimos e ou externos à autonomia dispositiva das partes<sup>1308</sup>.

- b) Apesar da permanência da “«massa» legislativa”, “diminuiu a centralidade totalizante da lei”, seja relativamente “às fontes «publicísticas» ... secundárias”, seja relativamente às disposições resultantes da contratação colectiva<sup>1309</sup>.

Quanto às primeiras, é atribuído às pessoas colectivas (empregadoras) o poder de emitir, com adaptações, “regulamentos internos nos termos previstos no Código do Trabalho”, “contendo normas de organização e disciplina do trabalho”<sup>1310</sup>. Se estes regulamentos são uma expressão do poder directivo e de auto-organização do empregador e, atenta a remissão para o Código do Trabalho, não seriam mais do que isso, o alargamento do seu conteúdo dispositivo à “matéria salarial e de carreiras” permite que sirvam a função aplicativa e adaptativa de normas legais, dos regulamentos

---

<sup>1306</sup>. Gian Carlo Perone, “Introduzione – Profili storici”, *La Privatizzazione del Pubblico Impiego*, cit., p. 12.

<sup>1307</sup>. Sobre a amplitude das especificidades de regime, no caso italiano, ver Franco Carinci, “Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni”, *La Privatizzazione del Pubblico Impiego*, cit., pp. 41 e 42. Franco Carinci chama a atenção para o facto de ter sido reescrita a expressão utilizada no artigo 2.º, n.º 2, do D.Lgs. n.º 29/1993, de 3 de Fevereiro: ao invés da frase “exceptuados os limites estabelecidos pelo presente decreto para a prossecução dos interesses gerais a que se dirigem a organização e a acção administrativa” foi utilizada a frase “com a excepção das várias disposições contidas no presente decreto”, expressão “clara e unívoca no sentido de que a plena privatização não pode conhecer nenhuma excepção ou variante se não a prevista *apertis verbis* pelo mesmo decreto”. Note-se, no entanto, que este foi um processo gradual.

<sup>1308</sup>. Franco Carinci, “Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni”, cit., p. 41.

<sup>1309</sup>. Franco Carinci, “Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni”, cit., pp. 24 e 41.

<sup>1310</sup>. Cfr. artigo 11.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, e artigo 153.º do Código do Trabalho.

administrativos<sup>1311</sup>.

No que se refere às segundas, “fontes específicas” da disciplina jurídica do contrato de trabalho<sup>1312</sup>, podem afastar as normas do Código do Trabalho, “salvo quando delas resultar o contrário”, e respeitados que sejam os princípios fundamentais do emprego público<sup>1313</sup>.

A contratação colectiva pode versar sobre todas “as matérias relativas à relação de trabalho e às relações sindicais”<sup>1314</sup>, entre as quais as “matérias salariais e de carreiras”, os “períodos normais de trabalho”<sup>1315</sup> e as elencadas em geral no Código do Trabalho<sup>1316</sup>.

Os princípios jurídicos fundamentais relativos à organização administrativa e ao sistema financeiro (artigos 199.º, alíneas d) e e), 267.º e artigos 101.º, 105.º e 106.º da CRP) reflectem-se na definição da tipologia das convenções colectivas<sup>1317</sup>, na articulação entre elas<sup>1318 1319</sup> e no princípio da necessária compatibilidade financeira dos acordos

---

<sup>1311</sup>. Apesar do n.º 3 do artigo 11.º, no sentido da exclusão da natureza (também) dos regulamentos internos como regulamentos administrativos, ver Maria do Rosário Palma Ramalho e Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho na Administração Pública*, 2.ª edição, 2005, pp. 66 e 67.

<sup>1312</sup>. Cfr. artigo 1.º do Código do Trabalho.

<sup>1313</sup>. Cfr. artigo 2.º, n.º 1, e artigo 19.º, n.º 5, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, e preâmbulo do “PL 316/2007”, de 12 de Junho, onde é destaca a “inderrogabilidade, por instrumentos de negociação colectiva, dos princípios fundamentais enformadores dos sistemas consagrados na ...lei”.

<sup>1314</sup>. Para usar a expressão do artigo 40.º do Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165: “La contrattazione collettiva si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali.”

<sup>1315</sup>. Cfr. artigo 19.º, n.º 5, e artigo 12.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.

<sup>1316</sup>. Cfr. artigo 541.º do Código do Trabalho. A propósito do conteúdo dos quadros de pessoal, destacam Maria do Rosário Ramalho e Pedro Madeira de Brito que “apenas o número de trabalhadores que integra o quadro de pessoal pode ser definido unilateralmente, já que os outros aspectos do conteúdo da relação de trabalho se subordinarão sempre à negociação colectiva.” Cfr. *Contrato de Trabalho na Administração Pública*, 2004, cit., pp. 33 e 34.

<sup>1317</sup>. A Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, caracteriza as convenções colectivas de trabalho pelo âmbito de aplicação subjectivo (artigo 19, n.º 2: “... níveis de convenções colectivas em função do âmbito subjectivo quanto aos empregadores públicos”, e 20.º). Concretamente, Temos contratos colectivos, nacionais e sectoriais – respectivamente, “convenções outorgadas por associações sindicais e pelo Estado, representado pelo Ministro das Finanças, e aplicáveis a todas as pessoas colectivas públicas” e “convenções outorgadas por associações sindicais e pelo ministro da tutela do sector de actividade e aplicáveis nesse sector de actividade” (artigo 19.º, n.º 1, alíneas a) e b), da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho) – e os acordos colectivos, sectoriais e de pessoa colectiva – respectivamente, “convenções outorgadas por associações sindicais e por uma pluralidade de pessoas colectivas tuteladas pelo ministro” e “convenções outorgadas por associações sindicais e uma pessoa colectiva pública” (artigo 19.º, n.º 1, alíneas c) e d), da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho).

<sup>1318</sup>. A saber: (1) a convenção colectiva mais abrangente define das matérias que podem ser reguladas pelas convenções colectivas de âmbito mais restrito, as quais incidiram, portanto, sobre matérias não



obtidos<sup>1320</sup>. A contratação colectiva no emprego público tem a “insuperável peculiaridade fisionómica” de ser “alimentada por recursos públicos”, com uma “rigidez prévia desconhecida da contratação colectiva ... do universo do trabalho privado”; a “predeterminação dos recursos utilizáveis” objectiva-se na necessária “quantificação dos encargos contratuais inscricíveis nos instrumentos financeiros”<sup>1321</sup> e disponíveis para a contratação, assim como a necessidade de controlar a conformidade com os “custos quantificados” e a situação económico-financeira<sup>1322</sup>.

### 3.4.2. A coexistência de regimes jurídico-laborais e o princípio da igualdade

A introdução (primeiro, de forma avulsa e, depois, com carácter geral) do regime jurídico do contrato de trabalho como vínculo jurídico estável de prestação de trabalho na Administração Pública, a par da nomeação, trouxe consigo a situação de coexistência,

---

disciplinadas pelas de âmbito superior (n.º 1 do artigo 20.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho); (2) embora gizado como um “sistema de articulação”, em detrimento de um “sistema de concorrência entre instrumentos de regulamentação colectiva, no caso de conflito entre o nelas disposto, aplica-se, em concreto, o clausulado na convenção colectiva mais abrangente (n.º 2 do artigo 20.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, e Maria do Rosário Ramalho e Pedro Madeira de Brito, Contrato de Trabalho na Administração Pública (2004), cit., pp. 94 e 95, e 2005, pp. 98 e 99); (3) carácter dispositivo das regras de articulação, dependente do consentimento, manifestado por outorga de convenção colectiva, dos Ministros das Finanças e da tutela (n.ºs 3 e 4 do artigo 20.º. Prevêem a possibilidade de afastamento, por cláusula de convenção colectiva); (4) possibilidade de escolha, havendo mais do que uma convenção colectiva com o mesmo âmbito sectorial ou profissional aplicável a uma pessoa colectiva pública. A escolha é feita, por escrito, pelos trabalhadores não filiados nos sindicatos outorgantes da convenção, até ao final do prazo nela expresso ou até à entrada em vigor de nova convenção, sendo aquela alterada, ou, na falta de prazo, pelo período mínimo de um ano (artigo 22.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho).

<sup>1319</sup>. O “PL 316/2007”, de 12 de Junho, no respectivo preâmbulo identifica como uma alteração significativa ao regime do contrato de trabalho anterior a referência dos instrumentos de contratação colectiva por carreira ou conjunto de carreiras.

<sup>1320</sup>. Cfr. n.º 5 do artigo 19.º e artigo 21.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.

<sup>1321</sup>. Franco Carinci, “Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni”, cit., p. 51.

<sup>1322</sup>. A garantia desta dupla compatibilização traduz-se, em Itália, na específica definição legislativa dos representantes das partes no procedimento de contratação e deste próprio. Neste, destaca-se a submissão de projecto de convenção colectiva à certificação do Tribunal de Contas. “O Tribunal verifica a atendibilidade dos custos quantificados e a sua compatibilidade com a situação económico-financeira, tal qual resulta dos instrumentos de programação financeira e especificamente do documento de programação económico-financeira (d.p.e.f). (...). O Tribunal deve adoptar a sua decisão no prazo de 15 dias..., decorrido o qual se tem por conferida a certificação. No caso de certificação negativa, a Agência para a Representação Negocial das Administrações Públicas, ouvido o comité de sector ou o presidente do Conselho (no caso da Administração Estatal), assume a responsabilidade de ulteriores iniciativas, informando o Governo. Tais iniciativas podem consistir na adequação da quantificação dos custos contratuais aos resultados da certificação ou, quando não seja possível, a reabertura do procedimento contratual com as organizações sindicais para redefinir a hipótese de acordo.” Pietro Virga, *Il Pubblico Impiego Dopo la Privatizzazione*, cit., pp. 21 e 22.

numa mesma pessoa colectiva ou serviço, de relações de emprego de objecto idêntico e diferentes natureza e disciplina jurídicas. Por um lado, resultou da preexistência de relações de trabalho em regime de função pública (sentido estrito), que se mantêm de forma transitória<sup>1323</sup>. Por outro lado, decorre da lei permitir a utilização de ambos os regimes<sup>1324</sup>.

Contra a coexistência de relações jurídicas de emprego público disciplinadas pelo regime jurídico da função pública e pelo regime jurídico laboral privado e para fundar pretensão de aplicação de um dado aspecto de regime de um e outro é, por vezes, invocada a violação do princípio da igualdade. Em geral, porém, sem razão, pelos seguintes motivos:

- a) Se a utilização dos instrumentos e regime jurídicos jus-laborais privados na Administração Pública é “uma opção constitucionalmente legítima do legislador”, também o é a situação de coexistência de regimes jurídicos de trabalho, aparecendo como uma consequência inevitável, assim como a respectiva “diferença nos elementos configuradores dos mesmos”<sup>1325</sup>.
- b) “[A] igualdade de tratamento entre funcionários e trabalhadores não se infere da Constituição, e disso é prova a também distinta disciplina e previsão constitucional..., o que justifica ‘as regulações diferenciadas, que não parecem irrazoáveis’”<sup>1326</sup>.
- c) Sendo regimes de trabalhos distintos, “não são os mesmos os direitos e deveres de uma e outra categoria”<sup>1327</sup>. A partir do momento em que se adoptam regimes jurídicos distintos, não há nenhuma imposição mútua dos seus vários aspectos, isoladamente considerados. O regime jurídico jus-administrativista e jus-laboralista não devem ser desdobrados na sua unidade e servir, cada extracto ou aspecto, a juízos comparativos descontextualizados.
- d) Não devem a Administração Pública e os tribunais substituir-se ao legislador, impondo

---

<sup>1323</sup>. Em regra, com a extinção dos respectivos lugares à medida que forem vagando.

<sup>1324</sup>. Cfr. artigo 6.º, n.º 2, alínea b), e artigo 34.º, n.º 1, Lei n.º 3/2004, de 15 de Junho, e artigo 1.º, n.º 4, *a contrario*, Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.

<sup>1325</sup>. Cfr. “Sentencia 99/1987, de 11 de Junio, del Pleno del Tribunal Constitucional, en el recurso de inconstitucionalidad numero 763/1984, por la que se declara la inconstitucionalidad y conseqüente nulidad de determinados artículos de la Ley 30/1984, de 2 de Agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública”, in <http://www.igsap.map.es/cia/dispo/sent99-87.htm>, e <http://www.justicia.es>.

<sup>1326</sup>. Como observa o Tribunal Constitucional espanhol na Sentença n.º 99/1987, de 11 de Junho in <http://www.tribunalconstitucional.es>).

<sup>1327</sup>. Sentença n.º 99/1987, citada.

contra a sua vontade e legitimidade, um *tertium genus* de regime.

- e) O ajuizamento à luz do princípio da igualdade da situação jurídica de dois trabalhadores que, sob vínculos e regimes jurídicos diferentes, exercem uma mesma actividade, depende da eleição de um critério ou referente sob o qual a igualdade ou desigualdade deve ser perspectivada. Este não pode ser encontrado no linear interesse ou vantagem daqueles que invocam a violação da igualdade<sup>1328</sup>.
- f) A coexistência é, nalguns casos, como referido, temporária.

No quadro da alteração ou diversificação do regime jurídico das relações de trabalho na Administração Pública, uma de três hipóteses se oferece em geral ao trabalhador em regime de função pública: manter a configuração jurídica da sua relação de emprego<sup>1329</sup>, optar pela sua modificação não definitiva ou pela sua modificação de forma definitiva<sup>1330</sup>.

A primeira hipótese não suscita dificuldades, salvo a da, por vezes, invocada menor atenção por parte do empregador público, no quadro da mudança estrutural do regime jurídico-

---

<sup>1328</sup>. Em termos de, por exemplo, os trabalhadores em regime jus-laboralista invocarem a duração de trabalho dos funcionários públicos e estes a flexibilidade remuneratória e da evolução profissional que é típica do regime jurídico de trabalho privado.

<sup>1329</sup>. Nos institutos públicos em que o regime da função pública “seja adoptado como regime transitório, o mesmo apenas poderá ser aplicado ao pessoal que se encontrava em funções nesse regime à data dessa adopção (artigo 46.º, n.º 2, da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro).

<sup>1330</sup>. Considere-se, por exemplo, o caso do Instituto de Solidariedade e Segurança Social (redesignado Instituto da Segurança Social, I.P.), criado pelo Decreto-Lei n.º 45-A/2000, de 22 de Março, diploma que alterou a lei orgânica do Ministério do Trabalho e da Solidariedade (cfr. artigo 1.º que deu nova redacção ao artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 115/98, de 4 de Maio). O Instituto integrou as atribuições e competências dos centros regionais de segurança social e do Centro Nacional de Pensões, extintos (artigo 3.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 45-A/2000, de 22 de Março, e artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro, que aprovou os Estatutos do novo instituto). Os trabalhadores daqueles organismos puderam transitar para o novo organismo, de acordo com o regime jurídico de trabalho que detinham (artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro). Assim: a) aos funcionários públicos foi assegurada a integração “nos quadros de pessoal do Instituto de Solidariedade e Segurança Social abrangidos pelo regime jurídico da função pública, com salvaguarda dos direitos inerentes ao seu lugar de origem” (n.º 1 do citado artigo 4.º); b) os “agentes com contrato administrativo de provimento” puderam manter este vínculo (n.º 2 do citado artigo 4.º); c) os trabalhadores com o “regime jurídico laboral ... das instituições de previdência” puderam manter “esse vínculo, com salvaguarda dos direitos inerentes ao seu lugar de origem” (n.º 3 do citado artigo 4.º). Em alternativa, foi prevista a opção pela “passagem ao regime do contrato individual de trabalho”, opção que, nos termos do n.º 4 do citado artigo 4.º, deveria “ser individualmente exercida, mediante declaração escrita dirigida ao presidente do conselho directivo do ISSS, no prazo de 120 dias a contar da data da entrada em vigor” do Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro. A mudança de regime de trabalho ficou dependente, ainda, da “decisão do presidente do conselho do ISSS” (n.º 5 do citado artigo 4.º). Os funcionários públicos, com a opção pelo novo regime, ficam “exonerados do lugar de origem”, cessando o “vínculo ao regime jurídico da função pública, salvo as situações em que o funcionário requeira licença sem vencimento de longa duração” (n.ºs 6 e 7 do citado artigo 4.º).

laboral da pessoa colectiva, à gestão das respectivas relações de trabalho.

No quadro de uma modificação definitiva da configuração jurídica da relação laboral, o trabalhador em regime jurídico da função pública, celebrando um contrato de trabalho com a pessoa colectiva pública, passa a estar sujeito ao regime jurídico correspondente, tal como é aplicado na Administração Pública. No caso em que o empregador público seja o mesmo, ocorre como que uma novação do título da respectiva relação jurídica de emprego<sup>1331</sup>.

A modificação transitória ocorreu, inicialmente, através das tradicionais figuras de mobilidade (requisição, destacamento, comissão extraordinária de serviço<sup>1332</sup>) e da licença sem vencimento de longa duração<sup>1333</sup>. Mais tarde, passou a poder ocorrer através do instrumento da “cedência especial de funcionários e agentes”, nos termos do qual, ao abrigo de “acordo de cedência entre serviços ou com pessoa colectiva pública” e mediante o seu “consentimento expresso por escrito”, o funcionário ou agente pode exercer funções em regime de contrato de trabalho na mesma pessoa colectiva ou para com outra pessoa colectiva, pública ou privada<sup>1334</sup>. Suspende-se a aplicação do regime do vínculo laboral de base, salvo no que toca ao “estatuto disciplinar”, à competência para a aplicação de sanção disciplinar expulsiva<sup>1335</sup>, à contagem do tempo de serviço, “na categoria de origem”, à possibilidade de oposição aos respectivos concursos de pessoal e, se assim optar o

---

<sup>1331</sup>. Para uma aproximação a esta problemática, cfr. A Mobilidade Funcional na Função Pública, 2003, pp. 14, 16 a 21.

<sup>1332</sup>. Cfr., por exemplo, artigo 23.º, n.º 1, dos Estatutos do Instituto Nacional da Aviação Civil, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 133/98, de 12 de Maio: “Os funcionários da extinta Direcção-Geral da Aviação Civil que, ... não tenham exercido o direito de opção pelo contrato individual de trabalho, serão integrados no quadro especial transitório criado na Secretaria-Geral do Ministério do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território e exercerão as suas funções no INAC em regime de requisição por tempo indeterminado.”

<sup>1333</sup>. Cfr., por exemplo, o artigo 4.º, n.ºs 6 e 7 do Decreto-Lei n.º 316-A/2000, de 7 de Dezembro.

<sup>1334</sup>. Cfr. artigos 23.º, 24.º e 27.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, e os artigos 9.º e 10.º da Lei n.º 53/2006, de 7 de Dezembro, que “estabelece o regime comum de mobilidade entre serviços dos funcionários e agentes da Administração, visando o seu aproveitamento racional” (artigo 1.º). O artigo 49.º, alínea c), revogou os artigos 23.º e 24.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, mantendo o respectivo regime (apenas com alterações, poucas, fundamentalmente, na organização do artigo. A cedência especial do agente administrativo não pode, naturalmente, ter uma duração superior à do respectivo contrato administrativo.

<sup>1335</sup>. Sendo as sanções disciplinares expulsivas aplicadas, de acordo com o estatuto disciplinar vigente pelos membros do Governo, ao nível da Administração estadual, a regra do n.º 3 do artigo 9.º da Lei n.º 53/2006, de 7 de Dezembro, como já anteriormente a do 3 do artigo 23.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, torna-se redundante.

trabalhador, à manutenção do regime de protecção social<sup>1336</sup>. O trabalhador fica naturalmente sujeito às ordens e instruções dos órgãos do serviço ou pessoa colectiva para que se verifica a cedência e passa a ser remunerado por esta. A cedência de trabalhador com contrato de trabalho é regulada em idênticos termos no projectado regime de “vínculos, carreiras e remunerações”<sup>1337 1338</sup>.

### 3.4.3. O contrato de trabalho a termo

O contrato de trabalho a termo titula a prestação temporária de trabalho subordinado, justificado por “necessidades transitórias dos serviços de duração determinada” - “previsível”<sup>1339</sup> (a termo certo) ou mais ou menos previsível (contrato com termo incerto) – , expressas num elenco dos motivos justificativos da sua celebração<sup>1340</sup>.

O regime jurídico aplicável é o constante do “Código do Trabalho e respectiva legislação

---

<sup>1336</sup>. Cfr. artigo 23.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, e artigos 9.º e 49.º, alínea c), da Lei n.º 53/2006, de 7 de Dezembro.

<sup>1337</sup>. Cfr. artigo 58.º do “PL 316/2007”, de 12 de Junho.

<sup>1338</sup>. Cfr. A cedência de trabalhador em regime de direito privado é regulada pelo disposto no Código do Trabalho (artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, e artigos 322.º e segs. do Código do Trabalho). A Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, prevê que a cedência pode ter lugar sem o acordo do trabalhador, no “quadro de colaboração entre pessoas colectivas”, “se for fundamentada em necessidades prementes das entidades envolvidas ou em razões de economia, eficácia e eficiência na prossecução das respectivas atribuições” (artigo 14.º, *maxime*, n.º 2, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho). É susceptível de ser aplicada, por exemplo, no âmbito de unidades de saúde ou de um grupo hospitalar e no quadro da aplicação de contrato-programa entre o Estado e uma autarquia local. “PL 316/2007”, de 12 de Junho, não prevê esta hipótese.

<sup>1339</sup>. Cfr. artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89 e artigo 18.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 218/98, de 17 de Julho, revogados pelo artigo 30.º, alíneas a) e b), da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, cujo artigo 9.º identifica, agora, as situações justificativas da oposição de termo resolutivo nos contratos celebrados pela Administração Pública. Ver, também, artigo 21.º e 22.º do “PL 316/2007”, de 12 de Junho.

<sup>1340</sup>. Cfr. pontos 7 e 8 do preâmbulo e o artigo 3.º, n.º 1, do “Acordo-Quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo, anexo à Directiva 1999/70/CE do Conselho de 28 de Junho de 1999”, que tem “como objectivo a aplicação do acordo-quadro relativo a contratos de trabalho a termo, celebrado a 18 de Março de 1999 entre as organizações interprofissionais de vocação geral (CES, UNICE e CEEP)”. Para uma referência ao recurso lícito ao contrato de trabalho a termo quando o motivo justificativo não é excepcional, ver Maria do Rosário Ramalho, “Insegurança ou diminuição do emprego? O caso português”, in Estudos de Direito do Trabalho, cit., p. 105, e “Ainda a crise do direito laboral: a erosão da relação de trabalho ‘típica’ e o futuro do Direito do Trabalho”, in Estudos de Direito do Trabalho, cit., pp. 112 e 117 (“a tendência seguida pelo legislador português foi exactamente oposta à tendência de outros sistemas jurídicos, uma vez que o transformou numa figura excepcional exactamente na época em que outros países tendiam para o normalizar”). Nota a autora que “foi depois da excepcionalização da figura do trabalho a termo (...) que se agravou o problema dos falsos independentes e se difundiu a prática dos acordos revogatórios e das declarações de rescisão em branco” (p. 120).

especial”<sup>1341 1342</sup>, com qualificações jus-administrativistas<sup>1343</sup>. Entre estas, destacam-se os seguintes aspectos:

- a) A celebração depende de procedimento público selectivo, ainda que simplificado, pautado pelos princípios da liberdade de candidatura, igualdade e do mérito<sup>1344</sup>.
- b) A renovação contratual tem de ser expressa, sob pena de caducidade<sup>1345</sup>.
- c) A celebração válida do contrato (salvo quando justificada na substituição do trabalhador, em que basta a mera comunicação) depende da autorização do Ministro das Finanças e do membro do Governo que tiver a seu cargo a Administração Pública, o que se compreende por razões de controlo das condições para a respectiva celebração, maxime, na perspectiva da despesa que importa<sup>1346</sup>.
- d) A preterição das regras jurídicas imperativas do respectivo regime consequencia a nulidade do contrato<sup>1347</sup>.
- d) Não há lugar à conversão em contrato de trabalho por tempo indeterminado quando

---

<sup>1341</sup>. Já à luz do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, o regime jurídico aplicável era o da “lei geral sobre contratos de trabalho a termo certo aplicável aos contratos de trabalho a termo”, com as necessárias adaptações jus-administrativistas (artigo 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e artigo 14.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, antes e depois da nova redacção que lhe foi dada pelo artigo 29.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho). Entre as normas da «lei geral do trabalho», destacam-se as relativas ao período experimental, à duração do contrato, ao número de renovações, ao pagamento de compensação pela caducidade do contrato. Cfr. artigos 108.º, 139.º, 140.º, n.ºs 1, 2, 3 e 5, e 387.º, alínea a), 388.º e 389.º do Código do Trabalho. Consideramos ainda aplicáveis os artigos 127.º e 128.º, 130.º, n.º 1, 131.º, n.º 1 e 3, 132.º, n.º 1, 133.º, 134, 136.º, 137.º, 138.º e 144.º do Código de Trabalho.

<sup>1342</sup>. Quanto a este regime, ver Maria Irene Gomes, “Considerações sobre o regime jurídico do contrato de trabalho a termo certo no Código do Trabalho”, *Questões Laborais*, Ano XI, 2004, pp. 137 a 169.

<sup>1343</sup>. Expostas na Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, enquadrada nos artigos 47.º e 266.º, n.º 2, da Constituição.

<sup>1344</sup>. Cfr. artigo 9.º, n.º 4, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho.

<sup>1345</sup>. Cfr. artigo 10.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, e artigo 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e artigo 20.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 218/98, de 17 de Julho.

<sup>1346</sup>. Cfr. artigo 9.º, n.ºs 5 e 6, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho. Se for equacionada a renovação do contrato (e a mesma for possível, designadamente, por se manterem os respectivos pressupostos justificativos), deve ser novamente pedida a autorização administrativa prévia, caso a autorização inicial não tenha contemplado a hipótese de renovação. No mesmo sentido, cfr. Maria do Rosário Ramalho e Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho na Administração Pública*, 2004, cit., p. 55.

<sup>1347</sup>. Cfr. artigo 10.º n.º 3, 1.ª parte, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho. Sobre o alcance desta previsão legal, ver Maria do Rosário Ramalho e Pedro Madeira de Brito, *Contrato de Trabalho na Administração Pública*, 2004, pp. 59 e 59.

inobservados os parâmetros jurídicos da sua utilização correcta<sup>1348 1349</sup>. Esta regra é fundamental para garantir, de forma efectiva, o direito de todos acederem a um emprego na Administração pública segundo os princípios da igualdade e do mérito, de que o concurso é expressão<sup>1350</sup>, na “necessidade de procedimentos de selecção que respeitem

<sup>1348</sup>. Cfr. artigo 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e artigo 18.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 218/98, de 17 de Julho, hoje substituído pelo artigo 10.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho. Ver, também, o Acórdão do STA de 28 de Outubro de 1998, Processo n.º 97/98, *in* BMJ, n.º 480, 1998, pp. 236 e segs. O Tribunal Constitucional depois de verificar que a conversão dos contratos de trabalho a termo em contratos sem termo não é imposta pelo princípio da segurança no emprego, seja público ou privado (artigo 53.º da Constituição) – não se trata, portanto, de resolver um conflito entre direitos fundamentais –, nem pelo princípio da igualdade no acesso à função pública (artigo 13.º da Constituição), constatou antes que o princípio da igualdade no acesso à função pública (artigo 47.º, n.º 2, da Constituição) proíbe a conversão (Acórdão n.º 683/99 e Acórdão n.º 368/2000, *in* [www.tribunalconstitucional.pt/](http://www.tribunalconstitucional.pt/)). Francisco Liberal Fernandes, concordando com os votos de vencido, entende que na análise da possibilidade de conversão dos contratos de trabalho a termo em sem termo, “o princípio da segurança no emprego surge numa relação de confronto ou de oposição com o princípio da igualdade no acesso ao emprego público” (“Sobre a proibição da conversão dos contratos de trabalho a termo no emprego público...”, *cit.*, p. 87). Entende, sem prejuízo, que o fundamento constitucional que impede a conversão dos contratos de trabalho a termo em sem termo reside no artigo 266.º, n.º 2, “norma que impõe à Administração o dever de, no exercício das suas funções, actuar nas relações com terceiros segundo os princípios da igualdade e da imparcialidade”, os quais também “obrigam a Administração a efectuar o recrutamento dos seus trabalhadores segundo critérios objectivos e uniformes – o que implica estar-lhes vedado adoptar tratamentos preferenciais ou discriminatórios” (“Sobre a proibição da conversão dos contratos de trabalho a termo no emprego público,...”, *citado*, pp. 82 e 90). “A circunstância de este último não se converter, após o decurso de um certo lapso temporal, em contrato administrativo sem prazo, resulta da especificidade e da peculiar natureza de que se revestem as relações de trabalho na Administração Pública” - Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 345/93, Processo n.º 89/92, 1.ª Secção, *in* <http://www.tribunalconstitucional.pt/acordaos/acordaos93/301-400/34593.htm>, p. 14. No mesmo sentido, ver o Acórdão do TJCE, de 13 de Maio de 1970, Processo n.º 18/69, *in* [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int). O Tribunal rejeitou recurso de “agente temporário” da Comissão dirigido à “anulação da decisão tácita da Comissão que rejeitou o seu pedido de titularização como funcionário no grau A4 e ao reconhecimento da mesma”, observando que, independentemente da invocada permanência no exercício de funções em desarmonia com o tipo de vínculo, o certo é que a “a nomeação e a titularização dum agente não se pode fazer senão nas formas e nas condições previstas no Estatuto”.

<sup>1349</sup>. Designadamente, quando ultrapassados os limites máximos de duração. Não se tratava (na data em que foram proferidos os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 683/99 e 368/2000, do “limite máximo de duração total fixado na lei geral sobre os contratos de trabalho a termo”, mas dos diferentes limites máximos de duração previstos, à data, no Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro. Os limites foram, agora, uniformizados (artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do seu artigo 9.º e no artigo 139.º do Código do Trabalho).

<sup>1350</sup>. Pois, de outra forma, como a realidade manifestamente o revela, aquele direito sairia grandemente esvaziado. Ver Joan Prats i Català, “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público”, *cit.* pp. 38 e 39, nota 37. Em Itália, cujo regime regra das relações de trabalho na Administração Pública é de Direito Privado, a conversão é excluída, pelo legislador, “segundo orientação jurisprudencial constante anterior”. No «emprego público italiano», amplamente «privatizado», não só a lei excluía e exclui a conversão por tempo indeterminado, confirmando consolidada jurisprudência, como este aspecto de regime jurídico dos contratos de trabalho a termo, por força do princípio constitucional do concurso, está excluído da contratação colectiva. Em contrapartida, está a Administração

o princípio constitucional do concurso”<sup>1351</sup>.

Importa perceber, como observa Jacques Bourdon, a pressão existente<sup>1352</sup> no sentido de os contratos de trabalho a termo (assim como nos de prestação de serviços e outras «formas prestativas não laborais») constituírem “um simples preâmbulo a uma integração ulterior” como funcionários públicos, com afastamento do regime concursal<sup>1353</sup> ou segundo regras restritivas da liberdade de candidatura e de igualdade no acesso aos correspondentes empregos.

Se, tal como no sector privado, na Administração Pública, acontece não raras vezes a utilização em fraude do contrato de trabalho a termo, não se deve, no entanto, estabelecer qualquer presunção de globalidade, aquela de que parece partir o legislador quando vem dispor no sentido favorável à sua transformação em funcionários públicos,

---

obrigada a recuperar as somas pagas ao trabalhador, para o ressarcir da situação, no confronto dos dirigentes responsáveis, sendo a violação da lei devida a dolo ou culpa grave – Matteo Dell’Olio, “Profili della flessibilità nel pubblico impiego privatizzato”, *La Privatizzazione del Pubblico Impiego*, cit., p. 69. Cfr. “Decisione del Consiglio di Stato 644/2000” e n.º 5024, (sez.V), de 8 de Setembro de 2003, in <http://www.altalex.com/index>, e Pietro Virga, *Il Pubblico Impiego Dopo la Privatizzazione*, cit., p. 6. Cfr. também artigo 36.º, n.º 2, do Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165, “Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche” ([www.parlamento.it](http://www.parlamento.it) e [www.nir.it](http://www.nir.it)): “In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l’assunzione o l’impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l’obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave.”

<sup>1351</sup>. A “prevalência das regras disciplinadoras do acesso ao emprego público” na ponderação dos interesses (interesse público, interesse do contraente e interesses dos indivíduos aspirantes à contratação) justifica que, na “STS de 7 de marzo de 1989 (Ar. 1802)”, se afirme que “para chegar a adquirir indeterminação e estabilidade teria de realizar-se concurso, oposição e provas selectivas”. Cfr. Martín Godino Reyes, *El Contrato de Trabajo en la Administración Pública*, Editorial Civitas, 1989, p. 217, nota 541.

<sup>1352</sup>. E a indiferença dos que corporizam o empregador público, que «não jogam nele o seu pecúlio pessoal».

<sup>1353</sup>. Jacques Bourdon, “La fonction publique territoriale, 20 ans d’évolution permanente”, *AJDA*, n.º 3/2004, p. 127. Observa Nicolas Kada que o “recrutamento de contratados de direito público torna-se, na realidade, um pré-recrutamento de funcionários” - “Emploi public et transferts de personnel”, *Revue du Droit Public*, t. CXVIII, Maio-Junho, 2002, p. 864 (A requalificação do contrato põe em causa o princípio do concurso – p. 861). Em Espanha, informa Miguel Sánchez Mórón, “não faltam casos em que pode suspeitar-se de convivência entre a Administração contratante e os trabalhadores para aceder, espuriamente e sem superar nenhuma selecção objectiva, a um emprego seguro e para toda a vida” - “El régimen jurídico del personal al servicio de la Administración Pública (Régimen estatutário y laboralización)”, *Derecho Público y Derecho Privado en la Actuación de la Administración Pública*, Seminario, Barcelona, 7 de mayo de 1997, Institut d’Estudis Autònoms, Marcial Pons, 1999, p. 82.



pela realização de concursos limitados e não selectivos<sup>1354</sup>. As organizações da Administração Pública não estão imunes às necessidades transitórias de trabalhadores ditadas por motivos objectivos.

O carácter normativamente rarefeito e menos selectivo dos procedimentos de contratação a termo<sup>1355</sup>, por outro lado, não assegura a selecção de trabalhadores com vínculos estáveis segundo critérios de capacidade e idoneidade pessoal e funcional (artigos 47.º, n.º 2, e 266.º, n.º 2, da CRP) que se pretendem (mais exigentes) para o recrutamento de trabalhadores por tempo indeterminado<sup>1356</sup>.

- e) A responsabilidade civil, disciplinar e financeira dos órgãos e agentes que autorizem, informem favoravelmente e celebrem contratos de trabalho a termo com violação do respectivo regime jurídico constituem instrumentos de garantia da sua utilização correcta. A violação das regras enunciadas tem tido escasso efeito para os seus autores<sup>1357</sup>. Importa repensar o respectivo regime jurídico de responsabilidade, designadamente, estabelecendo presunções de culpa<sup>1358</sup> grave, por exemplo, quando se apure ser nulo o vínculo jurídico ou a relação de trabalho ser desprovida de qualquer título<sup>1359 1360</sup>.

---

<sup>1354</sup>. O procedimento (ocorrido) designado de «regularização» só em parte o foi (; nem todas as situações incluídas eram, em propriedade, ilegais, na linguagem do legislador, «irregulares»). O último movimento dito de “regularização” foi iniciado com o Decreto-Lei n.º 81-A/96, de 21 de Junho. No seu relatório anual, de 22 de Outubro de 2002, o “conseil d’orientation” do Observatório do emprego público francês sublinha que “os não-titulares não estão todos em situação precária nos serviços do Estados, nem todos são elegíveis pelo dispositivo da reabsorção da precariedade” ou do pessoal precário. Cfr. Carine Biget, “L’emploi public sous surveillance”, in AJDA n.º 17/202, 4 novembre 2002, p. 1099. Ver ainda Jacques Bourdon, “La fonction publique territoriale, 20 ans d’évolution permanente”, AJDA, n.º 3/2004, p. 127.

<sup>1355</sup>. Por vezes mesmo através de «ajuste directo» previsto em normas legais avulsas.

<sup>1356</sup>. Está, portanto, em causa, também, como bem notou o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 683/99, a capacidade funcional e prestativa da própria Administração (ponto 21).

<sup>1357</sup>. À face da realidade patentemente conhecida, parecem pouco realistas os números de efectivação de responsabilidades financeiras apresentados no “Relatório de actividades e contas de 2004”, do Tribunal de Contas, n.º 5/2005. Cfr. Relatório publicado no Diário da República, II Série, n.º 130, de 8 de Julho de 2005, pp. 10 011 e 10 030.

<sup>1358</sup>. Cfr. *mutatis mutandis* o artigo 799.º, n.º 2, do Código Civil.

<sup>1359</sup>. Cfr., em sentido semelhante, o artigo 631, § 2.º, do Código Administrativo: “Os vogais do corpo administrativo que tiverem intervindo na deliberação em execução da qual se celebrou o contrato nulo são solidariamente responsáveis pelos prejuízos resultantes da execução desde até à declaração de nulidade. A efectivação dessa responsabilidade será promovida pelo agente do Ministério Público junto da auditoria administrativa competente.”

<sup>1360</sup>. Jesús Jordano Fraga, Nulidad de los Actos Administrativos y Derechos Fundamentales, cit., p. 256.

Uma vez celebrado o contrato, constituída a relação jurídica de trabalho disciplinada pelo Direito do Trabalho, a sua execução centra-se na prestação da actividade, no *facere* laboral, e na realização das contrapartidas do empregador. “Se a relação é disciplinada pelo direito privado, e se o acto constitutivo fundamental é de um contrato de direito privado, não existe motivo – na falta de norma específica – para subtrair ao direito privado os actos de execução do contrato”<sup>1361</sup>.

### 3.5. O contrato de trabalho *sui generis*

O projecto de lei n.º 316/2007, de 12 de Junho, adopta o contrato de trabalho como vínculo jurídico da generalidade das relações de trabalho na Administração Pública<sup>1362</sup>. No entanto, indo além do que postulam os princípios constitucionais em matéria de emprego público e do contrato de trabalho e do regime jurídico correspondente tal como teorizados pelo Direito do trabalho, afasta-se em parte significativamente do respectivo modelo.

À excepção dos aspectos relativos à gestão orçamental das relações de trabalho<sup>1363</sup> e do alargamento das normas legais laborais comuns<sup>1364</sup>, o vínculo e o regime jurídico preservam grandemente o da relação jurídica de emprego titulada pela nomeação<sup>1365</sup>. Nesta filiação e distanciamento do regime laboral comum, destacam-se:

- a) A qualificação no preâmbulo do diploma do contrato de trabalho como contrato de natureza administrativa, escudando-a na mera invocação do princípio da prossecução do interesse público, e a identificação da jurisdição competente para

---

Quanto à responsabilidade criminal, cfr. artigo 335.º do Código Penal português e o artigo 405.º do Código Penal Espanhol (“A autoridade ou funcionário público que, no exercício das suas funções e com conhecimento da ilegalidade, propuser, nomear ou empossar para o exercício de um determinado cargo público de qualquer pessoa sem que estejam verificados os requisitos legalmente estabelecidos para o efeito, será punido com as penas de multa de três a oito meses e suspensão do emprego ou cargo público pelo período de seis meses a dois anos.” - <http://html.rincondelvago.com/codigo-penal-espanol-de-1995.html>). Para uma reflexão sobre o princípio da responsabilidade pessoal dos funcionários e agentes, ver Paulo Veiga e Moura, *A Privatização da Função Pública*, cit., pp. 175 a 201.

<sup>1361</sup>. Alessandro Loli, *L’Atto Amministrativo nell’Ordinamento Democratico*, Studio sulla qualificazione giuridica, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2000, p. 245. Assim, em princípio, “[é] declaração negocial e não acto administrativo a denúncia do contrato caracterizado como sendo um contrato de trabalho a termo certo” – Acórdão do TCA de 24 de Julho de 2000, R.4782/2000, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 499, p. 403.

<sup>1362</sup>. Cfr. artigos 9.º, 10.º e 20.º.

<sup>1363</sup>. Cfr. artigos 4.º a 7.º.

<sup>1364</sup>. Embora mediatizadas pela sua identificação num futuro regime do contrato de trabalho em funções públicas (cfr. preâmbulo e artigo 81.º do “PL 316/2007”, de 12 de Junho).

conhecer os respectivos litígios como sendo a dos tribunais administrativos<sup>1366</sup>.

- b) A manutenção de um regime de base essencialmente legal, com a limitação do direito à contratação colectiva, referenciado como direito de negociação, a fixação legal do seu objecto e a imposição do “princípio da igualdade mínima entre os estatutos das duas modalidades de vinculação” laboral<sup>1367</sup>.
- c) A preservação de grande parte do designado regime jurídico da função, reajustado, reelaborado ou simplesmente «importado» com alterações diminutas<sup>1368</sup>.

### 3.6. As formas prestativas não laborais na Administração Pública

As relações jurídicas de prestação de um indivíduo de uma actividade ou serviço a uma pessoa colectiva sem as características próprias do trabalho subordinado não se subsumem ao conceito de relação jurídica de emprego público. É o caso dos contratos de prestação de serviços, dos acordos de actividade ocupacional<sup>1369</sup> e dos contratos de formação ou de estágio formativo, que, no seu conjunto, podemos designar como “actividades prestativas não laborais”.

#### 3.6.1. Os contratos de prestação de serviços

O contrato de prestação de serviços é aquele mediante o qual um indivíduo, estando por conta própria, se obriga a proporcionar a uma pessoa singular ou colectiva, pública ou privada, “o resultado do seu trabalho intelectual ou manual”, ou a assegurar determinado serviço, sem sujeição à direcção e autoridade da segunda. O prestador de serviços não se integra na organização de trabalho da pessoa para com quem se obriga, em face da qual não está numa relação de dependência; é, portanto, e designadamente, alheio a existente

---

<sup>1365</sup>. Cfr. “PL 316/2007”, de 12 de Junho, em particular, os artigos 80.º e 81.º.

<sup>1366</sup>. Cfr. artigo 83.º do “PL 316/2007”, de 12 de Junho.

<sup>1367</sup>. Cfr. preâmbulo e artigo 81.º, n.º 2 e n.º 3.

<sup>1368</sup>. É o caso do regime jurídico das acumulações e incompatibilidades, de certas regras, não estruturais, do regime jurídico dos concursos (ficando por nomear os princípios essenciais de um procedimento concursal).

<sup>1369</sup>. De igual natureza e com a mesma função, regista-se, por exemplo, o “contrato de ocupação temporário de desempregado” enquadrável num “programa de formação e ocupação de desempregados”, promovido pelo Governo Regional dos Açores, considerado na Resolução n.º 9/98 – Processo n.º 632/98, da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas (DR., II Série, n.º 150, de 2 de Julho de 1998, pp. 9163 a 9165).

ordenação hierárquica<sup>1370</sup>. A celebração de contrato de prestação de serviço por uma pessoa colectiva pública, como em geral, só pode ter lugar para a “execução de trabalhos de carácter não subordinado”<sup>1371</sup>. Pelo serviço prestado há lugar ao pagamento de uma quantia monetária certa e não, como é típico da relação jurídica de emprego, de uma remuneração e ao abono de suplementos remuneratórios (que são “função de particularidades específicas da prestação de trabalho”<sup>1372</sup>), de subsídio de refeição<sup>1373</sup> e de subsídios de férias e de Natal<sup>1374</sup>. O indivíduo ou a empresa contratada para a prestação de serviços trabalha por conta própria e não por conta da pessoa colectiva contratante. Para com esta não se compromete senão a prestar um resultado ou um dado serviço (o qual pode traduzir-se, em alguma medida, no entanto, numa obrigação de meios). Não fica sujeito à organização, direcção, orientação e controlo dos órgãos daquela. Não se integra, portanto, na estrutura organizacional da pessoa colectiva, em face da qual não está numa relação de dependência. Nestes termos, é incoerente a inserção no diploma e no capítulo sobre a relação jurídica de emprego público da possibilidade da respectiva contratação<sup>1375</sup>. Contra tal inserção, depõe

---

<sup>1370</sup>. Cfr. artigo 10.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 184/89, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 25/98, de 26 de Maio, e artigo 35.º, n.º 3, do “PL 316/2007”, de 12 de Junho.

A definição de contrato de prestação de serviços decorrente do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e do artigo 35.º, n.º 3, igualmente merece reservas. Com efeito, reportam o contrato de prestação de serviços à “execução de trabalhos com carácter não subordinado”, que definem como aquele que é “prestado com autonomia” e que se caracteriza por não estar “sujeito à disciplina, à hierarquia, nem implicar o cumprimento do horário de trabalho”. Antes de não estar sujeito à disciplina, o prestador de serviços não está sujeito ao poder de direcção do contraente público; a hierarquia é um conceito fundamentalmente organizatório, apontando para específicas situações de projecção nas relações de trabalho da organização hierarquizada do empregador; em terceiro lugar, ao não afastar, por princípio, a prestação de serviço em local de trabalho definido pela entidade contratante, propicia situações menos claras (Para além de propiciar a integração na estrutura organizacional do empregador).

<sup>1371</sup>. Cfr. artigo 1154.º do Código Civil e artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e artigo 35.º, n.º 3, do “PL 316/2007”, de 12 de Junho.

A relação jurídica de emprego pressupõe que uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual, para com uma pessoa colectiva pública, sob a autoridade e direcção dos seus órgãos ou de algum dos seus órgãos.

<sup>1372</sup>. Cfr. artigo 19.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro.

<sup>1373</sup>. Cfr. artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e artigos 9.º e 10.º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro.

<sup>1374</sup>. Sobre a função dos subsídios de férias e de Natal, cfr. João Alfaia, *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, Vol. II, Coimbra, 1988, pp. 935 a 946.

<sup>1375</sup>. Cfr. artigo 10.º, artigo 11.º e artigo 11.º-A, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho. O Decreto-Lei n.º 184/89, como já referido, “estabelece princípios gerais em matéria de emprego público,

ainda o facto de a mesma já decorrer do Código Civil e do diploma que define o regime jurídico da realização das despesas públicas<sup>1376</sup>.

Podendo assumir a forma de um simples contrato de prestação de serviços, a lei nomeia duas espécies, que caracteriza, a do contrato de tarefa e a do contrato de avença<sup>1377</sup>.

O contrato de tarefa é utilizável para a “execução de trabalhos específicos, de natureza excepcional”. O contrato de avença, quando está em causa a obtenção de “prestações sucessivas no exercício de profissão liberal”, isto é, a realização de trabalho, de forma autónoma, por conta própria, de carácter científico, técnico ou artístico, que pressupõe uma habilitação específica<sup>1378</sup>. O primeiro vigora pelo “prazo contratual inicialmente estabelecido”, em função da própria tarefa. O segundo pode prolongar-se no tempo, com a sucessão de prestações<sup>1379</sup>.

Em ambos os casos, a contratação pressupõe que se trate de trabalho não subordinado para o qual “se revele inconveniente o recurso a qualquer modalidade de relação jurídica de emprego”<sup>1380</sup>.

“Os serviços prestados em regime de avença [devem ser]... objecto de remuneração certa mensal”. No contrato de tarefa, o pagamento é devido com a conclusão da tarefa, sem

---

remunerações e gestão do pessoal” (artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho). Explicita que no seu âmbito pessoal se incluem as pessoas que exercem “funções nos serviços e organismos do Estado sob a direcção dos respectivos órgãos” (artigo 3.º, n.º 1, do capítulo I (“Objecto e âmbito”), do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho). O seu Capítulo II é dedicado aos princípios gerais do emprego público. Identifica os vínculos jurídicos das relações de trabalho na Administração Pública (os artigos 5.º a 9.º e 11.º-A, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho. Os artigos 9.º e 11.º -A foram revogados pelo artigo 30.º, alínea a), da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, diploma que os substituiu por outros aqueles preceitos), afirma o princípio da subordinação dos trabalhadores, no exercício das suas funções, aos princípios e ou valores do serviço público (artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho) e o princípio da exclusividade de funções (artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho).

O “PL 316/2007”, de 12 de Junho, continua a inserir a contratação da prestação de serviços no diploma relativo ao regime jurídico das relações de trabalho na Administração Pública

<sup>1376</sup>. Cfr. artigos 1154.º a 1156.º do Código Civil e Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.

<sup>1377</sup>. Cfr. artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 41/84, de 3 de Fevereiro, na redacção dada pelo artigo único do Decreto-Lei n.º 299/85, de 29 de Julho, e pelo Decreto-Lei n.º 169/2006, de 17 de Agosto, e artigos 1154.º a 1156.º do Código Civil e Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, e artigo 35.º, n.º 1, do “PL 316/2007”, de 12 de Junho.

<sup>1378</sup>. Cfr. Acórdão – Recurso extraordinário do Tribunal de Contas n.º 8/95, Decisão n.º 7262/94, publicado no DR., I Série, n.º 299, de 29 de Dezembro de 1995.

<sup>1379</sup>. Cfr. artigo 17.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 41/84, de 3 de Fevereiro, e artigo 35.º, n.ºs 5 e 6, do “PL 316/2007”, de 12 de Junho, e Acórdão do Tribunal de Contas – Recurso extraordinário n.º 8/95, citado.

<sup>1380</sup>. Cfr. artigo 35.º, n.º 2, e artigo 116.º do “PL 316/2007”, de 12 de Junho, artigo 17.º, n.ºs 2 e 3, do

prejuízo de as partes poderem acordar o seu pagamento fraccionado<sup>1381</sup>. O primeiro pode terminar a qualquer momento, pela declaração de qualquer das partes mediante pré-aviso de sessenta dias, sem obrigação de indemnizar. O segundo, com a conclusão da tarefa ou com o decurso do prazo fixado para a sua realização, o qual não pode ser prorrogado<sup>1382</sup>.

Na medida em que o recurso ilegal ao contrato de prestação de serviços para assegurar a execução de trabalho subordinado redundava, necessariamente, no afastamento da protecção jurídica própria (designadamente, no que toca à atribuição de subsídio de férias e de Natal e ao âmbito da protecção social), não é de excluir que o trabalhador diligencie judicialmente pelo ressarcimento de prejuízos sofridos, ademais estando excluído, como está, uma qualquer aplicação da solução privatística da requalificação do contrato como contrato de trabalho, por força dos princípios fundamentais que implicam uma concorrência leal e justa no acesso a um qualquer emprego público. O “responsável” pela respectiva contratação e ou manutenção ilegal responde segundo específica forma de responsabilidade financeira e a título de responsabilidade disciplinar, para além de eventual responsabilidade civil<sup>1383</sup>.

Importa prevenir, por outro lado, a tendência, apressada, para a “presunção de laboralidade” de tais contratos quando celebrados por pessoas colectivas públicas, sendo a tendência contrária, de outros sistemas jurídicos laborais, a de “estabelecerem presunções de autonomia do prestador do trabalho”<sup>1384</sup>.

### 3.6.2. Os acordos de actividade ocupacional e os contratos de formação

Os acordos de actividade e os contratos de formação inscrevem-se dentro da denominada

---

Decreto-Lei n.º 41/84, de 3 de Fevereiro.

<sup>1381</sup>. Cfr. artigo 35.º, n.º 5 e n.º 6, e artigo 116.º do “PL 316/2007”, de 12 de Junho, artigo 17.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 41/84, de 3 de Fevereiro.

<sup>1382</sup>. Cfr. artigo 35.º, n.º 5 e n.º 6, e artigo 116.º do “PL 316/2007”, de 12 de Junho, artigo 17.º, n.ºs 2 e 5, do Decreto-Lei n.º 41/84, de 3 de Fevereiro.

<sup>1383</sup>. Cfr. artigo 36.º do “PL 316/2007”, de 12 de Junho.

<sup>1384</sup>. Maria do Rosário Ramalho, “Ainda a crise do direito laboral: a erosão da relação de trabalho ‘típica’ e o futuro do Direito do Trabalho”, in Estudos de Direito do Trabalho, cit., p. 118, e Pedro Romano Martínez, “Trabalho subordinado e trabalho autónomo”, Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, Vol. I, Instituto de Direito do Trabalho, Universidade de Lisboa, I Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho, 2001, pp. 287 a 289 (: importa ter presente que a subordinação jurídica, referenciada como o elemento essencial do contrato de trabalho, é fundamentalmente identificada por apelo “à vontade das partes, ao modo de direcção da actividade e à integração na estrutura empresarial” - cfr. sobre a subordinação jurídica e o método tipológico).

“política activa de emprego”, traduzida na colocação de trabalhadores, no fomento do emprego e na formação profissional ocupacional, como estímulo à “contratação laboral”, ao estabelecimento de futuras relações de trabalho, subordinado ou autónomo. Contrapõe-se à “política passiva de emprego”, em que se insere a protecção tradicional no desemprego<sup>1385</sup>. A situação de desemprego pressupõe, hoje, não só a “inexistência total e involuntária de emprego”, mas também a “capacidade e disponibilidade para o trabalho”, respectivamente, a “aptidão para ocupar um posto de trabalho” e a obrigação de “aceitação de emprego conveniente, necessário e de formação profissional” (para além de sujeição ao “controlo pelos centros de emprego”). O emprego necessário corresponde aquele que “deva ser desenvolvido no âmbito de programas ocupacionais organizados por entidades com fins lucrativos, em benefício da colectividade e por razões de necessidade social ou colectiva, para o qual os titulares das prestações tenham capacidade e que não lhes cause prejuízos graves”<sup>1386</sup>. Os contratos de formação visam a aquisição de aptidões e competências profissionais por parte de jovens dotados de dadas formações académicas do mesmo passo que contribuem para a melhoria dos serviços, em virtude (da actualidade) da sua formação e da sua juventude.

Os acordos de actividade ocupacional e os contratos de formação ou de estágio são formas de «para-emprego», envolvendo, em geral, também como elemento comum, a concessão de subvenções aos respectivos contraentes.

### **3.6.2.1. Os acordos de actividade ocupacional<sup>1387</sup>**

A actividade ocupacional dos trabalhadores subsidiados e dos trabalhadores em situação de comprovada carência económica, titulada por acordo com essa designação, tem um fim estruturante que consiste, por um lado, na “ocupação socialmente útil de pessoas

---

<sup>1385</sup>. Cfr. Manuel Carlos Palomeque López, “Antonomía política y diversidad jurídica en la regulación de las relaciones de trabajo (a propósito de la organización territorial del Estado en España)”, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, Conferencias na Faculdade de Direito de Coimbra, 1999/2000, Universidade de Coimbra, 2000, pp. 207 a 209, e Juan José Fernández Domínguez e Susana Rodríguez Escanciano, *Hacia un nuevo Régimen Jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Instituto Andaluz de Administración, Consejería de Justicia y Administración Pública, pp. 139 e pp. 175 a 182.

<sup>1386</sup>. Cfr. artigos 2.º, n.º 1, 4.º e 5.º, n.º 2 e n.º 3, da Decreto-Lei n.º 79-A/89, de 13 de Março. O regime jurídico “de prestação de trabalho em programas ocupacionais” consta da Portaria n.º 192/96, de 30 de Maio.

desocupadas *enquanto não lhes surgirem alternativas de trabalho*” (itálico nosso)<sup>1388</sup> e, por outro lado, na promoção da sua empregabilidade (no mercado de trabalho)<sup>1389</sup> e, conseqüentemente, a cessação do estatuto de desempregado<sup>1390</sup>.

O conceito de actividades ocupacionais não se identifica com o plano de actividades normal das entidades promotoras (“as entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos” como “entidades de solidariedade social, autarquias e serviços públicos”<sup>1391</sup>). Inversamente, em homenagem à reabilitação profissional dos trabalhadores (desempregados) opta-se claramente pela sua inserção em projectos de benefício (directo) da colectividade, em áreas específicas como as do ambiente, património cultural e apoio social<sup>1392</sup>.

Na medida em que o projecto ocupacional deve demarcar-se da actividade normal do serviço, a sua cessação não se associa ao termo da situação de beneficiário de subsídio de emprego ou à duração máxima possível de actividade ocupacional, mas antes, fundamentalmente, ao termo da execução do projecto, à obtenção de emprego e ao eventual incumprimento das respectivas obrigações<sup>1393 1394</sup>.

---

<sup>1387</sup>. Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República de 2002, pp. 649 a 655.

<sup>1388</sup>. Que não a “execução de tarefas produtivas no mercado de trabalho” (§ 4 do preâmbulo da Portaria n.º 192/96, de 30 de Maio – itálico nosso). Não é, pois, susceptível de aprovação o projecto ocupacional que remete o trabalhador desempregado para o desempenho de funções que vinham até então sendo asseguradas por um funcionário, agente ou trabalhador da “entidade promotora”. E não pode a actividade ocupacional vir a traduzir-se no preenchimento de postos de trabalho existentes (n.º 3 do artigo 2.º e n.º 2 do artigo 5.º da Portaria n.º 192/96, de 30 de Maio).

<sup>1389</sup>. Designadamente, pela manutenção “em contacto com outros trabalhadores e outras actividades, evitando o isolamento e combatendo a tendência para a desmotivação e marginalização” (§ 4 do preâmbulo e artigo 3.º, n.º 1, alínea b), l) e iii), da Portaria n.º 192/96 de 30 de Maio).

<sup>1390</sup>. As delegações regionais do Instituto de Emprego e Formação Profissional devem, designadamente, prestar informação, orientação e formação profissional a tais trabalhadores (artigo 4.º da Portaria n.º 192/96 de 30 de Maio).

<sup>1391</sup>. Cfr. n.º 1 do artigo 5.º da citada Portaria.

<sup>1392</sup>. Cfr. artigo 3.º, n.º 2, da Portaria n.º 192/96, de 30 de Maio. No caso dos trabalhadores subsidiados (alínea a), do n.º 1 do artigo 3.º da Portaria n.º 192/96, de 30 de Maio), especifica a alínea b) do n.º 1 do artigo 7.º da mesma que o trabalho tem que consistir, não apenas “na realização de tarefas úteis à colectividade”, mas que, também, não venham, normalmente, sendo executadas no âmbito da “entidade promotora” ou que então coincidam com trabalho de voluntariado.

<sup>1393</sup>. Cfr. n.º 3 do artigo 6.º da Portaria n.º 192/96, de 30 de Maio.

Sendo, pois, incompreensíveis as propostas, insertas nas fichas dos projectos, de duração até ao “máximo possível” e até “até ao fim do subsídio”

<sup>1394</sup>. Deve o Instituto de Emprego e Formação Profissional, através dos centros de emprego, acompanhar e fiscalizar a aplicação dos acordos de actividade ocupacional e de o fazer através de métodos adequados (eficazes), verificando se a “actividade ocupacional constante do projecto não consiste na ocupação, ainda que



Pressupõem que o trabalhador desempregado não desenvolve uma actividade que implica a ocupação de um posto de trabalho e porque o pressupõem pela mesma é atribuído, não uma remuneração, mas um subsídio, que pode ser complementar ao subsídio de desemprego<sup>1395</sup>.

### 3.6.2.2. Os contratos de formação

Os contratos de formação titulam períodos de estágios formativos na Administração Pública de jovens<sup>1396</sup>. Têm um fim instrutivo, de aprendizagem profissional, pela aquisição de competências no exercício de uma profissão e pela aplicação de conhecimentos

---

transitória, de postos de trabalho existentes e que podem ser preenchidos no mercado normal de trabalho” e se os “trabalhadores estão afectos a fins diferentes dos acordados por parte das entidades promotoras” (artigo 14.º da Portaria n.º 192/96, de 30 de Maio).

Por vezes, a figura dos acordos de actividade ocupacional é usada pela Administração em manifesto “desvio de poder”, isto é, como uma forma de prover às necessidades próprias dos serviços públicos, descurando a sua dissociação da relação jurídica de emprego público e os direitos e as garantias que para os trabalhadores dela decorreriam. Trata-se de actuação (e omissão) administrativa injusta e desproporcionada. Por um lado, porque usa-se de forma desqualificante a mão de obra de trabalhadores desempregados, que acreditam ser possível, por essa via, a sua inserção profissional (na função pública). Por outro lado, há uma lesão permanente do interesse financeiro do Estado, pois estes trabalhadores, decorrida a vigência dos acordos de actividade ocupacional, acabam, muitas vezes, por continuar a ser destinatários (ou a precisar) dos esquemas de protecção em matéria de desemprego ou de apoio social.

<sup>1395</sup>. Aos que são beneficiários de subsídio de desemprego, é atribuído “um subsídio complementar até 20% da prestação mensal de desemprego” e aos que, por não serem já beneficiários daquele, se encontrem “em situação de comprovada carência económica” um subsídio mensal de “montante igual ao valor do salário mínimo nacional”, “suportado pelas entidades promotoras e participado pelo Instituto de Emprego e Formação Profissional” em certas percentagens. Cfr. artigo 11.º, n.º 1, da Portaria n.º 192/96, de 30 de Maio.

<sup>1396</sup>. Muito embora, o legislador, em 1999, tenha desenhado um regime jurídico geral para este tipo de estágios ou períodos de formação, na falta de emissão da prevista regulamentação, publicada apenas em finais de 2005, perdurou sem aplicação (cfr. artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 326/99, de 18 de Agosto, Portaria n.º 1256/2006, de 2 de Dezembro, e Despacho conjunto n.º 1039/2005 (DR., II Série, n.º 231, de 2 de Dezembro). Sem prejuízo, os estágios formativos de jovens já tinham lugar e continuaram a ter lugar ao abrigo de específicos regimes jurídicos. Cfr., a título de exemplo, a Portaria n.º 268/97, de 18 de Abril, com as alterações introduzidas pela Portaria n.º 1271/97, de 26 de Dezembro, pela Portaria n.º 814/98, de 24 de Setembro, e pela Portaria n.º 286/2002, de 15 de Março.

Para uma utilização do contrato de formação como um vínculo jurídico da relação jurídica de emprego público, cfr. Refonder de Statut de la Fonction Publique Territoriale pour Reussir la Decentralisation, cit., p. 13 e p. 20. Aí se escreve: “o quadro do «contrato individual de formação» deve servir de incentivo à mobilidade de todos, por um lado, entre as funções públicas (...) e, por outro lado, com o sector privado”. E: o “«contrato individual de formação» (...) deve permitir a cada funcionário territorial adquirir novas competências e evoluir profissionalmente ao longo do seu percurso profissional.// O objectivo do «contrato» é o de definir com os agentes objectivos de evolução profissional que o percurso individual de formação permitirá atender. Concluído com a admissão do agente na função pública territorial, o contrato servirá de referência a cada etapa da sua vida profissional, numa situação de mobilidade, de um destacamento ou ainda de uma promoção.”

académicos e aptidões profissionais, num “contexto organizativo e de serviço”<sup>1397</sup>.

A relação jurídica estabelecida não se estrutura segundo o figurino da subordinação jurídica própria das relações de trabalho<sup>1398</sup>. O contraente privado fica sujeito a um “poder de orientação e de tutoria”. Ao mesmo é pago, não uma remuneração, mas uma “bolsa de formação”<sup>1399</sup>. A eventualidade de acidente durante o estágio é coberta por um seguro e não tratada como acidente em serviço<sup>1400</sup>. O incumprimento dos deveres e obrigações, atento a natureza essencialmente formativa e não prestativa da relação jurídica, não justifica a aplicação do instituto da responsabilidade disciplinar.

#### 4. Caracterização da relação jurídica de emprego público

Atento o que fica exposto, a relação jurídica de emprego público deve ser definida como a relação jurídica estabelecida por um indivíduo com uma pessoa colectiva integrada na Administração Pública “cujo objecto se analisa... numa prestação de trabalho subordinado”<sup>1401</sup>, com carácter contínuo<sup>1402</sup>, a que correspondem determinadas contrapartidas, entre as quais a contrapartida remuneratória<sup>1403</sup>, e que é disciplinada por um

---

<sup>1397</sup>. Sobre idênticos fins do “contrato de formação e trabalho”, em Itália, cfr. Pietro Virga, *Il Pubblico Impiego Dopo la Privatizzazione*, cit., p. 7.

Cfr. Decreto-Lei n.º 326/99, de 18 de Agosto, que instituiu “o Programa Estágios Profissionais na Administração Pública como forma de contribuir para a inserção dos jovens na vida activa, complementando uma qualificação preexistente através de uma formação prática a decorrer no âmbito dos serviços públicos” (artigo 1.º). O diploma foi adaptado à Administração local (Decreto-Lei n.º 94/2006, de 29 de Maio). Os estagiários são recrutados através de procedimento público selectivo (artigo 6.º) de entre “jovens com idade compreendida entre os 18 e os 30 anos, possuidores de licenciatura ou bacharelato (níveis de qualificação V e VI) ou habilitados com curso de qualificação profissional (nível III), recém-saídos dos sistemas de educação e formação à procura do primeiro emprego ou desempregados à procura de novo emprego” (artigo 4.º, n.º 1).

<sup>1398</sup>. Cfr. acórdão do STJ de 22 de Novembro de 2000, Processo n.º 81/2000, in *Colectânea de Jurisprudência*, 2000, n.º 3, p. 290, e Acórdão do STJ de 18 de Março de 1998, Processo n.º 20798, BMJ, n.º 475, p. 454.

<sup>1399</sup>. Cfr. artigos 7.º e 13.º do Decreto-Lei n.º 326/99, de 18 de Agosto, e artigo 11.º, n.º 1, da Portaria n.º 1256/2005, de 2 de Dezembro.

<sup>1400</sup>. Cfr. artigo 11.º, n.º 1, da Portaria n.º 1256/2005, de 2 de Dezembro, e Acórdão do STJ, de 14 de Novembro de 2001, Processo n.º 888/01, in *Colectânea de Jurisprudência*, 2001, n.º 3, p. 268.

<sup>1401</sup>. A expressão é de Jorge Leite, *Direito do Trabalho e da Segurança Social*, cit., p. 110. Cfr. Acórdão de 14 de Abril de 2004, do TCA Sul, Processo n.º 12627/03, in <http://www.dgsi.pt/jtca> e Acórdão de 9 de Junho de 1998, Processo 039311, do STA, in <http://www.dgsi.pt/jsta>.

<sup>1402</sup>. Fica excluída a realização de uma tarefa, serviços ou funções determinadas, em regra temporalmente circunscrita (v.g., membro de mesa eleitoral e membro de um órgão de avaliação).

<sup>1403</sup>. Vincenzo Cerulli Irelli (*Corso di Diritto Amministrativo*, citado, p. 124) destaca que a generalidade dos “agentes públicos” é constituída por “pessoal profissional, que pode ser definido como aquele ligado à

mínimo denominador comum de regime jus-publicista<sup>1404</sup>.

Não é como tal qualificável a relação jurídica de emprego estabelecida com uma pessoa colectiva não integrada na Administração Pública. A “qualidade de ente público do empregador” é essencial para a identificação da relação jurídica de emprego público. A prestação de trabalho, remunerada por recursos públicos, liga-se, aí, de modo funcional, e pelo tipo de actividade desenvolvida pelo empregador, aos interesses públicos prosseguidos<sup>1405</sup>.

Não são igualmente de subsumir ao conceito de relação jurídica de emprego público as relações jurídicas de prestação de um indivíduo de uma actividade ou serviço a uma pessoa colectiva sem as características próprias do trabalho subordinado. É o caso dos contratos de prestação de serviços, dos acordos de actividade ocupacional<sup>1406</sup> e dos contratos de formação ou de estágio formativo, que, no seu conjunto, podemos designar como “actividades prestativas não laborais”.

---

organização na qual se insere (uma das Administrações públicas como definidas pelo art. 1, 2º co., *d. pubbl. im.*) por uma relação de ‘trabalho subordinado’: na qual,..., o ‘prestador de trabalho’... se obriga mediante retribuição a colaborar com...a Administração pública..., prestando o próprio trabalho intelectual ou manual sob a dependência e sob a direcção... da Administração pública”.

<sup>1404</sup>. O carácter voluntário é geralmente destacado como um elemento essencial da relação jurídica de emprego público, excluindo-se esta qualificação quando a prestação é imposta pela lei, de que é protótipo o serviço militar obrigatório (Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, 1940, pp. 20, 25 e 26). No entanto, a particularidade da relação de serviço militar obrigatório não reside senão nesse aspecto; e, por isso, é ainda de reconhecer, quanto a nós, como uma relação jurídica de emprego público.

<sup>1405</sup>. Vincenzo Certullo Irelli: “Como as organizações públicas ... são organizações que servem os interesses da colectividade, assim os agentes públicos, e designadamente o pessoal subordinado das mesmas, no exercício das suas funções, está ao serviço do público, dos cidadãos. E toda a sua acção deve ser ordenada a assegurar o melhor desenvolvimento, a eficiência e a eficácia do serviço aos cidadãos” (*Corso di Diritto Amministrativo*, cit., p. 131).

<sup>1406</sup>. De igual natureza e com a mesma função, regista-se, por exemplo, o “contrato de ocupação temporário de desempregado” enquadrável num “programa de formação e ocupação de desempregados”, promovido pelo Governo Regional dos Açores, considerado na Resolução n.º 9/98 – Processo n.º 632/98, da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas (DR., II Série, n.º 150, de 2 de Julho de 1998, pp. 9163 a 9165).

**Secção II – O Direito disciplinar da função pública****Subsecção II – Resenha histórica do Direito disciplinar da função pública portuguesa**

1. No Estado pré-liberal
2. Na monarquia constitucional
3. Na primeira república
4. Na segunda república
5. Na terceira república
6. As premissas actuais do Direito disciplinar da função pública

## Subsecção II – Resenha histórica do Direito disciplinar na função pública portuguesa

### 1. No Estado pré-liberal

A configuração jurídica da função pública traduz e determina a Administração Pública em que se enquadra, e a respectiva relação com o poder político. É contemporânea do seu movimento de afirmação e evolução; surge de par à formação e devir do Estado.

Sem prejuízo da relevância da administração pública no Estado oriental<sup>1407</sup> e no Estado grego<sup>1408</sup>, é “[c]om o Império romano, a partir de Augusto, e com o legado jurídico e organizativo da Igreja Católica, [que] nasce e aperfeiçoa-se extraordinariamente a estruturação administrativa do mundo europeu ocidental”<sup>1409</sup>. Depois da deposição do último imperador romano do Ocidente (Rómulo Augusto, em 476), entre os sécs. V a VII, nos «reinos bárbaros da romania»<sup>1410</sup>, perdura a organização administrativa romana, dotada de “profissionais do ofício público”. São referenciados funcionários do rei, remunerados

---

<sup>1407</sup>. Remontando à “administração pública no Estado oriental”, Freitas do Amaral escreve que as “primeiras administrações públicas da história nascem quando os imperadores constituem, sob a sua imediata direcção, corpos de funcionários permanentes, pagos pelo tesouro público, para cobrar impostos, executar obras públicas e assegurar a defesa contra o inimigo externo. A administração pública, como actividade característica dos poderes públicos surge assim sob o signo do intervencionismo económico e social”. Curso de Direito Administrativo, vol. I, 2.<sup>a</sup> edição (reimpressão), Livraria Almedina, Coimbra, 1999, p. 53. Sobre a evolução da “burocracia”, Max Weber, *Economía y Sociedad*, IV, Tipos de Dominación, Fondo de Cultura, México, tradução do alemão de José Ferrater Mora, pp. 93 e segs.

<sup>1408</sup>. A questão do provimento dos empregos e cargos públicos e da distinção entre funcionários e todos aqueles que exercem tarefas públicas é, aliás, abordada por Aristóteles. Ver Aristotle, *The Politics*, translated by T. A. Sinclair, revised and re-presented by Trevor J. Saunders, Penguin Books, 1981, pp. 280 a 287.

<sup>1409</sup>. Diogo Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, vol. I, pp. 52 e segs., *maxime*, p. 56.

<sup>1410</sup>. Cfr. Henri Pirenne, Maomé e Carlos Magno, Edições Asa, 1992, p. 37.

com soldos<sup>1411</sup>, como homens letrados, formados em escolas<sup>1412</sup>, instruídos nos “registos de impostos”, nas “operações de cadastro”, na expedição das actas que emanavam do tribunal real e da chancelaria do palácio”<sup>1413</sup>. Temos igualmente a Igreja encarregue “voluntariamente de muitos serviços públicos” e dotada da correspondente jurisdição disciplinar<sup>1414</sup>.

O império de Carlos Magno assinala a separação entre o antigo Império Romano, tornado definitivamente apenas um Império do Oriente, e o Ocidente cristão<sup>1415</sup>. O quadro ocidental é então já o quadro da Idade Média<sup>1416</sup>. Trata-se de “uma época de fraccionamento” do poder que apenas conhece o elo da religião (Alexis Tocqueville)<sup>1417</sup>. Os quadros político-jurídicos assentam em administrações privadas – cada grupo ou organização dispõe da sua própria Administração (por ex. a Administração da corte, a de cada universidade, a de cada ordem religiosa, a da Igreja, a dos feudos, a dos exércitos profissionais, a das cidades)<sup>1418</sup>.

As aspirações centralizadoras dos príncipes – inspiradas na ideia de nação, na organização hierarquizada da igreja, nas disposições organizativas das cidades e na ideia de profissionalidade (racionalidade e especialidade organizativa), desde logo, dos exércitos – manifestam-se na assunção da “administração de interesses gerais do todo nacional”, através de um corpo de funcionários subordinados ao monarca, localmente representado<sup>1419</sup>, desubstantivizando a eleição<sup>1420</sup> e o exercício dos magistrados locais. A

---

<sup>1411</sup>. Cfr. Henri Pirenne, Maomé e Carlos Magno, pp. 41 e 47.

<sup>1412</sup>. Cfr. Henri Pirenne, Maomé e Carlos Magno, p. 109.

<sup>1413</sup>. Cfr. Henri Pirenne, Maomé e Carlos Magno, p. 108.

<sup>1414</sup>. Cfr. Henri Pirenne, Maomé e Carlos Magno, p. 107.

<sup>1415</sup>. Cfr. Henri Pirenne, Maomé e Carlos Magno, p. 191.

<sup>1416</sup>. Cfr. Henri Pirenne, Maomé e Carlos Magno, pp. 191 e 215.

<sup>1417</sup>. Da Democracia na América, Rés, tradução de Paulo Ferreira da Cunha do original *De la Démocratie en Amérique*, Rés, s/data, p. 181 (: “Cada povo, cada província, cada cidade, cada família, tendia fortemente para a individualização”) e Henri Pirenne, Maomé e Carlos Magno, pp. 214 e segs. (: O poder público fragmentou-se em poderes privados, nada restando da antiga administração romana).

<sup>1418</sup>. “Em termos históricos, também em Portugal a Idade Média correspondeu a uma fase de apagamento da administração estadual, ao papel relevante da administração local e da Igreja e instituições a ela ligadas, como as misericórdias, na satisfação das necessidades colectivas” - Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral, Introdução e princípios fundamentais*, cit., p. 117.

<sup>1419</sup>. Alexis Tocqueville, *O Antigo Regime e a Revolução*, Edição Fragmentos, 1989, pp. 49 e 58.

<sup>1420</sup>. “Vulgarmente estes oficiais do município são ainda eleitos ou supostamente devem sê-lo; mas em todo o lado tornam-se instrumentos do Estado mais do que como representantes da comunidade” (p. 59,

função pública foi evoluindo marcada pelas notas da centralização da autoridade, pelos “poderes dos empregados estaduais”, da arbitrariedade no recrutamento e na cessação dos vínculos, com a permanência instável nos cargos<sup>1421</sup>.

Em Portugal, a administração evoluiu, a partir dos “primeiros tempos da monarquia”, de uma situação “irregular”/diversificada para um “carácter mais uniforme e regular”<sup>1422</sup>. A conquista contribuiu relevantemente para o figurino da organização administrativa do país, marcada por crescente presença da administração real<sup>1423</sup>, sem deixar de coabitar com os “Coutos” e as “Honras”, que limitavam a vigência das “regras gerais da administração no reino”<sup>1424</sup>.

Os cargos públicos de suporte ao monarca traduzem e contribuem para desenhar a

---

Alexis Tocqueville, ob. cit.). “Não se poderia imaginar destino mais cruel do que o destes funcionários comunais. O mais baixo agente do governo central, o subdelegado, obrigava-os aos seus mais pequenos caprichos” (ibidem, p. 61).

<sup>1421</sup>. Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, A Função Pública Portuguesa. Estatuto Novo ou Nova Política, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 122, Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Fevereiro, 1969, pp. 38 e 39 (o autor destaca como ideias mestras da concepção do regime dos funcionários antes da revolução de 1789 as de “paternalismo”, quanto “à forma de recrutamento do pessoal”, “empirismo, no que respeita à soma dos conhecimentos exigidos aos candidatos”, “autoridade”, “descriminação, no que respeita ao gozo de privilégios por parte dos funcionários do Estado”; “instabilidade”, “centralização” e “limitação, no que respeita ao âmbito da intervenção do pessoal na actividade privada”. O autor designa ao estatuto caracterizado por tais ideias de “estatuto-privilégio”.

<sup>1422</sup>. Joaquim Thomaz Lobo D’Avila (“Ministro D’Estado Honorário e Deputado às cortes”), Estudos de Administração, Typographia Universal, Lisboa, 1874, pp. 1 e segs., *maxime*, pp. 1 e 8.

<sup>1423</sup>. No “começo da formação da monarquia”, a propriedade da terra era em grande parte dos mosarabes, dos sucessores dos vassallos dos reis de Oviedo e Leão. As novas terras conquistadas, ora ficavam a pertencer à coroa, ora eram atribuídas a nobres (Coutos) e ao clero (Honras). As primeiras (*villani*) – abrangentes da “população complexa dos territórios não-nobres, não-eclesiásticos e não-municipais, sujeitos imediatamente ao poder real ou aos seus delegados” (Joaquim Thomaz Lobo D’Avila, Estudos de Administração, cit., pp. 1 a 3) – dividiam-se em distritos e estes em prestamos (“grupo de casas, aldeias ou freguesias”). O rei exercia nelas “autoridade e jurisdição civil e militar”, assim como a exercia sobre os municípios, através do Alcaide-mor e o menor, sem bem que os mesmos tivessem “diversas imunidades e foros, que lhes davam certa autonomia e independência”, destacando-se “o direito de eleger os seus magistrados”, como por exemplo, “o *alvaziz*, os *alcaldes*, que exerciam cumulativamente funções administrativas e judiciais..., os *almotacés*, autoridades policiais..., por assim dizer, o poder executivo, sendo as resoluções tomadas em conselho dos ... homens bons, que podiam ser tanto da classe dos cavaleiros-vilões como dos peões” (Joaquim Thomaz Lobo D’Avila, Estudos de Administração, cit., pp. 1 a 8).

<sup>1424</sup>. Nas coutadas e honrados, “todas as jurisdições” eram exercidas pelos respectivos proprietários, que, designadamente, “nomeavam todos os empregados, exigiam todos os serviços pessoais, impunham todas as taxas e encargos” (Joaquim Thomaz Lobo D’Avila, Estudos de Administração, cit., pp. 1 a 8, *maxime*, p. 3). Estas classes dispunham, com mais ou menos intensidade, de “benesses e regalias”, desfrutavam de “doações regias e prerrogativas” e gozavam “de foro excepcional e de isenções, que as estremavam do resto da sociedade, apesar da lei de 19 de Julho de 1790 ter extinguido os coutos e honras e ter feito entrar as terras dos donatários e senhorios nas regras gerais da administração do reino” (Joaquim Thomaz Lobo D’Avila,

administração que se desenha. “Quando a guerra constituía a principal ocupação do rei, como acontecia em Portugal até grande parte do século XII, o primeiro cargo da milícia devia ser o mais eminente entre todos os da administração pública”, e esse era o de alferes mor, destacando-se o escudeiro, em “tempo de paz e em casos ordinários”<sup>1425</sup>. Nos inícios do século XII, “o primeiro cargo civil da casa real e por consequência do Estado, porque não havia distinção entre uma e outra coisa, era o do mordomo da corte, *maior domus curiae*, que se podia considerar o chefe superior da administração”. Os respectivos poderes não estavam delimitados em face dos de outros magistrados: “como igualmente nos dos outros ofícios, estavam envolvidos todos os poderes que em qualquer ocasião ao rei aprouvesse delegar”<sup>1426</sup>. No reinado de Sancho I, o cargo de chanceler destaca-se, sendo “já o terceiro na hierarquia administrativa”, mantendo depois a sua importância. Os letrados e legistas (sobrejuizes, ouvidores e livradores), sob o impulso da “voga que teve o estudo do direito romano desde o século XII”, contribuíram para o incremento da autoridade do rei<sup>1427</sup>, como “personificação do reino”, do “interesse geral”, designadamente, pela emissão de leis gerais, expressão da sua vontade<sup>1428</sup> e pelo delinear da separação, a partir da 2.<sup>a</sup> metade do século XIII, entre a esfera administrativa privativa do rei e a esfera “funções da administração pública”, com os nobres a ocuparem os ofícios da primeira e os letrados os da segunda<sup>1429 1430</sup> e o paulatino subsequente alargamento da administração real<sup>1431</sup>.

---

Estudos de Administração, cit., p. 9).

<sup>1425</sup>. Em 1382, “com a vinda de um exército inglês a Portugal”, criaram-se os postos de condestável e de marechal da hoste. “O ofício de condestável era o de maior estado e honra no exército, pertencendo-lhe ir na vanguarda e superintender em tudo o que dizia respeito à *disciplina*, segurança e governo da hoste. *Para o desempenho das funções jurisdicionais, que lhe competia exercer, acompanhava-o um ouvidor letrado com o seu meirinho, e tinha à sua disposição cadeia, carcereiro e executores da justiça*”. Ao marechal da hoste, para além dos aspectos logísticos das “campanhas”, cabia “conhecer, pelo seu ouvidor, de todos os feitos crimes e civis, dando apelação em determinados casos para o condestável. Estavam às suas ordens um meirinho, carcereiros e algozes”. Cfr. Henrique da Gama Barros, *História da Administração Pública em Portugal*, Tomo III, pp. 584 a 586 (itálicos nossos).

<sup>1426</sup>. Henrique da Gama Barros, *História da Administração Pública em Portugal*, Tomo III, pp. 584 a 586.

<sup>1427</sup>. Henrique da Gama Barros, *História da Administração Pública em Portugal*, Tomo III, pp. 586 a 588, 593 e 594.

<sup>1428</sup>. Marcello Caetano, *Lições de História do Direito Português*, feitas ao curso do 1.º ano da Faculdade de Direito, em 1961-1962, Coimbra Editora, Limitada, 1962, pp. 226 e segs.

<sup>1429</sup>. Henrique da Gama Barros, *História da Administração Pública em Portugal*, Tomo III, pp. 589 e 590.

<sup>1430</sup>. “Nas Cortes de 1398 a nobreza apresentou os seus queixumes nos Artigos que foram requeridos por parte dos fidalgos a el-rei D. João I na cidade de Coimbra e que formam parte do título 59 do Livro II das Ordenações Afonsinas (...): os fidalgos queixam-se de os obrigarem a pagar sisas,... de lhes vedarem o



A unidade administrativa do país foi-se, pois, edificando através de um crescendo centralizador, em detrimento da autonomia municipal. As Ordenações Afonsinas (XV - 1446/1447) dedicam o Livro I (constituído por 72 títulos) aos regimentos dos cargos públicos, régios e municipais, do governo, da justiça, da fazenda e militares, matéria antes não versada “em fontes nacionais”<sup>1432</sup>. No Título I do Livro I, o Rei dirige-se, em primeiro lugar ao regedor, o “maior e o principal Ofício da Justiça”, incumbindo-o de fiscalizar os outros oficiais, designadamente, se “recebem das partes alguns dinheiros”, se são negligentes e “remissos nos seus desembargos” ou cometem outras faltas e incumbindo-o de, em face de “informação, que deles haja, ou por fama, que ouça”, “chamar esse oficial” e admoestá-lo, de forma privada; e, num segundo momento, em face da exteriorização de tais denúncias, e não o querendo castigar desde logo, deve admoestá-lo “na presença dos outros oficiais de semelhante ofício, porque receba ainda maior vergonha, e empacho de suas

---

exercício de cargos como os de meirinhos, corregedores e juizes que dantes exerciam (...) Pelo que respeita aos senhorios, dizem que os juizes e corregedores usurpam as suas jurisdições e mandam entrar os funcionários nos coutos e nas honras, sem respeito pelas imunidades” - Marcello Caetano, Lições de História do Direito Português, feitas ao curso do 1.º ano da Faculdade de Direito, em 1961-1962, Coimbra Editora, Limitada, 1962, pp. 234 e 235.

<sup>1431</sup>. “Prossegue, pois, neste reinado a luta, por vezes surda, outras vezes aberta, entre a Coroa, que pretende alargar o seu poder e exercer o direito de inspecção ou «correição» nos senhorios, e os nobres que querem manter intactos os direitos senhoriais e também alargá-los se possível (...)” D. Pedro, querendo “reatar a aliança com os povos que nessa altura era a condição para afirmar a ideia do Estado”, agiu na mesma senda, “acentuando que o facto de os Corregedores régios não entrarem nas terras destes era uma graça do rei e não um privilégio, que só se manteria enquanto o monarca entendesse”. Em resposta à interpelação “pelos povos”, nas Cortes de 12 de Setembro de 1481, D. João II determinou que “os seus corregedores entra[ssem] de futuro, para exercerem as suas funções, nas terras de todos quantos possuam jurisdição, «por lhe parecer cousa mui convinhável saber tudo e prover, emendar e corregger como a seu cargo, que lhe por Deus é dado em a terra, pertence por tal, que os seus súbditos sejam remediados de justiça e se faça em tudo o que directamente se deve” - Marcello Caetano, Lições de História do Direito Português, cit., respectivamente, pp. 235, 237 e 238.

<sup>1432</sup>. Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, História do Direito Português, Fontes de Direito, 2.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1991, pp. 247 a 249, e Mário Júlio de Almeida Costa, nota de apresentação às Ordenações Afonsinas, Serviço de Educação da Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, “reprodução «fac-simile» da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1792”, p. 7 da Introdução.

Na parte final do começo do Livro I, é referido o tratamento, em primeiro lugar “daqueles, que primeiramente têm o carregamento de reger, e ministrar justiça na ... Corte, sem as quais as Leis pouco aproveitarão, porque coisa conhecida é, que toda a principal virtude das Leis está na boa prática, e execução delas; por tanto acostumaram sempre os Reis, e Príncipes da terra fazer seus Oficiais da Justiça, homens Letrados, Sabedores, e Virtuosos, por tal, que por sua boa, e virtuoso entender as possam ligeiramente trazer a boa prática, e real execução em todo caso que lhes seja requerido.” Cfr. Ordenações Afonsinas, Serviço de Educação da Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, “reprodução «fac-simile» da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1792”, pp. 7 e 8 do Livro I.

mínguas, e faltas: e continuando dali em diante no seu mau propósito, então deve dizer ao [Rei], para com o seu bom Conselho o dep[or] do Ofício, que desmereceu, por seu mau viver, e p[ôr] outro no seu lugar, que melhor sirva por [si], ou lhe da[r] outra pena, segundo a culpa, em que fôr; e semelhante maneira deve ter com aquele, a que sentir que bem vive, e usa de seu Ofício, louvando-o, e honrando-o muito entre os outros amiúde, e ainda o dever notificar ao [Rei], para lhe fazer... semelhante honra”, de uns e outros dando pública notícia, para “exemplo aos outros”<sup>1433</sup>.

O “chancellor môr”, “segundo Ofício” da «casa do Rei», «mediador entre o rei e os homens», “quando é em *as cousas temporaes*”<sup>1434</sup>, tinha, fundamentalmente, as funções de controlar a legalidade todos os “diplomas, de graça ou de justiça, assinados pelo rei ou pelos desembargadores” e, bem assim, de certificar “que não iam contra os direitos da coroa”. Exercia também as funções de administração, como a de passar as “cartas de provimento de ofícios” (v.g., tais como os de tabeliães, escrivães, procuradores, “contadores de custas”, “inquiridores nos Lugares das Comarcas” e “porteiros”)<sup>1435</sup>; e a de seleccionar os “tabeliães assim gerais, como especiais das Cidades e Vilas Notáveis”, os “escrivães, que forem dados aos tabeliães” e, ainda, fazer a selecção, entre outros, dos “escrivães assim na Corte, como na Casa do Civil, e de todos os Chancelleres, e Escrivães das Correições,...”<sup>1436</sup>. Elencando os requisitos que deveria reunir para o desempenho do cargo e a relação de estreita confiança que deveria existir entre o “chancellor môr” e o Rei, o Título II do Livro I das Ordenações Afonsinas previa que o Rei lhe desse “pena segundo

<sup>1433</sup>. Ordenações Afonsinas, Serviço de Educação da Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, cit., pp. 8 e 9.

<sup>1434</sup>. Título II do Livro I, Ordenações Afonsinas, cit., p. 15.

<sup>1435</sup>. Título II do Livro I, Ordenações Afonsinas, cit., pp. 15 a 23, e Henrique da Gama Barros, História da Administração Pública em Portugal, Séculos XII a XV, 1914, Typographia Castro Irmão, Lisboa, pp. 601 e 602.

<sup>1436</sup>. Ordenações Afonsinas, cit., pp. 19 e 20. Aos vedores da fazenda cometia o Rei o poder de dar “cartas dos ofícios, que não de justiça” (Título III do Livro I). Cfr. Henrique da Gama Barros, História da Administração Pública em Portugal, Tomo III, pp. 595 e p. 596. Na prática, segundo este autor, com a interferência constante “nos negócios da administração pública”, de “outros ministros”, passou a ter maior influência no despacho um escrivão do rei, um secretário. Com D. Pedro I, “o ofício de escrivão da puridade ficou existindo em todos os reinados..., vindo a constituir algumas vezes um verdadeiro cargo político de primeiro ministro do despacho, circunscrevendo cada vez mais, de facto, as funções do chanceler”. O cargo veio a ser regulamentado nas Ordenações Manuelinas. Ver Henrique da Gama Barros, História da Administração Pública em Portugal, Séculos XII a XV, pp. 597 e 598.

o erro, que fizer”, e que deveria guardar-se “de fazer cousa, porque haja de cair nela”<sup>1437</sup>.

A Coroa “fixou as regras para a nomeação ou escolha dos ... magistrados [da administração municipal] bem como para a sua demissão e processo”<sup>1438</sup>; fez o regimento especial de cada um deles e dos oficiais subalternos no exercício das suas funções, e subordinou-os todos à sua autoridade como única fonte de jurisdição e poder”<sup>1439</sup>. Aos corregedores, representantes do poder real, cabia a tarefa de fiscalizar “no cumprimento dos seus deveres as câmaras dos concelhos e os empregados subalternos” e a de “impor penas aos juizes ordinários, vereadores, almotacés e quaisquer outros oficiais do concelho, se eles não cumprissem as suas obrigações ou desobedecessem às suas advertências e ordens”<sup>1440</sup>.

No Título VIII<sup>1441</sup> do Livro IV, o Rei mandava guardar e ter como lei dali em diante o antigamente “usado e guardado” quanto à venda ou renúncia de ofícios do rei, ou seja, que não podiam ser vendidos a nenhuma pessoa e por nenhum preço, o que, a acontecer, implicaria que o vendedor perdesse o preço e o comprador o ofício comprado, reavendo-o o rei; e que só podiam ser renunciados, sem reservas, “nas mãos do rei”, sendo, doutra feita procedendo, os ofícios devolvidos ao rei<sup>1442</sup>. No caso de doação, aquela a quem fosse dado não podia usar dele sem antes “ser examinado, e visto pelo Contador da Comarca”<sup>1443</sup>.

---

<sup>1437</sup>. Ordenações Afonsinas, cit., pp. 16 e 17.

<sup>1438</sup>. “Direito real é poderio para fazer oficiais de justiça, assim como são Corregedores, Ouvidores, Juizes, Meirinhos, Alcaides, Tabeliães e quaisquer outros oficiais deputados para ministrar justiça; não embargante que o poderio de fazer juizes usurparam de longo tempo as cidades e vilas universalmente por todas as partes do mundo, pero que em algumas partes, assim como no reino de Portugal, necessariamente devem pedir a El-rei confirmação deles, antes que usem dos ofícios, em sinal de senhorio que a ele principalmente pertence de os criar e fazer por Direito” – artigo 24.º do livro II das Ordenações Afonsinas - Marcello Caetano, Lições de História do Direito Português, cit., pp. 244 e 245.

<sup>1439</sup>. Joaquim Thomaz Lobo D’Avila, Estudos de Administração, Lisboa, Typographia Universal, 1874, pp. 13 e 14.

<sup>1440</sup>. Joaquim Thomaz Lobo D’Avila, Estudos de Administração, Lisboa, cit., pp. 15 e 16.

O “magistrado, que servia de corregedor no lugar onde el-rei estava, exercia aí atribuições policiais, administrativas e contenciosas, idênticas às que tinham os corregedores das comarcas, ..., aos quais, aliás, o corregedor da corte era superior” e competia-lhes “o julgamento de várias causas de todo o reino, que eram privilegiados ou em todo o reino, ou em razão da gravidade dos delitos”. Cfr. Henrique da Gama Barros, História da Administração Pública em Portugal, Séculos XII a XV, cit., pp. 603 e 604.

<sup>1441</sup>. “Do Tabelião, ou escrivão, que vendeu o ofício, que tinha d’El Rey, ou o renunciarão a tempo que não devia”.

<sup>1442</sup>. Ordenações Afonsinas, Serviço de Educação da Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, cit., p. 68.

<sup>1443</sup>. Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título XXIII (“De como se pode renunciar o Ofício de El Rey, e em que forma se há de fazer a Carta para tal renúncia”), cit., p. 110.

Para garantia do exercício imparcial das funções, ditava o rei no Título LXI do Livro IV: “todo o Corregedor, Juiz, ou qualquer outro nosso Oficial, que seja posto a tempo certo em alguma Comarca, Cidade, ou Vila, ou em outro algum lugar, durante o tempo de seu Ofício, não possa aí comprar, escaimbar, nem aforar, nem arrendar bens alguns de raiz, nem possa receber doação de alguns bens, assim móveis como de raiz, que lhe seja feita por alguma pessoa, que seja de sua jurisdição. E bem assim dizemos dos oficiais, que com ele andarem, a saber, Meirinhos, Chancelleres, e Escrivães, que ali andarem por tempo certo”. O contrato assim celebrado era nulo e o oficial perdia para o Coroa o que recebesse ou houvesse, pretendendo-se “por tal que a pena seja exemplo para os outros”. Proibia igualmente que se “fizessem mercadores”, especificando actos que não poderiam praticar e cominando consequências para a inobservância de tais limitações<sup>1444</sup>.

As Ordenações Manuelinas (XVI - 1521, tendo o I Livro sido emanado desde logo em 1513) acentuaram o reforço da administração estadual sobre o poder local<sup>1445</sup>. Os ofícios públicos, podendo ser do rei, de “algum senhor da terra”, do “Concelho”, de “Vila” ou “Lugar”, são «chamados» paulatinamente ao rei ou passam a ser exercidos por seus “oficiais”, por provimento por si conferido ou pelos seus «serviços centrais»<sup>1446 1447</sup>, assim

<sup>1444</sup>. Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título LXI, cit., p. 218.

<sup>1445</sup>. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral, Introdução e princípios fundamentais*, cit., p. 117.

<sup>1446</sup>. “Ordenações do Senhor Rei D. Manuel”, Livro II, Coimbra, Real Imprensa da Universidade, Ano de 1797, edição da Fundação Calouste Gulbenkian, v. g., pp. 96 a 99, 102 a 104, pp. 107 a 138, pp. 122, 123, 124, 223, 225 e 241. São expressivos os seguintes termos: “ofício nosso”; “ofício por nosso mandado servir”; “nosso tesoureiro, almoxarife, recebedor, ou outra pessoa que nossos direitos e Fazenda tiver”. Expressiva é também a seguinte passagem do “título XXVI” do Livro II: “e os Senhores que os ditos Ofícios, e Regimentos derem, sejam avisados, que não dêem outros Regimentos se não os conteúdos em Nossas Ordenações, que o Nosso Chanceler Mor havia de dar; e não o cumprindo assim, e dando outro Regimento perderão a dada do dito Ofício, e daí em diante ficará devoluta a Nós, e o Tabelião que aceitar o tal Regimento, que não for o da Nossa Ordenação, perderá o dito Ofício, e mais será degradado dois anos para as partes de África; e o Tabelião que não levar o dito Regimento, e os Juizes que os assim deixarem servir sem os ditos Regimentos, e Cartas, incorrerão nas penas que Dissemos no Livro primeiro no Título Dos Tabeliães das Notas” (pp. 121 e 122).

<sup>1447</sup>. De forma sugestiva, a “ordenação” do “título XXIV” do Livro II, dispunha: “Os concelhos, nem outro algum Fidalgo de qualquer estado, e proeminência que seja, não aposente a algum por idade grande que haja, nem por alguma causa, ou razão que ser possa; e se algum quiser ser aposentado apareça por pessoa perante Nós, ou perante os Nossos Oficiais, a que pertencer, não havendo tal necessidade de alguma dor, ou enfermidade para que não possa pessoalmente vir; e se os ditos oficiais virem por aspecto, e esguardamento de sua pessoa, que poderá razoavelmente ter idade de setenta anos, então lhe dêem Carta para se tirar inquirição de testemunhas na Terra sobre a dita idade, ...., e se por ela acharem provada dita idade de setenta anos dêem Carta de Aposentação, e em outra maneira não a dão; e sendo-lhe em outra maneira dada, Mandamos que lha não guarde, nem será havido por aposentado” (pp. 103 e 104).

como o seu “ordenado” a ser pago pela “fazenda real”<sup>1448</sup>. Os que fossem providos ou se mantivessem nos “ofícios” contra o por si indicado nas “ordenações” perdiam a «autoridade» ou legitimidade respectiva como oficiais públicos.

Os oficiais do rei que não controlassem ou deixassem de actuar contra a violação de tais disposições podiam eles próprios perder os respectivos empregos<sup>1449</sup>.

A falta de diligência, traduzida no não cumprimento com zelo dos deveres dos respectivos ofícios, e a falta de imparcialidade eram puníveis com a perda do ofício<sup>1450</sup>, nalguns casos com o efeito de não mais o poder haver, “nem outros semelhantes” e pagamento de um determinado quantitativo de “cruzados”<sup>1451</sup>. O rei reservava-se o direito de poder aplicar outra pena pelas acções ou omissões contrárias ao que dispunha. Assim, por exemplo, sobre as “cartas impetradas d’ El Rei por falta de informação, ou calada a verdade, ou dadas por petição de parte” por força de oficial do rei, consequenciava a “ordenação” do “título XXIII” que o mesmo fosse “suspense do ofício até que tive[sse] [a] mercê” do rei, para além do pagamento de vinte cruzados e das “custas à parte”, se fosse o caso, sem prejuízo de “outra pena maior” que merecesse<sup>1452</sup>.

Os oficiais do rei gozavam de uma espécie de garantia administrativa - “não podiam ser citados, nem acusados, nem demandados perante nenhuns juizes, por nenhum feito civil,

---

<sup>1448</sup>. Cfr. “título XXX” e “título XXXI” do Livro II, “Ordenações do Senhor Rei D. Manuel”, cit., respectivamente, p. 150 e p. 151.

<sup>1449</sup>. “Ordenações do Senhor Rei D. Manuel”, Livro II, cit., respectivamente, “título XX” e “título XXVI”, p. 95 e p. 119 (Os “corregedores, juizes, e justiças” que dessem “posse a algumas pessoas de algumas jurisdições” sem que as respectivas “cartas” fossem “passadas pela Chancelaria” real e assinadas pelo Rei ou pelos funcionários por si indicados” incorriam “em pena de cem cruzados”, sem prejuízo de outra pena que o rei viesse a entender aplicar).

<sup>1450</sup>. “Ordenações do Senhor Rei D. Manuel”, cit., pp. 11 a 13 (Para qualquer “oficial” do rei, “de qualquer sorte e qualidade que seja” que, no âmbito das ordens religiosas e “jurisdição eclesiástica”, deixar de “castigar, e corrigir, e evitar” os “malefícios” cometidos por “clérigos de Ordens menores, ou sacras, Beneficiados, Comendadores, ou outros Religiosos, ou que sejam da Jurisdição Eclesiástica”, previa a “Ordenação” do “título II do Livro II das “Ordenações do Senhor Rei D. Manuel”, “a perda do ofício” que do rei tivesse), pp. 94 a 96 (Para os contadores que pagassem contas sem prévia «certificação real», previa a “ordenação” do “título XX” que perdiam os “seus ofícios” e determinava aos “vedores da Fazenda” que, “quando vi[ssem] as ditas contas, ou soube[essem] que faz[iam] o contrário, f[izessem] com diligência cumprir, e dar à execução as ditas penas [a perda do ofício e o valor pago] naqueles que acharem que nelas incorreram”), “título XXVIII”, p. 139, “título XXX”, p. 149, e “título XLIII”, p. 218.

<sup>1451</sup>. Cfr., v. g., “título II” do Livro II das “Ordenações do Senhor Rei D. Manuel”, cit., p. 129 e p. 135.

<sup>1452</sup>. “Ordenações do Senhor Rei D. Manuel”, Livro II, cit., pp. 102 e 103.

nem crime; salvo perante o Corregedor da Nossa Corte”<sup>1453</sup> – e de uma série de “privilégios, graças, e mercês, e liberdades”, que o rei especificava nas suas ordenações e advertia para a necessidade de serem “guardadas” ou respeitadas<sup>1454</sup>.

As Ordenações Filipinas (1595/1603) tratam, na linha dos seus antecessores dos ofícios públicos. No seu título XCIX do Título I (“Como El-Rei pode tirar os Ofícios da Justiça e da Fazenda, sem ser obrigado a satisfação”) do Livro I, previa que os por si “encarregados nos tais Ofícios” fossem privados dos mesmos, sem qualquer indemnização, no caso de faltarem “às obrigações dos seus ofícios ou à confiança régia”, bastando a mera prova profunctória: “pôsto que ... às vezes não há provas tão claras, porém há quanto basta para sermos certo, que somos deles mal servido e eles errarem nos ditos ofícios”<sup>1455 1456</sup>.

O título C do livro I, das Ordenações Filipinas, dispunha sobre “como os julgadores e outros oficiais serão suspensos, quando forem acusados por erros”. O erro cometido por “julgador” com intenção ditava a suspensão, uma vez formulada a acusação e, segundo a apreciação do “juiz da causa”, mesmo antes “se outras culpas houver”. No caso dos “tabeliães e outros quaisquer oficiais de justiça”, por erros de ofício cometidos pelos quais seja mandado proceder contra eles ou pelos quais fossem presos, os julgadores deveriam logo suspendê-los, sob pena de serem eles próprios suspensos de “não servirem mais ofício da justiça”. A suspensão dos “julgadores e oficiais presos por outros crimes, fora do ofício, em cadeia pública” ficava dependente da vontade do rei, cuja decisão considerava “a qualidade do acusador e acusado”<sup>1457</sup>.

Este amplo poder dispositivo constituía eco de uma concepção monárquica estruturadora do Estado<sup>1458</sup>. Segundo Alberto Xavier, não havia, num tal quadro, espaço para “garantir os

---

<sup>1453</sup>. Cfr. “título XLIII” do Livro II das “Ordenações do Senhor Rei D. Manuel”, cit., p. 219 e p. 222.

<sup>1454</sup>. Cfr. “título XLIII” do Livro II das “Ordenações do Senhor Rei D. Manuel”, cit., p. 218 e segs., *maxime*, p. 225.

<sup>1455</sup>. In <http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l1ind.htm> e Marcello Caetano, *Do Poder Disciplinar*, cit., pp. 164 e 165.

<sup>1456</sup>. Fausto de Quadros que os “praxistas” introduziram-lhe tempero ao poder real de afastar os providos nos ofícios públicos, no sentido da exigência de motivo justificado (do «mau servir») para o afastamento do agente. Ver *Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva portuguesa*, cit., pp. 354 e 355.

<sup>1457</sup>. In <http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l1ind.htm>.

<sup>1458</sup>. No antigo regime, o príncipe surge como o primeiro funcionário, votado ao serviço do bem comum, da grandeza do reino entre as “nações cultas e polidas”. Sob a ideia de serviço e em nome do bem comum, da

funcionários com um estatuto legal”: “os funcionários não passavam de agentes dóceis dos governos que os podiam discricionariamente nomear, suspender, transferir, promover e demitir”<sup>1459</sup>.

A partir do século XVII, o Estado absoluto conheceu “uma sofisticação de estruturas da administração estadual, que atingiu a sua expressão mais acabada com as reformas pombalinas, já em pleno despotismo iluminado”<sup>1460</sup>. O reforço do poder estadual e da “autoridade régia” traduziu-se numa elevada produção legislativa “nos domínios dos direitos penal, fiscal e alfandegário”, sobretudo no período de 1750 a 1766, designado de “período jus-publicista”, e na constituição de “um corpo de funcionários cuidadosamente regulamentado”, com a emanção de “numerosos alvarás respeitantes ao funcionalismo do Estado”<sup>1461</sup>. Procurou-se um maior “aperfeiçoamento técnico dos serviços, [uma] maior disciplina dos funcionários, [a] supressão dos emolumentos indevidos, [a] abolição da venalidade dos ofícios”<sup>1462</sup>. Na perspectiva da garantia do cumprimento das respectivas funções, afirmava-se a “imunidade dos Oficiais” e criminalizava condutas que obstassem

---

primeira aptidão e instrução daquele para a dirigir, e na ausência de uma disciplina normativa que o limitasse, há todo o espaço para o exercício do poder pelo monarca, alargado em extensão, porque dirigida à nação dos súbditos, e em intensidade, porque tendencialmente ilimitado. Rogério Ehrhardt Soares, *Direito Administrativo*, Lições fotocopiadas Universidade Católica Portuguesa, cit., pp. 11 a 21.

<sup>1459</sup>. “Quando a Soberania era considerada superior ao cidadão, incondicional e absoluta, não consentindo senão um dever, a submissão, não reconhecendo a responsabilidade do Estado, não admitindo se não sanções morais que escapavam praticamente à apreciação do governado” não havia espaço para “garantir os funcionários com um estatuto legal”. Cfr. *Estatuto dos Funcionários (Justificação Jurídico-Política da Questão e Projecto de Lei)*, Lisboa, Portugal-Brasil Limitada, Sociedade Editora, pp. 5 e 6.

<sup>1460</sup>. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, Introdução e princípios fundamentais, cit., p. 118, e Rui Manuel de Figueiredo Marcos, “A Legislação Pombalina”, BFDUC, Suplemento Volt. XXIII, Coimbra, 1990, pp. 19 a 21.

<sup>1461</sup>. Rui Manuel de Figueiredo Marcos, “A Legislação Pombalina”, BFDUC, Suplemento Vol. XXIII, Coimbra, 1990, pp. 63 a 65 88. Por exemplo, um Alvará de 1758, a previsão de punição dos carcereiros cuja conduta revelasse “uma certa desumanidade” (designadamente, “não dessem comida suficiente aos escravos presos ou que os acorrentassem em trabalhos”) - *idem*, pp. 139 e 140.

A Administração do Estado foi sendo alterada através de diplomas que traduziam uma concepção própria do iluminismo e do despotismo esclarecido. Entre esses diplomas, destaca-se a Lei de 22 de Dezembro de 1761, que procurou reformar a administração financeira e orçamental, rompendo com o modelo anterior (designadamente, em termos de separação entre o património nacional e o património da Coroa, pela criação do tesouro real, sob directa direcção do Marquês do ao Pombal, e pela reorganização dos procedimentos relativos à arrecadação, realização e contabilização das receitas e despesas e, bem assim, reorganização dos funcionários correspondentes).

<sup>1462</sup>. Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Lisboa, 2001, p. 69, e Rui Manuel de Figueiredo Marcos, “A Legislação Pombalina”, BFDUC, Suplemento Vol. XXIII, Coimbra, 1990, pp. 59 e 60, nota 110.

ao seu exercício<sup>1463</sup>. Os “serventuários da justiça, advogados e juizes”, considerando responsáveis pela falta de “certeza da ordem jurídica” e pela “deficiente e morosa aplicação do Direito”, foram objecto de várias “providências legislativas” destinadas a punir a não «fidelidade» à lei (na sua letra e interpretação autêntica)<sup>1464</sup>.

Não obstante a regulação real normativa dos ofícios públicos, os “sistemas de hereditariedade e da compra” foram perdurando<sup>1465</sup>. No Estado pré-liberal, os empregos públicos estão, em geral, patrimonializados (são “coisas in património”). Daí a perspectiva privada dos mesmos e o seu tratamento pela “teoria do ‘dominium’”<sup>1466</sup>. O acesso aos empregos e cargos públicos é ditado pelos privilégios “de nascença ou de fortuna”<sup>1467 1468</sup>.

## 2. Na monarquia constitucional

Em 1820, aquando da revolução, tínhamos uma administração “vasta, incongruente e complicada”, que importava uma “enorme despesa” com o seu “imenso pessoal”, pois da “venalidade dos cargos públicos” tinha “resultado o exagerado incremento do funcionalismo”, assim como “a sua corrupção e descrédito” (Joaquim Thomaz Lobo D’Avila)<sup>1469</sup>.

No Estado de Direito Liberal, ao invés do Parlamento<sup>1470</sup>, o poder executivo é objecto de

---

<sup>1463</sup>. Rui Manuel de Figueiredo Marcos, “A Legislação Pombalina”, cit., pp. 91 a 95.

<sup>1464</sup>. Rui Manuel de Figueiredo Marcos, “A Legislação Pombalina”, cit., pp. 283 e 284, 139 e 140.

<sup>1465</sup>. Martinho Nobre de Melo, *O Estado dos Funcionários, Estatuto legal*, Lisboa, 1914, pp. 120 e 124. Em 1914, o autor explicitava que “o concurso está naturalmente indicado como o sistema que melhor se adapta à teoria e que maiores vantagens pode oferecer-nos, sob o ponto de vista prático” (p. 123), havendo que circunscrever de forma expressa as suas excepções, pois no país “o favoritismo ainda tem raízes, e tão profundas, mal de nós se nos não garantirmos e escudarmos contra ele, por todas as formas” (p. 124).

<sup>1466</sup>. António Manuel Hespanha, “Lei e Justiça: história e prospectiva de um paradigma”, in *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*, Lisboa, s/data, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 51. Ver, também, Pascoal José de Melo Freire, “Instituições de Direito Civil Português Tanto Público como Particular”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 162, Janeiro, 1967, tradução de Miguel Pinto Menezes, p. 78.

<sup>1467</sup>. *O Estado dos Funcionários, Estatuto legal*, Lisboa, Livraria Ferin, 1914, p. 6.

<sup>1468</sup>. A Administração conhece, então, a par dos funcionários nomeados, os funcionários electivos. A lei francesa de 16 de Agosto de 1790 estabeleceu o princípio da eleição directa de todos os funcionários, forma de provimento que teve também acolhimento na Suíça e nos Estados Unidos da América. Cfr. Manuel Férrez Fernández, “Reflexiones en torno a los principales cambios producidos en la función pública norteamericana (1979-1998): mito y realidad”, in *Revista Catalana de Derecho Publico*, Vol. 24, 1999, pp. 83, 84, 88, 90, 94, 96 e 113.

<sup>1469</sup>. Joaquim Thomaz Lobo D’Avila, *Estudos de Administração*, cit., pp. 36 e 37.

<sup>1470</sup>. O lugar central cabe ao Parlamento, emanação da nação, que se faz nele representar pelos seus elementos mais capazes e instruídos e que, por isso, e pelo modo do seu funcionamento é o órgão da função legislativa. As leis, dessa feita, só podem ser tidas por sábias, sedimentos da razão, expressão da liberdade



todas as reservas; tem o estigma do período pré-revolucionário – o de uma administração dos interesses gerais da colectividade que é deficitária no cumprimento dos valores de serviço público, porque permissiva a abusos e ao arbítrio do monarca. O Estado de Direito teria assim que a submeter, torná-la dependente da lei, que esta executaria e nada mais. Prima a lei – nenhuma actuação contrária a lei anterior é admissível – e precede a lei do parlamento – relativamente a certos aspectos da vida colectiva (a definição normativa é aí do parlamento). O protagonismo parlamentar redundou na primazia formal do Estado de Direito: o direito positivo era o definido pelo legislador (parlamentar); os ministros não respondem perante as câmaras, “por todos os factos da sua administração”, senão pela “infracção da lei”, e não sendo esta omnicomprensiva do bom governo da *res publica*, por esta não respondem senão perante a opinião pública<sup>1471</sup>. O liberalismo coloca entre os “direitos políticos ou garantias individuais” (António Ribeiro da Costa e Almeida) “o direito à igualdade perante a lei”, neste compreendendo “o direito às justiças comuns, ao exercício dos cargos públicos, ao da proporcionalidade do imposto e à abolição dos privilégios”<sup>1472</sup>. Em matéria de acesso às “dignidades, lugares e empregos públicos”, o ideário jurídico liberal introduz três novos princípios de legitimidade: o princípio

---

(dos cidadãos, que se dão as suas próprias leis), garante da “segurança da liberdade”, dos direitos do homem (Almeida Garrett, “O Cronista, n.º 13 [(27 de Maio a 2 de Junho), Lisboa, 1827], vol. I”, citado p. 149), e da igualdade, pela sua generalidade e abstracção. Assim, encontramos Almeida Garrett a condenar a manifestação de descontentamento de agentes da guarda nacional de Paris, aquando de revista passada por el-Rei, “contra um ministério de que toda a França se queixa [va]” como um “acto pouco legal” com base no argumento de que, num governo representativo, a lei é “superior a tudo” e “deve ser tanto mais escrupulosamente guardada quanto mais se deseja a liberdade” - cfr. “O Cronista, n.º 12 [(20-26 de Maio), Lisboa, 1827], vol. I”, in *Obras completas Almeida Garrett, Obra Política, Doutrinação da Sociedade Liberal*, 1827, com organização e notas de Maria Helena Costa Dias, Luís Augusto Costa Dias e João Carlos Faria, editorial estampa, 1992, p. 137 (sobre o acontecimento ainda pp. 146 e 147). Lopes Praça refere que a vontade do povo é o “único critério prático e possível para a organização política da sociedade e para a elaboração das leis”. Afirma, no entanto, discordar da “opinião de Rousseau e Fichte”, na medida em que a vontade do povo e as leis que a traduzem nem sempre são, por insuficiente esclarecimento daquela, “expressão justa da razão” ou “expressão de justiça e da verdade” (*Direito Constitucional Português*, cit., pp. 129 e 130).

<sup>1471</sup>. “Há com efeito muitas disposições governativas que sem ser[em] uma contração directa às leis vigentes, provam às vezes ineptidão, parcialidade ou malícia dos que as ditam; e não podendo recorrer então às câmaras e reclamar contra [a] infracção da lei, acode-se ao juízo da opinião pública manifestando os erros ou a culpa dos administradores. Esta instituição é sem dúvida o dique mais sólido contra a arbitrariedade, o facho mais luminoso contra a ignorância, o vigia mais alerta contra as tiranias secundárias e locais, e o verdadeiro palladio das liberdades públicas” - Almeida Garrett, “O Cronista, n.º 13 [(27 de Maio a 2 de Junho), Lisboa, 1827], vol. I”, in *Obras completas Almeida Garrett, Obra Política*, cit., pp. 151 a 153, *maxime*, p. 153.

<sup>1472</sup>. *Elementos de Direito Público e Administrativo Português*, Porto, 1885, pp. 71 e 70.

democrático<sup>1473</sup>, o princípio da igualdade e o princípio do mérito (“todos os cidadãos são ... admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos”; “todos... são [a eles] igualmente admissíveis”; “segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”)<sup>1474 1475</sup>.

No projecto de Código do Direito Público de Portugal, de Mello Freire, no Título XLV, com a epígrafe “Dos direitos e obrigações dos cidadãos”, entre o elenco dos direitos - §§ 6 a 9 desse Título - figurava, em primeiro lugar, a afirmação de que “[o] cidadão tem direito a todos os ofícios, cargos e ocupações militares, ou civis ou eclesiásticas, ou seculares em nossos reinos e domínios ...”, referindo-se, o § 7.º, subsequente, ao direito de “pedir a justa recompensa e remuneração dos seus serviços”<sup>1476</sup>. O direito à igualdade no acesso aos

---

<sup>1473</sup>. “Assim que todos os cidadãos activos são admitidos a todos os empregos públicos, sem outra consideração que a da sua capacidade individual designa-se esta forma de governo democracia” - Silvestre Pinheiro-Ferreira, *Précis d’un Cour de Droit Public*, cit., p. 34. “Nós partimos do princípio - diz o autor - que todo o privilégio sem excepção alguma, é incompatível com o systema constitucional” (*apud* Lopes Praça, *Direito Constitucional Portuguez, Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1832*, Coimbra, Imprensa Litteraria, 1878, publicação facsimilizada no BFDUC, *Stvdia Ivridica* 25, *Classici Lusitani* - 1, Coimbra Editora, 1997, p. LXXXIX).

<sup>1474</sup>. Cfr. o artigo 6.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de Agosto de 1789, in *Textos Históricos do Direito Constitucional, Organização e Tradução de Jorge Miranda*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 1990, p. 58. Foi consagrado no Constituição francesa de 3 de Novembro de 1791. Se a “diferenciação capacitária” era o critério de recrutamento no acesso aos empregos públicos, a respectiva ocupação era considerada fonte de distinção legítima entre as pessoas: “É inafastável em qualquer sociedade a existência de homens uns mais distintos do que os outros; seja pela sua indústria e pelos seus talentos, seja pela sua riqueza, seja *pelos empregos que eles ocupem ao serviço do Estado*» (Silvestre Pinheiro-Ferreira, *Précis d’un Cour de Droit Public interne et externe*, Paris, Rey et Gravier Libraires, 1830, p. 4 - itálico nosso). Aliás, os «empregados públicos» constituem um dos três conjuntos em que eram agrupados os cidadãos (a par dos proprietários fundiários e dos comerciantes e industriais - p. 3)

<sup>1475</sup>. A prática liberal não nos deu um legado de critério no provimento e na respectiva cessação dos empregos públicos, apesar de nos ter dado a retórica ou ideário jurídico contrários. A igualdade significava a proibição do arbítrio e do privilégio, mas também era percebida que se a lei “tratasse igualmente factos desiguais seria injusta e desigual”. Por isso, o direito à igualdade na admissão aos cargos públicos não podia deixar de comportar a diferenciação resultante dos “talentos”, “virtudes” e “mérito” (“A primeira comoção que sacudiu o sistema antigo data da revolução francesa, cujo objecto parecia ser ... abolir todos os privilégios e colocar a todos no lugar a que os chamavam os seus talentos e virtudes” - cfr. “O Cronista, n.º 12 [(20-26 de Maio), Lisboa, 1827], vol. I”, cit., p. 137. Numa das suas Cartas Persas (a XXIV, datada de 1712), Montesquieu ironizava que o “Rei de França era o mais poderoso príncipe da Europa”; apesar de “não ter quaisquer minas de ouro como o rei de Espanha, seu vizinho”, tinha mais riquezas, pois tirava-as da “venalidade dos seus sujeitos (?), cuja inesgotabilidade é mais segura”. Dessa forma, “empreendeu ou manteve grandes guerras sem outros fundos que não a venda de títulos de honra” - *Lettres Persanes*, Paris, 1993, *Classiques Français*, p. 52. Ver, também, Lopes Praça, *Direito Constitucional Portuguez, Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826*, cit., pp. 133 a 143.

<sup>1476</sup>. “... pela forma e maneira, que se declara no Título 48”. Cfr. Lopes Praça, *Direito Constitucional Portuguez, Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1832*, Coimbra, Imprensa

cargos públicos – o direito de a eles aceder sem outra distinção que não a diferença de virtudes e talentos – teve sucessiva consagração constitucional<sup>1477</sup>.

Não obstante a ideologia não intervencionista, não houve uma quebra com a “acção de Polícia e do governo Político e económico do século XVIII”, mas a reformulação, nos quadros de um Estado de Direito liberal, dos termos dessa intervenção<sup>1478</sup>.

O “provimento em empregos civis e políticos” era uma competência importante e parte do poder governativo, entendido dever ser “regulado por leis adequadas”<sup>1479</sup>, sob pena de o

---

Litteraria, 1878, pp. 24 e 25.

<sup>1477</sup>. “Os ofícios públicos não são propriedade de pessoa alguma. O número deles será rigorosamente restrito ao necessário”, no comando do artigo 13.º da Constituição de 1822. “Todos os portugueses podem ser admitidos aos cargos públicos, sem outra distinção que não seja a dos seus talentos e das suas virtudes”, por determinação do artigo 12.º da mesma Constituição. A Carta Constitucional fez igualmente a afirmação do princípio da igualdade no acesso aos cargos públicos, fossem Civis, Políticos ou Militares (artigo 145.º, § 13.º do Título VIII, «Das disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos portugueses»). Também para a ordem jurídica constitucional de 1838, “Todo o Cidadão pode ser admitido aos cargos públicos, sem mais diferença que a do talento, mérito e virtudes” (artigo 30.º). Na elaboração da Constituição de 1911 foi rejeitado o aditamento de um número 45.º ao artigo 5.º do respectivo projecto, segundo o qual “Todo o cidadão pode ser admitido aos cargos públicos, civis ou militares, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir”. Foi considerado “desnecessário, desde que no n.º 2 d’este mesmo artigo, foi consignado que a lei é igual para todos e que todos são iguais perante a lei (...) Os cargos públicos hão-de ser preenchidos pelos cidadãos portugueses, e sendo todos iguais perante a lei e esta igual para todos, entendido está que todos eles poderão ser admitidos a esses cargos públicos”. A garantia da igualdade, incluindo no acesso aos empregos públicos, ficou assim compreendida na formulação de que “A lei é igual para todos” (artigo 3.º, 2.º) - Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911 (De 15 de Junho a 25 de Agosto), Lisboa, Assembleia da República, 1986, p. 260 (13 do Diário). No “Projecto de lei n.º 3 - lido na 12.ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 3 de Julho de 1911 - cfr. Diário respectivo, publicado nas Actas da Assembleia Constituinte (De 15 de Junho a 25 de Agosto), Lisboa, Assembleia da República, 1986, pp. 5 12 do Diário, pp. 28 a 35 das Actas -, verifica-se que o artigo 54.º, 48.º apresentava a seguinte redacção: “Todo o cidadão pode ser admitido aos cargos públicos, civis ou militares, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir” (p. 34). Ver também Lopes Praça, Direito Constitucional Português, Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1832, Coimbra, Imprensa Litteraria, 1878, p. 136.

<sup>1478</sup>. “Pese embora as declarações liberais, no século XIX vai-se introduzir toda a velha acção de Polícia e do governo Político e económico do século XVIII, que agora se chama Administração. O parâmetro constitucional é bem diferente, mas a acção ou o fim da Administração continua a ser o mesmo: intervenção e conformação na e da sociedade pelo Estado. 5. Para Javier de Burgos, em 1841 a Administração é *imensa e omnipresente*, e seguindo-o, Ortiz de Zúñiga em 1842 acrescenta: e *omnipotente*” – Alfredo Gallego Anabitarte, “Presentación del libro formación y enseñanza del derecho público en España (1769-2000). Un ensayo crítico en el ilustre colegio de abogados de Madrid”, in Revista de Administración Pública, n.º 163, Enero/Abril, 2004, p. 534 (itálicos do autor).

<sup>1479</sup>. A assinalar também é a reserva parlamentar da criação e supressão de “empregos e ofícios públicos” e do estabelecimento dos seus “ordenados” e o cometimento ao executivo do seu provimento (respectivamente, artigo 103.º, XIII, e artigo 123.º, III (1822); artigo 15.º, § 14, e artigo 75.º, § 4 (1826); artigo 37.º, XVI, artigo 75.º, I, e artigo 82.º, II (1838).

“poder executivo poder facilmente abusar”<sup>1480</sup>. A instabilidade política dificultou a prevenção de tais abusos. A afirmação constitucional do direito à igualdade no acesso aos cargos público nunca deixou de ter resistências à sua aplicação, progredindo inicialmente à medida que os privilégios da nobreza e clero “foram cedendo lugar à igualdade perante a lei” (Lopes Praça)<sup>1481</sup>.

A falta de aplicação prática daqueles critérios reflectia-se na falta de segurança jurídica dos provimentos<sup>1482</sup>. Os empregos públicos eram um hipocentro dos interesses dos partidos<sup>1483</sup>, objecto de transacção eleitoral<sup>1484</sup>. Oliveira Martins é enfático a traduzi-lo: “«Expulsar a pedreira de todos os empregados», eis o programa de Governo proposto por Fr. Fortunato

---

<sup>1480</sup>. José Tavares, Poder Governamental no Direito Constitucional Portuguez, Lições para o curso do 2.º anno de Direito no mez de maio de 1909, Imprensa Universitária, Coimbra, 1909, p. 158; e Martinho Nobre de Melo, O Estado dos Funcionários, Estatuto legal, Lisboa, 1914, pp. 44 a 49.

<sup>1481</sup>. Direito Constitucional Portuguez, Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826, Acto Adicional de 1832, Coimbra, Imprensa Literária, 1878, publicação facsimilada in Direito Constitucional Portuguez, Vol. I, *Stvdia Ivridica* 25, *Classici Lusitani* - 1, BFDUC, Coimbra Editora, 1997, pp. 136 e 137.

<sup>1482</sup>. Específica protecção foi sendo prevista para os que estivessem ausentes para cumprimento de obrigações militares. Em sede de “direitos e garantias individuais”, foi consagrado, na Constituição de 1911, a garantia de não prejuízo do emprego por virtude do cumprimento do serviço militar ou do serviço cívico obrigatório (artigo 3.º, 32.º). No citado “Projecto de lei n.º 3”, constava como o n.º 46.º do artigo 54.º onde se lia: “A todo o empregado do Estado ou de particulares é garantido o seu emprego, com os direitos a ele inerentes, durante o serviço militar a que for obrigado (p. 34). O artigo tem hoje tradução no artigo 279.º, n.º 7, da CRP. A versão originária do projecto daquele artigo 3.º era a de que “A todo o empregado do Estado ou de particulares é garantido o seu emprego, com os direitos a ele inerentes, durante o serviço militar a que foi obrigado”. Foi criticado, pelo Deputado Matos Cid, observando ser inconveniente face aos empregadores privados, “por se opor a contratos estabelecidos no comércio, nas indústrias e outros ramos da actividade”. Propôs nova redacção: “A todo o empregado do Estado e dos corpos e corporações administrativas é garantido o seu emprego com os direitos a ele inerentes, durante o serviço militar a que for obrigado”. Contrapôs o Deputado Bernardino Roque, dizendo que “[s]e é verdade que os empregados do Estado têm direito a que se lhes garantam os seus lugares, os outros empregados também o têm, desde que tenham conquistado esses lugares”, contrapondo o aditamento de um parágrafo único, onde se dispusesse: “Aos empregados de particulares será também garantido o lugar desde que o exerçam por contrato legal”. Foi proposta emenda pelo Deputado Tiago Telles: “A todo o empregado do Estado, das corporações administrativas ou de companhia que tenham contrato com o Estado, etc.”, tendo esta última sido aprovada - Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911, p.12 do Diário da Assembleia Nacional Constituinte, da 35.ª Sessão, de 1 de Agosto de 1911, Actas cit., p. 259.

<sup>1483</sup>. E continua, dizendo que a «expedição liberal», em 1832, era “composta de homens, mais do que estrangeiros, renegados: de homens que, segundo com razão dizia a Gazeta, vinham destruir as instituições de seis séculos, insultar a religião portuguesa, extinguir a nobreza, e além disso usurpar os empregos (antigo vício da nação colonial), «fazer pagar pela Nação os empréstimos que devem»”. Cfr. Portugal Contemporâneo I, Publicações Europa-América, 2.ª edição, p. 169. Na «magistratura», “a reacção miguelista encontrou os seus mais decididos parciais. A divisão de poderes, princípio fundamental da Carta, cerceava-lhes a influência e os réditos; além de que, geralmente velhos, os altos magistrados não tinham já força nem vontade para ir aprender uma jurisprudência nova” (p. 133).

<sup>1484</sup>. Oliveira Martins, Portugal Contemporâneo I, cit., p. 371.

(Mastigóforo, 1829), a uma nação de empregados públicos”<sup>1485</sup>. Relata ainda que, na Convenção de Évora Monte, ficou estabelecido, como prometido<sup>1486</sup>, que os vencidos “perderiam todos os empregos”<sup>1487</sup>, estipulação que os vencedores não deixaram de reclamar, “em pagamento dos serviços” prestados<sup>1488</sup>.

Na Assembleia Constituinte de 1837/1838, um dos “grandes problemas” relacionados com o Ultramar foi o dos “critérios de escolha e as motivações dos funcionários ultramarinos”, aos quais foi imputado o “estado desgraçado daquelas possessões”<sup>1489</sup>. Acresce que as “virtudes e os talentos” eram, tendencialmente, triados de forma empírica e pouco informada<sup>1490</sup>. Para fazer face a tais disfunções, enfatizava-se a responsabilidade pela nomeação e o dever de controlo sobre a conduta dos funcionários: “o rei, assim como os seus ministros, têm o direito ou antes *o dever de fiscalizar a conduta dos seus subalternos de todos os graus*, e em consequência de *revogar ou suspender, em conformidade com as leis e os regulamentos, a nomeação daqueles que não cumpram convenientemente os seus deveres*”<sup>1491</sup> (itálicos nossos).

A afirmação do princípio da responsabilidade dos “empregados públicos” foi uma constante nas constituições portuguesas do período da monarquia. De acordo com o artigo 14.º da Constituição de 1822, o artigo 145.º, § 27, da Carta Constitucional de 1826 e o artigo 26.º da Constituição de 1838, respondiam, respectivamente, “pelos erros de ofício e abusos de poder”, “pelos abusos, e omissões, que praticarem no exercício das suas funções,

<sup>1485</sup>. Oliveira Martins, Portugal Contemporâneo I, cit., p. 224.

<sup>1486</sup>. Oliveira Martins, Portugal Contemporâneo I, cit., pp. 309 e 327.

<sup>1487</sup>. Oliveira Martins, Portugal Contemporâneo I, cit., p. 340.

<sup>1488</sup>. Acrescentando-se: “... ninguém até aqui, por via de regra, tem solicitado empregos para o Ultramar, senão como meio de enriquecer em pouco tempo”. Ver Oliveira Martins, Portugal Contemporâneo I, cit., p. 344. Diz Martinho Nobre de Melo que “sob uma aparência ilusória de liberdade e de legalismo” se fez “das funções públicas o despojo dos vencedores” - O Estado dos Funcionários, Estatuto legal, Lisboa, Livraria Ferin, 1914, p. 6.

<sup>1489</sup>. Ministro da Marinha *apud* Paulo Otero, A descentralização territorial na Assembleia Constituinte de 1837-1838 e no Acto Adicional de 1852, Separata da Revista da Faculdade de Direito, Lisboa, 1989, p. 306.

<sup>1490</sup>. A “nomeação – escrevia em 1830 Silvestre Pinheiro-Ferreira – pressupõe, que aquele que exerce o respectivo poder, um perfeito conhecimento das qualidades requeridas para bem ocupar o emprego”, conhecimento que vai sucessivamente rareando relativamente aos lugares mais afastados da coroa. Cfr. Précis d’un Cour de Droit Public, cit., p. 64.

<sup>1491</sup>. Silvestre Pinheiro-Ferreira, Précis d’un Cour de Droit Public, cit., p. 64. A “probidade e a capacidade específica, exigida pela natureza do emprego” eram reconhecidas serem as “qualidades essencialmente

e por não fazerem efectivamente responsáveis aos seus subalternos” e “por todo o abuso e omissão pessoal no exercício das suas funções, ou por não fazer efectiva a responsabilidade de seus subalternos”.

A responsabilidade era considerada uma “garantia dos direitos” e falava-se num “direito de exigir a responsabilidade dos empregados”<sup>1492 1493</sup>.

Data de 1835 a introdução em Portugal da garantia administrativa<sup>1494</sup> (embora não fosse desconhecida realidade jurídica similar anterior<sup>1495</sup>), o que constituiu uma importação francesa<sup>1496</sup>. Estabeleceu-a, depois, o artigo 216.º do Código Administrativo de 1836. Prevista para os “magistrados administrativos”, foi-se verificando o seu progressivo alargamento subjectivo e posteriormente foi sendo admitida de forma intermitente<sup>1497</sup>. A garantia administrativa faz depender da autorização “prévia e expressa” do Governo a demanda civil e ou criminal do funcionário<sup>1498</sup>. É justificada em nome da “independência da vida administrativa [e do “bom funcionamento do serviço público”] pondo-a

---

necessárias para todo o emprego público”. Cfr. *Précis d’un Cour de Droit Public*, cit., p. 68.

<sup>1492</sup>. *Direito Constitucional Portuguez, Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1832*, Coimbra, Imprensa Litteraria, 1878, pp. 112 e 113.

<sup>1493</sup>. O que encontrava pontos de apoio no § 28 do artigo 145.º da Carta – segundo o qual todo o cidadão poderia “apresentar por escrito ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas ou petições e até expor qualquer infracção à Constituição, requerendo perante a Autoridade a efectiva responsabilidade dos infractores” - e na segunda parte do artigo 26.º da Constituição de 1838, onde se previa a “acção popular por suborno, peita, peculato ou concussão” dos empregos públicos.

<sup>1494</sup>. Foi introduzida pelo artigo 88.º do Decreto de 18 de Julho de 1835.

<sup>1495</sup>. Nas Ordenações Afonsinas, é possível divisar realidade jurídica similar: no Título II (“Do Chanceller Moor”) do Livro I, quando prevê que o Chanceller “[d]ará Cartas de Segurança aos Tabeliães, e Escrivães perante si, quando são acusados por razão de erros, que façam em seus Ofícios, e de outra guisa não” (p. 22); e no “Título VIII // Dos que não podem ser citados por causa de seus Ofícios ou por alguma outra causa legítima”, do Livro III, na medida em que o Rei determina que, quando o juiz “antes, ou durante o ofício, tivesse cometido algum malefício, assim acerca do seu ofício, como fora dele, poderá ser acusado”, mas que, antes de ser citado, fosse “primeiramente notificado” a ele e sem o seu “mandato especial não seja citado de nenhum modo” (p. 30) – cfr. *Ordenações Afonsinas, Serviço de Educação da Fundação Calouste Gulbenkian*, 1999, “reprodução «fac-símile» da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1792”.

<sup>1496</sup>. Constante do artigo 75.º da Constituição do ano VIII.

<sup>1497</sup>. A. L. Guimarães Pedrosa, *Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo, Prelecções feitas na Universidade de Coimbra, I – Introdução e Parte I (Parte Geral)*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1908, pp. 304 a 309.

<sup>1498</sup>. Constitui, nas palavras de Guido Zanobini, uma forma de “ingerência sobre o início da acção penal” - *Corso di Diritto Amministrativo, Volume Primo, Principi Generali*, Ottava Edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, 1958, p. 355, e *Volume Terzo, L’Organizzazione Amministrativa*, Sesta Edizione, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1958, p. 310. Sobre a noção, ver também A. L. Guimarães Pedrosa, *Curso de Ciência da*

relativamente fora do alcance do poder judicial”<sup>1499</sup>. Na realidade, aparecia e era criticada como “um direito de excepção”, “um privilégio”<sup>1500</sup>, e um factor de diminuição da “força moral” e “consideração” dos funcionários públicos, prejudicial para o interesse públicos, defeitos agravados “pela falta absoluta de preceitos definidos, que regulem a aplicação da garantia, deixando, portanto, meramente entregue ao arbítrio do governo a solução das questões em que podem correr os mais graves perigos para as liberdades públicas”<sup>1501</sup>. Contra tal realidade, Lopes Praça notava que os tribunais “na sua organização independente e responsável” eram “o melhor depurativo de um funcionalismo prepotente e opressor”<sup>1502</sup>. Tais previsões legislativas eram também ajuizadas como sendo contrárias ao § 28 do artigo 145.º da Carta Constitucional, na medida em que aí se falava na “efectiva responsabilidade dos infractores” pela “Autoridade”, em vista da qual podia ser exercido o direito de petição<sup>1503</sup>.

Depois de 1851, os empregos públicos foram um factor de acalmia social, porque, nas palavras de Oliveira Martins, “[t]ransaccionou-se com todos os vícios históricos da sociedade, dando ao comunismo burocrático uma expansão tal que, satisfazendo a todos, atrofiasse as sementes de futuras revoluções. Às engrenagens administrativas de que o Estado já dispunha, juntou-se a legião nova dos beneficiários de obras públicas; muitos milhares de funcionários, mais ou menos opiparamente prebendados”<sup>1504</sup>, num quadro de

---

Administração e Direito Administrativo, cit., p. 304.

<sup>1499</sup>. Ludgero Neves, *Direito Administrativo, Lições ao curso de 1916-1917*, coligidas por Arthur de Campos Figueiredo, 1916, pp. 181 e 182, Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, cit., p. 211 (“Sob o ponto de vista doutrinário, a garantia administrativa funda-se na divisão dos poderes. Os tribunais judiciais não conhecem dos actos administrativos e por isso não podem apreciar o procedimento dos funcionários que se traduzem na prática de actos dessa natureza; de contrário, o poder judicial teria de exceder a esfera normal das suas atribuições”) e Guido Zanobini, ob. cit., vol. I, p. 355 (“O instituto tem o escopo de assegurar que os funcionários mais importantes e fundamentais da administração local não sejam retirados do exercício das suas funções, senão com o acordo das autoridades superiores do poder executivo, e sejam o menos possível perturbados com eventual responsabilidade, diversa daquela em que possam incorrer em face de tais autoridades”).

<sup>1500</sup>. Ludgero Neves, *Direito Administrativo, Lições ao curso de 1916-1917*, coligidas por Arthur de Campos Figueiredo, 1916, pp. 181 e 182.

<sup>1501</sup>. Couto Monteiro *apud* Lopes Praça, *Direito Constitucional Portuguez, Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Additional de 1832*, Coimbra, Imprensa Litteraria, 1878, p. 115.

<sup>1502</sup>. José Joaquim Lopes Praça, *Direito Constitucional Portuguez*, Vol. I, cit., p. 117.

<sup>1503</sup>. José Joaquim Lopes Praça, *Direito Constitucional Portuguez*, Vol. I, cit. p. 114.

<sup>1504</sup>. Oliveira Martins, *Portugal Contemporâneo*, cit., pp. 62, 63 e p. 71.

depauperamento financeiro e desorganização administrativa<sup>1505</sup>.

O Código Civil de 1867 estabeleceu que os “empregados públicos” não eram responsáveis pelos danos causados no exercício das suas funções, salvo se excedessem as suas “atribuições legais” ou “não cumpri[ssem], de algum modo, as disposições da mesma lei”, casos em que seriam responsáveis como qualquer cidadão<sup>1506</sup>.

Em 1874, Lobo D’Ávila situa os funcionários ainda entre o jogo político: “a influência do governo – dizia – predomina na eleição não só por meio do partido político que o apoia, o que é lícito, mas sobretudo pela acção, muitas vezes abusiva, dos seus agentes e funcionários”<sup>1507</sup>. O provimento por via do concurso dos empregos públicos fazia parte do tecimento do direito à igualdade: era qualificado como a “melhor garantia d’esta igualdade perante a lei”; por ele seriam os candidatos a “dar verdadeiras provas das suas habilitações”<sup>1508</sup>. No entanto, “o provimento nos lugares públicos” “pod[ia] fazer-se dentro do arbítrio, sem publicidade nos resultados dos concursos, e até muitas vezes sem eles”<sup>1509</sup>. O direito à remuneração condigna dos funcionários públicos, afirmado a partir da previsão constitucional da recompensa “pelos serviços feitos ao Estado, quer civis, quer militares”,

---

<sup>1505</sup>. Cfr. Eça de Queirós, *Uma Campanha Alegre*, de “As Farpas” (I, IX, Junho, XIV, Julho, XXXVIII, de 1871), Vol. I, Lello & Irmão, Editores, Porto, 1979, pp. 12, 79 a 82, 109 a 115 e p. 238.

<sup>1506</sup>. Cfr. artigos 2399.º e 2400.º do Código Civil de 1867, in *Estatuto dos Funcionários*, cit., de Alberto Xavier, pp. 90 e 91.

<sup>1507</sup>. *Estudos de Administração*, cit., p. 76.

<sup>1508</sup>. António Ribeiro da Costa e Almeida, *Elementos de Direito Público e Administrativo Portuguez*, Porto, 1885, p. 77.

<sup>1509</sup>. Lopes Praça, *Direito Constitucional Portuguez*, cit., p. 30. O autor destacava que as “grandes e profundas reformas” de que carecia “a nossa instrução secundária e superior” seriam sempre prejudicadas enquanto o provimento dos lugares públicos não se fizesse mediante concurso fiável (p. 30). A reforma de 1870 do conselho de estado suprimiu “a secção puramente administrativa do conselho e as suas comissões, cujas funções transferiu para os fiscais da coroa em conferência”. Estes destacava Lobo D’Ávila não podiam “suprir a lacuna que deixaria a falta da secção administrativa do conselho de estado”, porque “não têm, pela natureza do seu emprego, que é de confiança e amovível, a arbítrio do governo, embora os fiscais sejam dignos e de carácter ríspido, a mesma posição desassomburada, à parte tão desprendida de laços de disciplina e subordinação, tão garantida, tão segura, tão oficialmente independente como têm os conselheiros de estado” (*Estudos de Administração*, Typographia Universal, Lisboa, 1874, p. 287). Notava ainda a falta de racionalidade na distribuição dos funcionários: as comissões auxiliares do governo, “fornecendo pretexto para adiar indefinidamente a resolução de uma questão, quando não são um expediente para conservar na capital certos funcionários públicos ou deputados, no intervalo das sessões, a fim de se não verem obrigados a ir desempenhar, noutras terras ou em diversas repartições, os serviços que estão a seu cargo, com transtorno desses serviços e prejuízo dos outros empregados, que vêm sobrecarregados de trabalho que lhes não pertence” (*Estudos de Administração*, Typographia Universal, Lisboa, 1874, pp. 288 e 289). Cfr. Eça de Queirós, *Uma Campanha Alegre*, de “As Farpas” (XXVI, Agosto de 1871), cit., p. 172.



era vista como uma compensação pela cedência “do exercício da sua actividade em benefício do Estado” e como uma decorrência do “direito de propriedade na sua mais elevada origem nos produtos imediatos da actividade individual”<sup>1510</sup>.

Numa organização da função pública segundo a lógica da repartição partidária (do partido vencedor) dos ofícios, poucas eram as categorias profissionais que gozavam de garantias (já de si poucas) quanto à cessação da relação jurídica de emprego; a generalidade dos funcionários “dependia do arbítrio de quem os nomeava”. O Código Administrativo de 1878 e alguns diplomas<sup>1511</sup> atribuíram àqueles algumas garantias, designadamente, disciplinares. Entre estas, a garantia da audiência prévia em processo disciplinar, a enumeração das sanções, a definição de um elenco de infracções disciplinares<sup>1512</sup>.

Ao invés da «disciplina da função pública civil», a “disciplina militar” foi objecto de significativa atenção normativa. No século XIX, a partir da segunda metade, são quatro os diplomas a registar: o “Regulamento para execução da Lei de 14 de Julho de 1856, relativa à abolição no Exército do continente e Ilhas adjacentes, dos castigos de varadas e de pancadas com espada de prancha”<sup>1513</sup>; o Regulamento disciplinar do exército, de 15 de Dezembro de 1875<sup>1514</sup>; o Regulamento disciplinar do exército, de 5 de Julho de 1894<sup>1515</sup>; e o Regulamento disciplinar do exército, de 16 de Dezembro de 1896<sup>1516 1517</sup>.

---

<sup>1510</sup>. Cfr. Lopes Praça, *Direito Constitucional Português*, cit., pp. 100 e 101, artigo 15.º da Constituição de 1822, artigo 31.º da Constituição de 1838 e artigo 145.º, § 26, da Carta Constitucional. O entendimento do “ordenado” como destinado, não “a remunerar o funcionário, mas organizar a função”, “em atenção ao serviço”, e destinado a permitir “ao funcionário viver só del[e], sem precisar de ir buscar dinheiro, fora”, permaneceu por muito tempo no Direito da função pública portuguesa. Cfr. *Lições de Direito Administrativo*, segundo as prelecções do Exm.º Sr. Dr. Magalhães Colaço, ao 3.º ano jurídico de 1923-24, cit., pp. 91 e 92.

<sup>1511</sup>. O decreto de 25 de Novembro de 1897, destinado à “reforma dos serviços” das várias “secretarias do Estado” continha a directriz da uniformização do regime dos funcionários.

<sup>1512</sup>. Marcello Caetano, *Do Poder Disciplinar*, cit., pp. 165 a 167 e Fausto de Quadros, *Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva portuguesa*, cit., p. 356.

<sup>1513</sup>. Aprovado por Decreto de 30 de Setembro de 1856, in *Collecção Official da Legislação Portuguesa*, redigida por José Máximo de Castro Neto Leite e Vasconcelos, do Conselho de sua Majestade e Juiz da Relação de Lisboa, Anno de 1856, Imprensa Nacional, Lisboa, 1857.

<sup>1514</sup>. Aprovado por Decreto da mesma data, in *Collecção Official da Legislação Portuguesa*, Anno de 1875, Imprensa Nacional, Lisboa, 1875.

<sup>1515</sup>. Aprovado por decreto da mesma data, in *Collecção Official de Legislação Portuguesa*, Anno de 1894, Imprensa Nacional, Lisboa, 1895.

<sup>1516</sup>. Aprovado por Ordem do exército n.º 26, referida a 21 de Dezembro de 1896, in *Diário do Governo*, n.º 41, de 22 de Fevereiro de 1897.

<sup>1517</sup>. Destacam-se os seguintes traços comuns de regime jurídico: (1) Uma enunciação alargada dos

deveres e a delimitação genérica das infracções (n.ºs 10.º a 17.º do Capítulo I, “Disposições gerais”, artigo 1.º a 2.º do Capítulo II, “Das transgressões”, do Regulamento para execução da Lei de 14 de Julho de 1856; artigo 1.º do Regulamento disciplinar do exército, de 15 de Dezembro de 1875; artigo 1.º e artigo 2.º, § 1.º, do Regulamento disciplinar do exército, de 5 de Julho de 1894; artigos 3.º a 6.º do Regulamento disciplinar do exército, de 16 de Dezembro de 1896). (2) Variação das sanções em função das categorias dos militares (v.g., artigo 4.º, 15.º, 17.º e 21.º do Capítulo III, “Das penas”, do Regulamento para execução da Lei de 14 de Julho de 1856; v.g., artigo 5.º a 33.º do Regulamento disciplinar do exército, de 15 de Dezembro de 1875; artigos 6.º a 32.º do Regulamento disciplinar do exército, de 5 de Julho de 1894; e artigo 7.º do Regulamento disciplinar do exército, de 16 de Dezembro de 1896). (3) A previsão da intervenção de conselho de disciplina na aplicação de algumas penas mais graves (artigo 44.º do Regulamento para execução da Lei de 14 de Julho de 1856 - “Nenhuma praça de pret será considerada incorrigível sem que um Conselho de Disciplina a julgue e qualifique como tal”; artigo 54.º, n.ºs 3 e 4, do Regulamento disciplinar do exército, de 15 de Dezembro de 1875; artigo 80.º e 87.º do Regulamento disciplinar do exército, de 5 de Julho de 1894; artigo 91.º do Regulamento disciplinar do exército, de 16 de Dezembro de 1896). (4) Competência substitutiva a órgãos cimeiros da hierarquia militar (v.g., artigo 35.º do Capítulo IV, “Disposições diversas”, do Regulamento para execução da Lei de 14 de Julho de 1856; v.g., artigo 34.º, § terceiro e artigo 39.º, § oitavo; v.g., artigo 53.º, § nono e artigo 55.º do Regulamento disciplinar do exército, de 5 de Julho de 1894; e artigo 71.º do Regulamento disciplinar do exército, de 16 de Dezembro de 1896). (5) A previsão de algumas, poucas, garantias procedimentais embora sem carácter geral (v.g., artigo 46.º do Capítulo V, “Dos incorrigíveis”, do Regulamento para execução da Lei de 14 de Julho de 1856 - “A opinião do Conselho de Disciplina será fundamentada, intimada ao acusado, e só produzirá efeito depois de confirmada pelo Ministério da Guerra”; v.g., artigo 53.º do Regulamento disciplinar do exército, de 15 de Dezembro de 1875 - “Haverá em cada corpo um conselho disciplinar, que será presidido pelo oficial superior encarregado do registo disciplinar, e composto de mais quatro vogais de entre os oficiais mais graduados, e em igualdade de graus, dos mais antigos” -; v.g., artigo 55.º, § 3, 81.º e 87.º do Regulamento disciplinar do exército, de 5 de Julho de 1894; v.g., artigo 89.º, § 2 - “Nem o comandante do corpo, nem o comandante da companhia a que pertencer a praça sujeita a julgamento, nem os officiaes em quem se dê algum dos fundamentos previstos nos artigos 196.º e 197.º do código de justiça militar, poderão fazer parte do conselho” - artigo 91.º, §§ 1 e 2, e artigos 92.º e segs. Do Regulamento disciplinar do exército, de 16 de Dezembro de 1896). (6) A previsão de algumas, poucas, garantias substantivas (v.g., n.º 7.º a 9.º do Capítulo I, “Disposições gerais”, do Regulamento para execução da Lei de 14 de Julho de 1856, a saber: princípio da legalidade das sanções; proporcionalidade das punições; finalidade preventiva e correctiva das sanções; v.g., artigo 94.º do Regulamento disciplinar do exército, de 15 de Dezembro de 1875 - que proíbe a “aplicação simultânea de duas ou mais penas, pela mesma infracção”; v.g., os artigos 70.º a 72.º do Regulamento disciplinar do exército, de 5 de Julho de 1894; v.g., artigo 79.º do Regulamento disciplinar do exército, de 16 de Dezembro de 1896). (7) Frágeis garantias administrativas impugnatórias (v.g., artigo 52.º do Capítulo VI, “Das reclamações” do Regulamento para execução da Lei de 14 de Julho de 1856 - previsão da possibilidade de reclamação individual apenas “[q]uando for imposta pena não decretada na Lei” e “[q]uando for imposta pena injusta”; artigo 58.º do Regulamento disciplinar do exército, de 15 de Dezembro de 1875 - possibilidade de reclamação com fundamento no carácter injusto da pena, reclamação que a não proceder poderia implicar o “castigo” do militar “por falta de cumprimento dos seus deveres disciplinares” -; v.g., artigos 126.º a 135.º do Regulamento disciplinar do exército, de 5 de Julho de 1894; v.g., artigos 112.º e segs.). (8) A não separação entre deveres funcionais e vida privada do agente, designadamente, cerceadora da liberdade religiosa (v.g., artigo 1.º, n.º 15.º, do Capítulo II, “Das transgressões”, do Regulamento para execução da Lei de 14 de Julho de 1856 - “Comete transgressão de disciplina, e como tal será punido: (...) Aquele que tiver mau comportamento não observando os preceitos da Religião, da virtude e da probidade, com escândalo da moral pública e menosprezo dos deveres de família; bem assim o que se embriagar, o que usar jogos proibidos, contrair dívidas superiores aos seus meios de fortuna ou com os seus subordinados,...”; v.g., artigo 1.º, § primeiro, do Regulamento disciplinar do exército, de 15 de Dezembro de 1875: “Todo o militar deve regular em geral o seu procedimento pelos ditames da religião, da virtude e da honra,...”; n.º 17.º: constitui dever especial “[n]ão frequentar casas de jogo, nem tomar parte em jogos de parar ou quaisquer outros proibidos”; n.º 34.º; v.g., o artigo 1.º do Regulamento disciplinar do exército, de 5 de Julho de 1894: “Todo o militar deve regular o seu

Nos três últimos diplomas, a «situação disciplinar» dos “empregados no serviço do exército”, não militares, aparecia regulada. Tratavam-se de empregados, contratados ou “constrangidos”, admitidos para o exercício de algumas funções instrumentais ou de apoio. Estavam “sujeitos a ser punidos durante todo o tempo do contrato ou constrangimento, por suas faltas de cumprimento de obrigações de que tenha resultado ou pudesse resultar prejuízo ao serviço das tropas a que estive[ss]em unidos.” A multa, traduzida “na perda de um ou mais dias do vencimento a que tive[ss]em direito, não excedendo a metade da soma ganha em serviço”, era a única sanção disciplinar passível de lhes ser aplicada, cabendo a competência ao “comandante militar, sob cujas ordens os interessados estivessem colocados”, sem prejuízo do “direito de reclamação ao superior competente”<sup>1518</sup>.

Em 1878, Lopes Praça propunha, quanto à garantia administrativa, que Portugal se desviasse da doutrina consignada no citado artigo 75.º da Constituição do Ano VIII, que a própria França por essa altura já abandonara<sup>1519</sup>.

O Código Administrativo de 1878 previa já a possibilidade de os “magistrados e funcionários administrativos” serem demandados civil e criminalmente por factos relativos ao exercício das suas funções, “sem necessidade de qualquer autorização” e, bem assim, previa que a respectiva “pronúncia definitiva n’estes casos” importava a “suspensão das suas funções” (artigo 376.º)<sup>1520</sup>. Desta feita, “acabou com a garantia a que o projecto do mesmo código (12-1-1872) chamava excepção odiosa e improfícua”<sup>1521</sup>. Não obstante, o

---

procedimento pelos ditames da religião, da virtude e da honra,...”, e o artigo 1.º, n.º 11, que inclui entre os deveres especiais o de “[n]ão contrair dívidas que não possa pagar regularmente e sem prejuízo da sua própria dignidade”; v.g., artigo 3.º, § 1, do Regulamento disciplinar do exército, de 16 de Dezembro de 1896). Por decreto do “Governo Provisório da República Portuguesa, de 28 de Novembro de 1910, as “forças do exército e da armada” foram proibidas de ter “intervenção directa ou indirecta em qualquer solenidade de carácter religioso, salvo no caso de serem requisitadas por autoridade civil ou militar competente, exclusivamente para manterem a ordem pública”.

<sup>1518</sup>. Cfr. artigo 32.º e artigo 5.º, § último do Regulamento disciplinar do exército, de 15 de Dezembro de 1875 e artigo 34.º do Regulamento disciplinar do exército, de 5 de Julho de 1894

<sup>1519</sup>. José Joaquim Lopes Praça, *Direito Constitucional Portuguez*, Vol. I, cit., p. 116.

<sup>1520</sup>. António Ribeiro da Costa e Almeida, *Elementos de Direito Público e Administrativo Portuguez*, Porto, Livraria Portuense, 1885, p. 79, A. L. Guimarães Pedrosa, *Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo*, cit., p. 306, e Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, cit., p. 212.

<sup>1521</sup>. Ludgero Neves, *Direito Administrativo*, Lições ao curso de 1916-1917, cit., p. 182, e A. L. Guimarães Pedrosa, *Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo*, cit., p. 305 (“No relatório da proposta do código administrativo de 12 de Janeiro de 1872 ... condena-se um tal privilégio dos funcionários administrativos, como excepção *odiosa e improfícua*.”).

referido preceito “não logrou fazer triunfar o princípio da igualdade no regime do direito comum sobre este assunto, porque não acabou com a garantia concedida por leis especiais a outros funcionários, nem ainda impediu que posteriormente se consignasse a excepção em favor de outros empregados”<sup>1522</sup>. O funcionário estava especialmente protegido, afirmando-se que o “administrativo não pode ser perturbado na sua acção pelo poder judicial, nem por outro qualquer” e que “se no exercício das suas funções administrativas os seus membros forem ameaçados ou insultados, devem fazer prender logo o culpado, e formar auto, que devem remeter dentro de vinte quatro horas ao ministério público”<sup>1523</sup>. O Código de 1886, reiterou a extinção da garantia administrativa, a qual no entanto não se revelou absoluta. Os Códigos Administrativos de 1895 e 1896 reintroduziram a garantia administrativa, “em relação aos processos crimes”, garantia que veio a ser subjectivamente ampliada pelo Decreto n.º 3, de 24 de Dezembro de 1901 (artigo 10.º, n.º 1) e novamente extinta em 14 de Fevereiro de 1907, embora com algumas excepções<sup>1524</sup>.

Nos finais do século XIX e princípios do século XX, a herança, a venda, a doação, o arrendamento, arrematação, o sorteio, a eleição e a nomeação eram referenciados como “sistemas adoptados para o recrutamento do funcionalismo público”<sup>1525</sup>. O funcionário é definido como “toda a pessoa física ou singular que desempenha uma função pública ou participa no exercício dessa função”. Abrange, quer os órgãos, que manifestam a vontade do “estado e das demais pessoas administrativas”, quer os que têm “a obrigação de prestar o

<sup>1522</sup>. A. L. Guimarães Pedrosa, Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo, cit., p. 306.

<sup>1523</sup>. António Ribeiro da Costa e Almeida, Elementos de Direito Público e Administrativo Português, Porto, Livraria Portuense, p. 180.

<sup>1524</sup>. A. L. Guimarães Pedrosa, Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo, cit., pp. 308 a 310, e Lopes Navarro, Funcionários Públicos, p. 212.

<sup>1525</sup>. A. L. Guimarães Pedrosa, Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo, , pp. 251 a 258, e Lições de Direito Administrativo, “segundo as prelecções do Exm.º Sr. Dr. Magalhães Colaço, ao 3.º ano jurídico de 1923-24, aproveitando também estas lições ao curso do 2.º ano jurídico – (Reforma de 1922)”, de A. Queiroz Martins, Simões Correia e Ferreira Júnior, Papellaria Escolar Editora, 1924, Lisboa, pp. 95 a 99 (destacam-se as seguintes referências: i) a transmissão por herança dependia de “confirmação” pelo Rei, dependente de “um bom desempenho do cargo”; ii) a venda efectuava-se em hasta pública e, no princípio do século XX parece, dizem os autores, que continuava a existir, ainda que “discretamente”; iii) o sorteio realizava para seleccionar jurados e os “presidentes das assembleias primárias ou secções de voto”; iv) na “adjudicação e arrematação de impostos indirectos, os indivíduos que os cobram exercem... uma função pública”; v) a “anexação de funções” como forma de “tomar conta dum emprego vago” por parte de “um funcionário que já exerce outro emprego”, prevista no “código de 1896”; e vi) a “imposição legal” ocorria no caso da “designação dos jurados e militares”). Cfr. artigo 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho.

seu trabalho em serviço do estado, mediante uma retribuição orçamental e fazendo do serviço público a sua profissão”. A distinção entre as duas realidades jurídicas verdadeiramente não existia. O funcionário “representa a pessoa administrativa e pela qual exerce os direitos e realiza os actos jurídicos e materiais necessários ao funcionamento do serviço”<sup>1526</sup>.

Em Portugal, “predomina[va] o sistema de nomeação para os cargos da administração geral do estado de natureza burocrática ou exercidos por agentes singulares e o da eleição para os órgãos colegiais autárquicos e os agentes seus subordinados”, informava, em 1908, Guimarães Pedrosa, fundando a sua afirmação em preceitos da Carta Constitucional e do Código Administrativo<sup>1527</sup>.

Para o exercício de funções públicas, exigia-se, em 1908, a apresentação de documento “comprovativo de bom comportamento moral e civil”<sup>1528 1529</sup>. Prevalecia uma concepção autoritária e hierarquizada dos empregos públicos. A sujeição “pelo acto da posse [feita perante o seu chefe hierárquico] ou “mediante autorização governamental, perante qualquer autoridade pública”<sup>1530</sup>] ... ao pagamento de diversos impostos” dava uma nota venal<sup>1531</sup> ao acesso aos empregos públicos.

Ao “sistema de nomeação” apontava-se o defeito de propiciar o arbítrio de quem nomeia e de não ser adequado para “funções que melhor devam reflectir a opinião pública”. Como

---

<sup>1526</sup>. Como tal referenciava-se, por exemplo, que podia ter uma “forma colectiva ou colegial” e “singular ou individual”. Cfr. A. L. Guimarães Pedrosa, Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo, cit., pp. 223 e segs.

<sup>1527</sup>. A. L. Guimarães Pedrosa, Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo, cit., p. 254.

<sup>1528</sup>. A. L. Guimarães Pedrosa, Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo, cit., p. 248.

<sup>1529</sup>. O acesso do sexo feminino às mesmas encontrava-se significativamente restringindo. Guimarães Pedrosa informa que progressivamente se ia “abrindo caminho a opinião de que é preciso deixar-se à mulher mais amplo campo no desempenho de serviços públicos”, manifestando-se a sua concordância, pelo menos relativamente àquelas “em que altas razões de moralidade ou a exigência de forças físicas a isso se não oponham - Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo, cit., p. 249, e Lições de Direito Administrativo, “segundo as prelecções do Exm.º Sr. Dr. Magalhães Colaço, ao 3.º ano jurídico de 1923-24”, cit., pp. 106, 109 e 110.

<sup>1530</sup>. Cfr. Lições de Direito Administrativo, “segundo as prelecções do Exm.º Sr. Dr. Magalhães Colaço, ao 3.º ano jurídico de 1923-24”, cit., p. 164.

<sup>1531</sup>. Havia lugar ao pagamento de “direitos de mercê pelos seus empregos”, “emolumentos das secretarias de estado por onde são feitas as nomeações”, “o imposto do selo” e emolumento pelo registo na Torre do Tombo do diploma de “encarte”. Cfr. Guimarães Pedrosa, Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo, cit., pp. 273 a 277.

“elementos de correcção”, referia-se a necessidade de garantias, “que façam prevalecer ao arbítrio do nomeado a capacidade e o mérito do nomeando”<sup>1532</sup>. Para “garantir a capacidade geral ou técnica do agente, conforme a função a desempenhar”, advogava-se, para além da “exigência de habilitações, quer gerais, quer especiais”, na “primeira entrada ou admissão”, a realização de “concurso de habilitações tituladas, ou de provas públicas, ou de umas e outras conjuntamente; e nas provas públicas, as escritas somente, ou as escritas e orais”<sup>1533</sup>. A eleição era referenciada como uma forma, a par da nomeação, de designação dos indivíduos para cargos públicos, aplicada não apenas a «cargos de direcção», mas também, por exemplo, aos “agentes subordinados” dos “órgãos colegiais autárquicos”<sup>1534</sup>.

A responsabilidade disciplinar assentava, segundo Guimarães Pedrosa, no “princípio das hierarquias administrativas”, cuja manutenção e fortalecimento visava. Sendo “um dos elementos constitutivos da autoridade hierárquica, nem a todos os superiores [era] dado o mesmo poder disciplinar”, podendo, sem prejuízo, “as providências disciplinares tomadas por um funcionário... ser revogadas ou modificadas pelo superior competente”<sup>1535</sup>.

No entanto, a perspectiva hierárquica era temperada pela obrigação de ouvir o conselho consultivo, cujos pareceres nos casos mais graves eram obrigatórios e cuja falta entendia-se

---

<sup>1532</sup>. A. L. Guimarães Pedrosa, Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo, cit., p. 254.

<sup>1533</sup>. A. L. Guimarães Pedrosa Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo, cit., p. 255.

Reflectindo sobre o concurso, o Deputado João de Freitas observava que os “concursos documentados... devem ser excluídos sistematicamente. Quanto aos de provas públicas [referia ser]... de parecer absolutamente contrário, porque a apreciação do público já pode incidir sobre elas e ajuizar da justiça com que as nomeações foram feitas”. Cfr. Diário da Assembleia Nacional Constituinte, em 7 de Agosto de 1911, p. 24, Actas cit., p. 329. Ver, também, artigo 20.º da Constituição de 1911: “Nenhum membro do Congresso, depois de eleito, poderá celebrar contratos com o Poder Executivo, nem aceitar deste ou de qualquer governo estrangeiro emprego retribuído ou comissão subsidiada”, exceptuando, entre outras, os “cargos de acesso e as promoções legais” e as “nomeações que por lei são feitas pelo Governo, precedendo concurso ou sob proposta feita pelas entidades a quem legalmente caiba fazer indicação ou escolha do funcionário a nomear” (n.ºs 3 e 4.º do § 1 do artigo 20.º).

<sup>1534</sup>. Cfr. Fesas Vital, A situação dos funcionários. Sua natureza jurídica, in Estudos de Direito Público, II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1915, p. 55, e Lições de Direito Administrativo, “segundo as prelecções do Exm.º Sr. Dr. Magalhães Colaço, ao 3.º ano jurídico de 1923-24”, cit., pp. 99 a 102. Expressivamente, a nomeação é referida como: i) o acto de designação em cargo público da autoria de “uma só entidade”, em contraponto à eleição; ii) como adequado a um sistema de administração centralizado; iii) como adequado ao provimento de cargos em que o funcionário não “esteja em contacto directo com o público”, de acordo com cuja orientação tenha que o exercer e, bem assim, adequado ao provimento de cargos que pressuponham um funcionário preparado para o exercício de uma profissão. Cfr., também, pp. 151 e segs.

<sup>1535</sup>. A. L. Guimarães Pedrosa Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo, cit., 293 a 295 e 301.

importar “nulidade no processo disciplinar”. Eram devidos o exercício procedimentalizado da acção disciplinar, a garantia do direito de defesa do funcionário<sup>1536</sup>, com destaque para o direito de ser ouvido, sob pena de “grave abuso de poder”<sup>1537</sup>, dispondo ainda o funcionário da possibilidade de “recurso gracioso e..., nalguns casos, o recurso contencioso”<sup>1538</sup>.

O regime jurídico disciplinar constava do Código Administrativo e das “leis especiais reguladoras dos serviços”. Na “administração civil”, as sanções gerais eram a admoestação, a censura, a suspensão, a transferência e a demissão, tendo ainda previsão legal específica a aplicação da multa, da “redução ou desconto parcial e temporário do vencimento, a preterição na promoção, a descida de classe”. À excepção das duas primeiras, as demais tinham efeitos pecuniários, mesmo a transferência, que podia, segundo Guimarães Pedrosa, “também atingir o efeito de pena pecuniária”<sup>1539</sup>.

Nos finais do constitucionalismo monárquico, os “abusos que se vinham praticando”, segundo Martinho Nobre de Melo, verificavam-se mais “no favoritismo escandaloso na escolha e nas promoções”<sup>1540</sup> e no facto de se terem tornado “um objecto de tráfico eleitoral”<sup>1541</sup> do que “no exercício irregular dos poderes disciplinares”; aduzia a

---

<sup>1536</sup>. A. L. Guimarães Pedrosa Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo, cit., pp. 294 e 301.

<sup>1537</sup>. A. L. Guimarães Pedrosa Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo, cit., p. 301, Lições de Direito Administrativo, “segundo as prelecções do Exm.º Sr. Dr. Magalhães Colaço”, cit., p. 109, e Fausto de Quadros, Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva portuguesa, cit., p. 355 (O Código Administrativo de 1842 fez depender a demissão dos médicos dos partidos municipais da sua audiência prévia e da aprovação do Conselho de Distrito e reservou a competência para a demissão dos escrivães das Câmaras para o Governo, prevendo a respectiva suspensão pelo Governador Civil (respectivamente, artigo 127.º, n.º 6, e artigos 173.º, § 2, e 224.º, n.º 11).

<sup>1538</sup>. A. L. Guimarães Pedrosa Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo, cit., pp. 301 e 302.

<sup>1539</sup>. A. L. Guimarães Pedrosa, Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo, cit., pp. 294 e 295.

<sup>1540</sup>. O Estado dos Funcionários, Estatuto legal, Lisboa, Livraria Ferin, 1914, p. 5. Alberto Xavier também, enfaticamente, escrevia: “O constitucionalismo outorgado era, em princípio, um sofisma grosseiro; e, na prática e nos costumes, uma ficção patente. Quem não possuía certas condições de nascimento e de fortuna, quem não revelava submissão e baixeza no carácter, quem não participava de esta ou daquela clientela favorita das esferas superiores realengas, estava irremediavelmente impossibilitado de aspirar a qualquer função pública.” Cfr. Estatuto dos Funcionários, cit., p. 7.

<sup>1541</sup>. O Estado dos Funcionários, Estatuto legal, cit., p. 50. “A primeira regra da boa administração deve ser pois escolher cidadãos que convenham aos ofícios públicos e não escolher os ofícios públicos que convenham a aqueles” (p. 46). Algumas disposições legislativas tentavam travar a tendência noticiada. Em 1885, relata António Ribeiro da Costa e Almeida, por exemplo, que não podiam os administradores dos concelhos “nomear cabos de polícia quinze dias antes da eleição, sob pena de inabilidade por quatro anos para

necessidade de se serem estritamente definidos “os direitos e os deveres dos funcionários públicos e assim as condições essenciais do seu recrutamento, promoção e disciplina”<sup>1542</sup>; faltava “um estatuto regulador da situação jurídica dos funcionários”<sup>1543</sup>, o qual reputava constituir, na administração da «coisa pública», assunto prioritário, precedente sobre a própria organização dos serviços, os quais, comentava, importar pouco criar ou remodelar, por não existir a “legítima esperança do seu bom desempenho ulterior”<sup>1544</sup>.

### 3. Na primeira república

O “Projecto de lei n.º 3”, base da elaboração da Constituição de 1911, estabeleceu o princípio da responsabilidade<sup>1545</sup>. Com efeito, dispunha o artigo 67.º do projecto: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões que praticarem no exercício das suas funções, e por não tornarem efectivamente responsáveis os seus subalternos”<sup>1546</sup>. O Deputado Matos Cid propôs a eliminação do artigo, por “não considerar constitucional a matéria”, ao que opôs João de Freitas, contra essa eliminação, que “de facto contém em si matéria verdadeiramente constitucional, e considerada como tal em várias Constituições, nomeadamente na Constituição Brasileira”<sup>1547</sup>. Feita a votação foi aprovada a eliminação.

A Constituição de 1911, consagrando, no artigo 3.º, § 30.º (inserto no Título II, sob a epígrafe “Dos Direitos e Garantias individuais”), o direito de todo o cidadão, “sem necessidade de prévia autorização, requerer perante a autoridade competente a

---

cargos públicos”, que os “magistrados administrativos ou judiciais, os empregados administrativos, fiscais de polícia e de justiça” não podiam, “nos círculos em que exercem funções, e onde não forem candidatos, espalharem cartas, proclamações ou manifestações eleitorais, ou angariarem votos”, sob pena de “incorrerem na perda do seu emprego, prisão de um a seis meses, e suspensão de direitos políticos por dois anos” - Elementos de Direito Público e Administrativo Português, Porto, Livraria Portuense, p. 176.

<sup>1542</sup>. O Estado dos Funcionários, Estatuto legal, Lisboa, Livraria Ferin, 1914, p. 5.

<sup>1543</sup>. O Estado dos Funcionários, Estatuto legal, cit., p. 6.

<sup>1544</sup>. O Estado dos Funcionários, Estatuto legal, cit., p. 5.

<sup>1545</sup>. Adoptando idêntico normativo ao do artigo 145.º, § 27, da Carta Constitucional.

<sup>1546</sup>. Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 12.º Sessão, cit., p. 11, Actas citadas, p. 34.

<sup>1547</sup>. E continuou: “Encontra-se igualmente em muitas Constituições, e por isso eu entendo que o seu preceito é de verdadeira matéria constitucional. Nestas condições impõe-se, portanto, conservá-lo, não devendo ser arrancado da nossa Constituição. A meu ver - prosseguiu -, tem-se feito outras eliminações de matéria que evidentemente devia ser considerada constitucional”. Diário, p. 3, in Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911 (De 15 de Junho a 25 de Agosto), Lisboa, Assembleia da República, 1986, p. 486



responsabilidade dos infractores”, excluiu a possibilidade legal de reintrodução da garantia administrativa. Como direitos e garantias dos funcionários prevê a garantia do emprego de “qualquer empregado do Estado, de corpos administrativos ou de companhias que tenham contratos com o Estado”, “durante o serviço militar a que for obrigado”<sup>1548</sup> e o direito de recurso para os tribunais competentes dos actos do Presidente da República relativos ao provimento, praticados sob proposta dos ministros, de “todos os cargos civis e militares”<sup>1549</sup> e à exoneração, suspensão e demissão dos respectivos funcionários<sup>1550</sup>.

O “decreto com força de lei de 6 de Dezembro de 1911” proibiu a greve dos “funcionários, empregados ou assalariados do Estado sob pena de demissão ou despedida de serviço”<sup>1551</sup>, o que não impediu que a mesma se verificasse em 1920<sup>1552</sup>.

Um decreto governamental de 14 de Junho de 1913 dava conta de grande irracionalidade na gestão das relações de trabalho e do escasso controlo da correspondente despesa pública<sup>1553</sup>  
<sup>1554</sup>. Os “funcionários civis”, independentemente da sua denominação, “que, não sendo

---

<sup>1548</sup>. Cfr. artigo 3.º, § 32, da Constituição de 1911.

<sup>1549</sup>. O artigo 1.º da Lei n.º 891, de 22 de Setembro de 1919, especificou competir ao Presidente da República, sem necessária precedência de proposta ministerial, “[n]omear, reintegrar, transferir” os funcionários civis e militares, e bem assim para, para além de demitir ou exonerar, aposentar e reformar (§ 4.º).

<sup>1550</sup>. Cfr. artigo 47.º, § 4: ao Congresso da República competia a criação e supressão de empregos públicos, fixação das “atribuições dos respectivos empregados” e “vencimentos” (artigo 26.º, § 7).

<sup>1551</sup>. Alberto Xavier, *Estatuto dos Funcionários*, cit., p. 42.

<sup>1552</sup>. Alberto Xavier defendia que, não obstante fosse de repudiar a greve, como contrária à natureza da relação de serviço assumida pelo funcionário, a sua punição disciplinar e penal seria pouco eficaz, sendo “um estatuto legal” o “remédio mais eficaz para evitar a greve” (pp. 42 e 43).

<sup>1553</sup>. De modo que o seu artigo 7.º dispunha o seguinte: “A partir do fim do ano económico de 1912-1913 é proibido às repartições e estações competentes, sob pena de responsabilidade civil e criminal dos infractores, incluir nas folhas de vencimentos e ordenar pagamentos a funcionários civis adidos, supranumerários, além dos quadros, extraordinários, adjuntos, de Repartições ou serviços extintos, ou quaisquer outros, sejam quais forem as suas designações, cujos lugares não constem dos quadros que fazem parte das leis especiais ou dos regulamentos fundados em leis especiais e nos termos da Constituição da República.” Considere-se também o que dispunha o artigo 27.º: “É permitido a qualquer funcionário exercer comissões transitórias de serviço público fora do quadro a que pertence mas sem os vencimentos que, pelo lugar do respectivo quadro, perceba.” E ainda o artigo 29.º “Os indivíduos, civis ou militares, que tiverem pensões de aposentação ou reforma e exercerem cargos civis, só poderão perceber estes, além das pensões, o que a estas faltar para perfazer os vencimentos que lhes competirem pelos cargos exercidos, não podendo, em caso algum, perceber mais de 2.000 escudos.”

<sup>1554</sup>. A irracionalidade justificava o apelo reiterado à necessidade de um estatuto dos funcionários, na defesa do qual se registam os nomes de Vicente Ferreira (1912), João de Menezes, Mattos Cid, Eurico de Seabra (1914), Martinho Nobre de Melo (1914) e, bem assim, se regista a sua adopção como causa do Partido Republicano Português (congresso ordinário de 1914) e do Partido Republicano de Reconstituição Nacional,

aposentados”, se encontrassem “fora do exercício das funções, empregos ou serviços públicos pelos quais, percebe[ssem] vencimentos do Estado ou de instituições subsidiadas pelo Estado” foram obrigados a apresentarem-se a junta médica<sup>1555</sup>. Sendo considerados “capazes para o serviço” passavam a designar-se “pessoal em disponibilidade”<sup>1556</sup>. O diploma estabeleceu regras no sentido da definição da sua situação jurídica funcional, o que implicava o desempenho efectivo de serviço e a recusa “a perda definitiva do lugar e dos direitos a ele inerentes, inclusive o da aposentação”<sup>1557</sup>. A não apresentação<sup>1558</sup> do “funcionário em disponibilidade fora do serviço” em organismo em que fosse colocado, importava a sua demissão e a perda do “direito ao abono do mês em que se fize[sse] a colocação”. Sem prejuízo, verificando-se a sua colocação em “serviço diverso daquele para que tiver sido a sua anterior nomeação”, poderia, “dentro de cinco dias da publicação do diploma que o colocou, optar entre a nova situação e a perda de metade do seu ordenado”. Se não aceitasse a colocação em “imediata vaga da sua categoria” que abrisse seria aposentado, “com 50 por cento da pensão a que tiver direito, se reuni[sse] todas as mais condições para a aposentação, mas, se não tiver direito à aposentação, ser[ia] demitido pura e simplesmente<sup>1559</sup>”. “Se o empregado” não tivesse competência para o desempenho do novo lugar, e tal facto “fo[sse] devidamente comprovado pelas informações dos funcionários sob cujas ordens esti[vesse] servindo, ser[ia] imediatamente aposentado ou demitido, conforme as distinções e nos termos” expostos<sup>1560</sup>.

A concepção e o regime jurídico da função pública eram o de um modelo estritamente estatutário e hierarquizado. A relação de serviço, que era também de imediação orgânica, entendia-se ser constituída por vontade exclusiva do Estado<sup>1561</sup>, não sendo a aceitação do

---

num manifesto, a 2 de Junho de 1921, redigido por Alberto Xavier. Cfr. Alberto Xavier, *Estatuto dos Funcionários*, cit., pp. 67 a 69.

<sup>1555</sup>. Cfr. artigo 1.º do Decreto de 14 de Junho de 1913.

<sup>1556</sup>. Cfr. artigo 6.º do Decreto de 14 de Junho de 1913.

<sup>1557</sup>. Cfr. artigo 16.º do Decreto de 14 de Junho de 1913.

<sup>1558</sup>. Para “tomar posse dentro de vinte dias da publicação do respectivo diploma”.

<sup>1559</sup>. Cfr. artigo 21.º, corpo do preceito e §§ 1 e 2, do Decreto de 14 de Junho de 1913.

<sup>1560</sup>. Cfr. artigo 21.º, § 3, do Decreto de 14 de Junho de 1913.

<sup>1561</sup>. Independentemente da constituição da relação de trabalho por acto unilateral ou contrato, o seu conteúdo há-de resultar da lei e não da “vontade pessoal do funcionário”, advogava Martinho Nobre de Melo, circunscrevendo a respectiva “manifestação de vontade” à sua aceitação ou recusa (O Estado dos

funcionário senão “um complemento moral da sua instituição, mas nada mais” (Martinho Nobre de Melo). A prescindibilidade da vontade do particular tornava possível – explicava - que pudesse a nomeação, uma vez “feita”, ser revogada sem “qualquer espécie de indemnização”, que pudesse a Administração, sem mais, quando desnecessários, “suprimir os cargos respectivos, despedindo os funcionários que os ocupam”<sup>1562</sup> e restringir a sua liberdade de pública opinião, com a aplicação de sanção disciplinar que podia ir até à demissão<sup>1563</sup>.

Na mesma linha, o Regulamento disciplinar dos funcionários civis de 22 de Fevereiro de 1913, afirma, no seu preceito inicial<sup>1564</sup>, que a acção disciplinar “pertence exclusivamente ao Poder Executivo”, desenha uma organização hierarquizada do seu exercício<sup>1565</sup>. A disciplina, de par com a hierarquia, é referenciada como um elemento estruturante da função pública e correspondente às exigências do serviço público<sup>1566</sup>. Não tem uma natureza contratual, mas é “unilateral e autoritariamente imposta”<sup>1567</sup>, tal como a situação jurídica (estatutária) do funcionário é legal e regulamentarmente definida<sup>1568</sup>, ordenando-se

---

Funcionários, cit., pp. 6 a 8).

<sup>1562</sup>. Martinho Nobre de Melo, O Estado dos Funcionários, Estatuto legal, cit., pp. 21 a 24, e Lições de Direito Administrativo, “segundo as prelecções do Exm.º Sr. Dr. Magalhães Colaço, ao 3.º ano jurídico de 1923-24, ...”, cit., p. 164.

<sup>1563</sup>. Martinho Nobre de Melo, defendendo embora o direito de opinião, designadamente política, dos funcionários públicos, entendia que os interesses da administração, que correspondem, notava, em última análise ao interesse colectivo, justificavam que lhes fosse negado “o direito de públicas manifestações de hostilidade ao regime, devendo ser estas reprimidas com penas disciplinares que podem ir até à demissão, o que encontrava acolhimento no artigo 18.º, *in fine*, e no artigo 19.º do referido Regulamento disciplinar”. Cfr. O Estado dos Funcionários, Estatuto legal, cit., p. 118.

<sup>1564</sup>. Na primeira das cinco partes em que se divide.

<sup>1565</sup>. Cfr. artigo 1.º, bem como, por exemplo, o artigo 5.º, §§ 1 e 2, e o artigo 10.º (: “As penas de advertência e de repreensão verbal ou por escrito são da competência dos empregados superiores, em relação aos inferiores, em toda a escala hierárquica, por leves faltas de disciplina ou de serviço.”).

<sup>1566</sup>. O serviço público é definido como aquele que é “organizado e fiscalizado pelos governantes”, segundo princípios e regras especiais, para a satisfação de necessidades colectivas de forma regular e contínua. Cfr. Fesas Vital, A situação dos funcionários (Sua natureza jurídica), Estudos de Direito Público, II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1915, pp. 59 a 70, pp. 74 a 81 e p. 156.

<sup>1567</sup>. Fesas Vital, A situação dos funcionários (Sua natureza jurídica), cit., p. 92. No mesmo sentido, Alberto Xavier, Estatuto dos Funcionários, cit., p. 21.

<sup>1568</sup>. Fesas Vital, A situação dos funcionários (Sua natureza jurídica), cit., pp. 113 e 114, pp. 155 a 158. O funcionário não é reconhecido ter um direito à demissão, pois ao demitir-se está a renunciar “ao exercício dos poderes” de que dispõe por força da sua qualidade e “ao cumprimento dos deveres dos funcionários” legalmente impostos. A demissão depende sempre da vontade da administração: “só se realiza quando é aceita pela administração” (p. 115).

“as garantias [que lhe] são concedidas [a] assegurar o funcionamento livre e independente da função”<sup>1569</sup>. Os funcionários<sup>1570</sup> tinham, dessa forma, o dever de se absterem de praticar qualquer acto que prejudique o seu funcionamento regular e contínuo, estando, designadamente, proibidos de fazer greve<sup>1571</sup> e de exercer o direito de associação<sup>1572</sup>.

O Regulamento disciplinar de 1913, decretado pelo Presidente da República, “dando cumprimento à lei de 11 de Julho de 1912”, “sobre proposta dos Ministros de todas as Repartições”<sup>1573</sup>, constituiu um passo significativo na evolução do regime jurídico disciplinar<sup>1574</sup>. O Regulamento definiu um regime geral, prevalecente sobre os “regulamentos disciplinares” específicos<sup>1575</sup>, sendo visto como uma garantia fundamental contra o arbítrio<sup>1576</sup>. É, porém, censurado por Alberto Xavier, dizendo que o mesmo

---

<sup>1569</sup>. Fesas Vital, A situação dos funcionários (Sua natureza jurídica), cit., p. 127. De igual modo o vencimento não é qualificado como salário. Trata-se, fundamentalmente, de “fornecer ao agente os meios necessários à manutenção dum estado correspondente à sua categoria profissional” e, dessa feita, assegurar a dignidade da função. Cfr. A situação dos funcionários (Sua natureza jurídica), cit., pp. 133 e 134.

<sup>1570</sup>. Para Fesas Vital, os “agentes dum serviço público” que participam no seu funcionamento “duma maneira normal”, ainda que transitória e ainda que obrigatoriamente, ocupando um “emprego permanente” (carácter permanente das funções exercidas) - A situação dos funcionários (Sua natureza jurídica), cit., pp. 59 a 70, pp. 74 a 81 e p. 156.

<sup>1571</sup>. Ver Fesas Vital, A situação dos funcionários (Sua natureza jurídica), cit., pp. 59 a 70, pp. 74 a 81 e p. 156. O autor entende que a greve deve ser negada, quer aos funcionários dos serviços de que o público pode aproveitar directa e imediatamente, quer os «serviços-meios», estes até por maioria de razão por condicionarem a regularidade e o funcionamento dos primeiros (pp. 69 e 70).

<sup>1572</sup>. Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, A Função Pública Portuguesa. Estatuto Novo ou Nova Política?, cit., p. 65.

<sup>1573</sup>. Ao abrigo do artigo 47.º, n.º 3, da Constituição de 1911, de acordo com o qual competia ao Presidente da República “[p]romulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso, expedindo decretos, instruções e regulamentos adequados à boa execução das mesmas”.

<sup>1574</sup>. O Regulamento definiu, segundo Marcello Caetano, um regime jurídico consistente do exercício do poder disciplinar. Cfr. Do Poder Disciplinar, cit., pp. 165 a 167.

<sup>1575</sup>. Cfr. artigo 1.º, §§ 1 e 2, do Regulamento, e Acórdão do STA de 2 de Fevereiro de 1993, processo n.º 02279, JSTA00036651, SA119930202029972 (: O regulamento disciplinar aplicável ao pessoal da C.G.D. é o Regulamento Disciplinar de 22-2-1913, o vigente, na altura, para a Função Pública, pois era o que, de acordo com o Dec. 8162, de 29-5-1922, o primitivo regulamento da C.G.D.C.P., era o aplicável, em matéria disciplinar, aos funcionários civis, não obstante as ulteriores e sucessivas alterações do regime equivalente para a Função Pública.”).

<sup>1576</sup>. Ludgero Neves, nas Lições ao Curso de 1916-1917, refere-se aos “regulamentos disciplinares”, de par com a “fiscalização hierárquica”, como uma garantia contra o arbítrio dos agentes, cuja intervenção reputa mais perigosa do que a dos governantes (que “deverão sempre empregar a sua força dum modo abstracto e geral” (Direito Administrativo, cit., p. 101), por ser directa, concreta e individual. Cfr. Direito Administrativo, cit., pp. 101 e 102.

“funda-se em bases condenáveis, algumas contrárias ao direito”<sup>1577</sup>. A disciplina é, pelo mesmo, identificada como “a sanção do poder de dar ordens, de inspecionar e de fiscalizar a gestão dos serviços que pertence à administração superior sobre os funcionários subordinados para garantir o cumprimento das suas obrigações”<sup>1578</sup>. Funda-se na necessidade de “conseguir a ordem e a justiça na administração dos serviços públicos” e visa, quer a defesa deste “contra as faltas do funcionário”, quer a segurança deste “contra os abusos dos chefes hierárquicos”<sup>1579</sup>. Ora, o Regulamento disciplinar de 1913 não acolhia, adequadamente, segundo o autor, a tendência do Direito público e da “legislação dos povos modernos” para “acautelar com garantias e regras iniludíveis o exercício do poder disciplinar”<sup>1580</sup>.

Vejamos alguns traços do regime constante do Regulamento disciplinar dos funcionários civis de 1913:

- a) Foram criados os conselhos de disciplina (constituindo a segunda parte do diploma, com a epígrafe “Dos conselhos disciplinares”)<sup>1581</sup>, um por Ministério e um por direcção-geral, constituídos, respectivamente, em regra, pelo secretário-geral, que preside, e dois directores-gerais e pelo director-geral, que preside, e “por dois dos seus imediatos subordinados, nomeados anualmente pelo Ministro”<sup>1582</sup>. Sempre que o ministro exercesse a sua competência disciplinar, “directamente, ou por via de recurso”, tinha que ouvir o respectivo conselho disciplinar e caso decidisse contra o parecer emitido deveria fundamentar a decisão, havendo, neste caso, publicação no Diário do Governo da mesma decisão e do parecer<sup>1583</sup>. O director-geral, que tinha competência

---

<sup>1577</sup>. Estatuto dos Funcionários, cit., p. 72.

<sup>1578</sup>. Alberto Xavier, Estatuto dos Funcionários, cit., p. 20.

<sup>1579</sup>. Alberto Xavier, Estatuto dos Funcionários, cit., p. 20.

<sup>1580</sup>. Alberto Xavier, Estatuto dos Funcionários, cit., pp. 20 e 21.

<sup>1581</sup>. Alberto Xavier, que considera que o “regulamento disciplinar dos funcionários civis aprovado por decreto de 22 de Fevereiro de 1913”, é “um diploma incompleto e imperfeito”, destaca como positivo o facto de ter instituído os conselhos disciplinares, dessa forma se limitando, diz, “a acção onipotente dos chefes hierárquicos”. Cfr. Estatuto dos Funcionários (Justificação Jurídico-Política da Questão e Projecto de Lei), cit., p. 22.

<sup>1582</sup>. Cfr. artigos 2.º a 4.º do Regulamento disciplinar de 1913. Alberto Xavier identifica como um dos factores da sua “organização ... defeituosa” o facto de deles poderem fazer “parte os chefes do funcionário arguido”. Cfr. Estatuto dos Funcionários, cit., pp. 22 e 23.

<sup>1583</sup>. Cfr. artigo 14.º do Regulamento de 1913.

para aplicar as sanções disciplinares da advertência, repreensão verbal ou por escrito, repreensão publicada em ordem de serviço ou no Diário do Governo, multa até quinze dias de vencimento, e suspensão do exercício e vencimento de cinco até trinta dias, só podia aplicar esta última “depois de ouvido o conselho disciplinar da sua direcção”<sup>1584</sup>. A audição do conselho disciplinar, após ser “proposta a pena”, constitui uma formalidade essencial, implicando a inobservância do parecer a fundamentação da divergência pelo órgão decisor<sup>1585</sup>. No entanto, a notícia que é dada destes conselhos disciplinares é a de que não terão funcionado “segundo as melhores regras de eficiência, nem de harmonia com as exigências da justiça”<sup>1586</sup>.

- b) No plano do princípio da legalidade, é destacado que o Regulamento disciplinar estabeleceu relações de correspondência entre as infracções, embora estas não tivessem carácter exaustivo, e as “penas disciplinares” superiores à multa<sup>1587</sup> e que acolheu o princípio da legalidade sancionatória<sup>1588</sup>, de acordo com o qual “não é permitida a aplicação de qualquer pena que não esteja indicada na lei”<sup>1589</sup>. O Regulamento contém um elenco de sanções disciplinares e especifica os respectivos efeitos jurídicos<sup>1590</sup>. No entanto, dado o seu enunciado aberto, funcionam como “directrizes, de ordem genérica, relativamente à aplicação de umas ou de outras sanções”, entendendo-se que aos “órgãos com competência disciplinar... lhes é permitido escolher a pena adequada a cada um dos casos submetidos à sua apreciação”<sup>1591</sup>. Na determinação da mesma,

<sup>1584</sup>. Cfr. artigo 14.º do Regulamento de 1913.

<sup>1585</sup>. Lições de Direito Administrativo, “segundo as prelecções do Exm.º Sr. Dr. Magalhães Colaço, ao 3.º ano jurídico de 1923-24”, cit., pp. 191 e 192.

<sup>1586</sup>. Cfr. Fausto de Quadros, Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa, cit., p. 478, e artigo 2.º do Regulamento Disciplinar dos funcionários civis, de 21 de Fevereiro de 1913.

<sup>1587</sup>. Cfr. artigos 17.º a 20.º do Regulamento disciplinar.

<sup>1588</sup>. Fausto de Quadros, Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa, cit., p. 356.

<sup>1589</sup>. Só as sanções que estão designadas nas respectivas escalas disciplinares, ou em outras disposições legais (entre estas, incluem-se disposições do Decreto n.º 19.468, de 16 de Março de 1931, do Decreto n.º 23.203, de 6 de Novembro de 1933, e Decreto n.º 25.317, de 13 de Maio de 1935, para além do artigo 490.º do Código Administrativo, aplicável aos designados “funcionários administrativos”) são susceptíveis de ser aplicadas aos funcionários públicos” (Lopes Navarro, Funcionários Públicos, cit., p. 232).

<sup>1590</sup>. Cfr. artigos 6.º do Regulamento disciplinar.

<sup>1591</sup>. Lopes Navarro, Funcionários Públicos, cit., p. 232. Embora seja “mais casuístico quanto à determinação prévia das penas” a “designação [“incompleta”] das infracções” permite “uma grande margem

atende-se, em primeira linha, à sanção prevista nos preceitos legais para as infracções enunciadas, sendo, depois, a graduação aferida “livremente em harmonia com as circunstâncias que concorrem no agente ou na prática da infracção”<sup>1592</sup>. Na falta da respectiva previsão, as infracções “são punidas em proporção da sua gravidade, ou do dano por elas causado, como dispõe o art. 23 do Regulamento de 1913”<sup>1593</sup>.

O artigo 23.º é enfático na demonstração da ausência de tipicidade, quando dispõe que “[a]s infracções não especificadas nos artigos antecedentes serão punidas do mesmo modo e em proporção da sua gravidade ou do dano por elas causado”. Deste modo, refere Lopes Navarro que os “órgãos com competência disciplinar qualificam livremente os factos submetidos à sua apreciação, consideram como falta disciplinar todo o acto ou omissão que constitua, segundo o seu critério, uma infracção àqueles deveres. A falta disciplinar não está, portanto, sujeita ao princípio da determinação prévia”<sup>1594</sup>. A norma do citado artigo 23.º veio, assim, a ser julgada inconstitucional por violação do “princípio – que se extrai das disposições conjugadas dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, 29.º, n.º 1, 47.º, n.ºs 1 e 2, 53.º e 266.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição – segundo o qual as normas de direito disciplinar que prevejam medidas expulsivas (*maxime*, a pena de demissão) têm que conter um grau de precisão tal que permita identificar o tipo de comportamentos a que elas podem aplicar-se”<sup>1595</sup>.

- c) O conceito adoptado de infracção disciplinar inclui, por um lado, “todo” o facto (“acto ou omissão”) contrário “aos deveres profissionais do funcionário” – os diplomas subsequentes abandonam o advérbio “todo” – “e [, por outro lado,] “designadamente a prática de actos de manifesta hostilidade contra a República ou ofensivos, a inobservância das disposições legais e das ordens a que estiver sujeito o serviço público respectivo e, em geral, qualquer acto ou omissão disciplinarmente punido por este

---

ao prudente arbítrio das entidades com poderes disciplinares” (p. 233).

<sup>1592</sup>. Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, cit., p. 232.

<sup>1593</sup>. Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, cit., p. 233.

<sup>1594</sup>. *Funcionários Públicos*, cit., p. 220, e *Lições de Direito Administrativo*, “segundo as prelecções do Exm.º Sr. Dr. Magalhães Colaço”, cit., p. 190 (“Isto é uma reminiscência daquilo que se chama o arbítrio do direito administrativo.”).

<sup>1595</sup>. Acórdão n.º 666/94, Processo n.º 307/91, de 14 de Dezembro de 1994, p. 8, in [www.tribunalconstitucional.pt/acordaos/19940666.html?impressao=1](http://www.tribunalconstitucional.pt/acordaos/19940666.html?impressao=1).

regulamento”<sup>1596</sup>.

O conceito de infracção desconsidera o elemento subjectivo da culpa<sup>1597</sup>. Abrange condutas extra-funcionais<sup>1598</sup> e infracções “ao dever de boa conduta particular”<sup>1599</sup>. Os deveres do funcionário dizia-se que se resumiam ao “cumprimento rigoroso de todas as obrigações do seu cargo”. Na verdade, acrescentava-se que o funcionário tinha que “acatar certas normas relativas à sua conduta política profissional e ainda quanto à sua conduta privada”, esta última, devendo “ser objecto de repressão disciplinar”, porque, de outra forma, dizia-se, “faltaria ao funcionário, muitas vezes, autoridade para se impor perante os cidadãos”<sup>1600</sup>.

- d) A determinação concreta da sanção a aplicar é parametrizada pelo princípio da proporcionalidade, segundo os critérios da gravidade da infracção – aferida pela acção ou omissão em si e pelas circunstâncias qualificadas pela lei como agravantes ou atenuantes da infracção, consideradas ambas não taxativas<sup>1601</sup> – e do prejuízo por ela causado<sup>1602</sup>.
- e) A jurisprudência administrativa, em alguns “decretos sob consulta”, foi afirmando a necessidade de as decisões disciplinares punitivas serem precedidas de procedimento

---

<sup>1596</sup>. Cfr. artigo 5.º do Regulamento disciplinar de 1913. O artigo 5.º foi objecto de crítica: a) a de que “define mal, e de uma forma redundante, a infracção disciplinar” (Alberto Xavier, Estatuto dos Funcionários, cit., p. 22); b) a de que “[o]nde está a palavra «geral», deveria ler-se a palavra «especial», porque na primeira parte do artigo é que se vê a parte genérica”; c) a de pelo “artigo 18.º vê-se que é uma falta de disciplina o não cumprimento das ordens e a desobediência aos superiores” (Lições de Direito Administrativo, “segundo as prelecções do Exm.º Sr. Dr. Magalhães Colaço, ao 3.º ano jurídico de 1923-24”, cit., p. 177). Lopes Navarro parece qualificar a infracção disciplinar como uma infracção de resultado. Com efeito, definia-a como “todo o acto ou omissão contrárias às obrigações dos funcionários, que *afectem directa ou indirectamente o funcionamento do serviço público*” (Funcionários Públicos, cit., p. 220, itálico nosso).

<sup>1597</sup>. Lopes Navarro, Funcionários Públicos, cit., p. 234.

<sup>1598</sup>. Cfr. artigo 5.º do Regulamento disciplinar de 1913.

<sup>1599</sup>. “As infracções respeitantes ao dever de boa conduta particular são punidas disciplinarmente”, afirmava Lopes Navarro, em 1940, alicerçando a afirmação, não só no artigo 5.º, no artigo 1.º do Decreto n.º 19.468, de 16 de Março de 1931, e no artigo 485.º do Código Administrativo, mas também “no dever de fidelidade” aos interesses do serviço público (Funcionários Públicos, cit., p. 219).

<sup>1600</sup>. Lições de Direito Administrativo, “segundo as prelecções do Exm.º Sr. Dr. Magalhães Collaço, ao 3.º ano jurídico de 1923-24”, cit., p. 166.

<sup>1601</sup>. “O artigo 7.º não diz que são apenas essas as circunstâncias agravantes e o art. 23.º, mandando atender à gravidade da infracção, não estabelece qualquer restrição acerca das circunstâncias que para esse efeito devem ser tomadas em conta” (Lopes Navarro, Funcionários Públicos, cit., pp. 233 e 234).

<sup>1602</sup>. Cfr. artigos 7.º, 8.º, 21.º e 23.º do Regulamento disciplinar de 1913.



disciplinar e de audiência do arguido<sup>1603</sup>. Nesta linha, Regulamento disciplinar de 1913 estabelece a obrigatoriedade de processo disciplinar, salvo quanto às sanções da advertência e da repreensão verbal ou por escrito<sup>1604</sup>, e, com a excepção da infracção disciplinar por abandono do lugar, a obrigatoriedade de o funcionário ser ouvido, devendo a “audiência prévia” ser feita “por escrito e com exame do processo”, no caso da sanção disciplinar aplicável ser a de “suspensão do exercício e vencimento de mais de trinta dias” ou superior<sup>1605</sup>.

Em 1914, Martinho Nobre de Melo advertia contra os «males» resultantes da falta do advogado no “estatuto regulador da situação jurídica dos funcionários”<sup>1606</sup>.

- f) O Regulamento Disciplinar de 1913 não contém qualquer referência à prescrição. Considerava-se, não obstante, aplicável o disposto no Código Administrativo, que fixava o prazo de cinco anos, exceptuando a aplicação dos prazos do procedimento criminal, se a infracção disciplinar constituísse também crime, e determinadas infracções, que previa serem imprescritíveis.
- g) Quanto à prescrição das sanções, na falta de qualquer referência normativa, o entendimento era o de que se devia estabelecer “uma equivalência entre as penas disciplinares e as criminais para efeitos da contagem dos respectivos prazos”<sup>1607</sup>.
- h) A separação entre entidade com competência para instaurar processo disciplinar, para o instruir e para o decidir não é legalmente exigida: o “processo disciplinar é instaurado por despacho da autoridade que tem competência disciplinar sobre o arguido, e que nomeará logo, sendo necessário, um sindicante, funcionário da sua confiança e de categoria ou antiguidade superior à do arguido”<sup>1608</sup>; “[a]ssim instruído, o processo será

---

<sup>1603</sup>. Fausto de Quadros, Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa, cit., pp. 516 e 517.

<sup>1604</sup>. Cfr. artigo 30.º do Regulamento disciplinar. Eram aplicáveis “por leves faltas de disciplina ou de serviço”, pelos “empregados superiores, em relação aos seus inferiores, em toda a escala hierárquica” (artigo 10.º).

<sup>1605</sup>. Cfr. artigos 6.º a 9.º e 32.º do Regulamento. O diploma circunscreve o exame do processo, de apresentação por escrito da defesa e de requerimento de diligências de prova ao procedimento por infracção passível de alguma dessas sanções.

<sup>1606</sup>. Cfr. Fesas Vital, A situação dos funcionários (Sua natureza jurídica), cit., pp. 162 a 164.

<sup>1607</sup>. Funcionários Públicos, cit., p. 240.

<sup>1608</sup>. Cfr. artigo 31.º do Regulamento disciplinar.

entregue à autoridade competente para decidir”<sup>1609</sup>; “[n]o caso de não ser nomeado sindicante, por desnecessário, esta autoridade procederá por si à instrução e decisão do processo, simplificando e abreviando os seus trâmites”<sup>1610</sup>.

- i) Instaurado processo disciplinar, independentemente da infracção ou infracções indiciada(s), o “funcionário implicado” podia ser suspenso do exercício de funções (“desligado do serviço”), deixando de receber parte ou a totalidade do vencimento “enquanto durar a instrução, ou até julgamento final”, sem prejuízo da sua reparação, confirmação ou consideração na decisão final do processo<sup>1611</sup>.
- j) O diploma estabelece a independência entre procedimento disciplinar e processo criminal relativos a acto e omissão que constituíssem infracção disciplinar e crime, sem prejuízo da prevalência das “consequências disciplinares mais graves deste último” (artigo 5.º, § 3<sup>1612</sup>, e artigo 22.º<sup>1613</sup>). Admitidas a “liberdade de apreciação” e a coexistência de condenações “em consequência da prática de uma única infracção” afirmava-se que a responsabilidade disciplinar era “inteiramente distinta da responsabilidade criminal” e que a cumulação não colidia com a “regra de *non bis in idem*”<sup>1614</sup>.
- l) A “acumulação de sanções” disciplinares, embora vedada por aquela regra, acolhida no

---

<sup>1609</sup>. Cfr. artigo 34.º do Regulamento disciplinar.

<sup>1610</sup>. Cfr. artigo 23.º, § único, do Regulamento disciplinar.

<sup>1611</sup>. Cfr. artigo 37.º, corpo do artigo e § único do Regulamento.

Se fosse pronunciado, com trânsito em julgado, pelo crime enunciado no § único do artigo 71.º do Código Penal, era suspenso do “exercício e vencimento” (cfr. artigo 38.º do Regulamento disciplinar).

<sup>1612</sup>. Escreve Alberto Xavier: “Este preceito, como se vê, é draconiano e monstruoso, contrário ao princípio de equidade e de justiça. Não é admissível que um indivíduo seja objecto de duas repressões. Se o funcionário perseguido criminalmente é absolvido não é lógico que contra ele se promova ou prossiga a acção disciplinar pelo mesmo facto. // Este progresso no direito de repressão disciplinar só será possível quando esta se jurisdicionalizar, *confundindo-se com a repressão penal*.” Cfr. Estatuto dos Funcionários, cit., p. 23 (itálico nosso).

<sup>1613</sup>. Cfr. artigo 22.º do Regulamento e Alberto Xavier, idem, p. 23 (: “Subsistem em vigor as disposições do Código Penal quanto à demissão ou suspensão por efeito da pena sofrida nos tribunais criminais competentes, as dos artigos 17.º a 19.º da lei de 23 de Outubro de 1911 e quaisquer outras disposições de lei especiais.”).

<sup>1614</sup>. Lopes Navarro, Funcionários Públicos, cit., pp. 218, 219, 236 e 241, e Lições de Direito Administrativo, “segundo as prelecções do Exm.º Sr. Dr. Magalhães Colaço, ao 3.º ano jurídico de 1923-24”, cit., p. 204.

Direito disciplinar, era aceite nalguns casos, ditos como não contrários àquela<sup>1615</sup>.

- m) O Regulamento Disciplinar de 1913 alargou a possibilidade de revogação da decisão punitiva, para além da possibilidade de revisão, a todo o tempo, do procedimento disciplinar, com fundamento na inocência do arguido<sup>1616</sup>.
- n) Os recursos (administrativo e judicial) interpostos de decisão disciplinar não tinham efeito suspensivo<sup>1617</sup>.
- o) O tribunal, dizia-se, “intervém naquilo que pode apreciar, se houve ou não violação da regra de direito”, mas não “se o facto x merece ou não a pena y”, porque “[a]quilo que se chama a acção discricionária da administração não pode ter a intervenção do tribunal”<sup>1618</sup>.

Por decreto de 2 de Maio de 1913 foi aprovado um novo Regulamento disciplinar do exército<sup>1619</sup>, que manteve as características do regime jurídico anterior da disciplina militar<sup>1620</sup>. A secção V do capítulo III (“Penas disciplinares e sua execução”) disponha

---

<sup>1615</sup>. “Há infracções – escrevia Lopes Navarro – que podem ser punidas com mais de uma sanção, como acontece com aquelas a que se refere o art. 1.º, n.º 3, do Dec. n.º 19.468, de 16 de Março de 1931 – acumulação da aposentação obrigatória com outra pena – e pode até ... uma pena ser aplicada como efeito necessário de outra. Mas esta acumulação de sanções, em tais circunstâncias, não constitui inobservância da conhecida regra *non bis in idem*.” Cfr. Funcionários Públicos, cit., p. 235.

<sup>1616</sup>. Fausto de Quadros, Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa, cit., p. 356.

<sup>1617</sup>. Cfr. artigo 16.º do Regulamento disciplinar.

<sup>1618</sup>. Lições de Direito Administrativo, “segundo as preleções do Exm.º Sr. Dr. Magalhães Colaço, ao 3.º ano jurídico de 1923-24”, cit., p. 192.

<sup>1619</sup>. In Diário do Governo, n.º 113, de 16 de Maio de 1913.

<sup>1620</sup>. Entre estas características, destacam-se as seguintes: (1) Uma ampla enunciação dos deveres e a delimitação genérica de infracção disciplinar (artigos 4.º e 5.º do Regulamento disciplinar do exército, de 2 de Maio de 1913). (2) Variação das sanções em função das categorias dos militares (artigos 7.º a 30.º do Regulamento disciplinar do exército, de 2 de Maio de 1913). (3) A previsão de algumas, poucas, garantias substantivas (a proporcionalidade das punições – artigos 78.º e 80.º -, a proibição de “aplicação de duas ou mais penas pela mesma infracção” – artigo 77.º). (4) A não separação entre deveres funcionais e vida privada do agente (v.g., artigo 91.º, 2.º, alínea a): “O conselho superior de disciplina do exército é convocado pelo Ministro da Guerra, e tem por atribuições: // 2.º Julgar da incapacidade moral dos oficiais do exército por algum dos motivos que se seguem: a) // Procedimento escandaloso, com inobservância dos preceitos essenciais da moral e da honra, ou dos deveres de família”). Destacam-se, no entanto, como aspectos novos: i) o reforço, em certa medida, de algumas garantias procedimentais, como, por exemplo, o “superior deve, sempre que for possível, ouvir o inferior antes de lhe aplicar qualquer punição” (artigo 74.º); ii) a prescrição do procedimento disciplinar “passados seis meses desde o dia em que a infracção foi cometida, excepto quando esse procedimento for resultante de auto de corpo de delito” (artigo 147.º); iii) a previsão da possibilidade de realização de averiguação prévia à decisão punitiva, sujeita a certas garantias (artigo 148.º); iv) e de garantias impugnatórias, constituídas pela reclamação e recurso hierárquico, para além do direito de queixa (artigos 111.º a 119.º); v) O Conselho superior de disciplina do exército vê alargada a sua intervenção;

sobre as “penas aplicáveis aos indivíduos não militares nem equiparados a militares”, “contratados ou constrangidos a fazer parte do exército ou dum corpo ou destacamento de tropa”, que, com o novo diploma, passavam a ser a admoestação, a repreensão, a multa, a suspensão e o despedimento do serviço<sup>1621</sup>.

“Para os casos disciplinares de carácter político, foram em 1919 publicados dois decretos, n.ºs 5203 e 5363 pelos quais foi suprimido todo o direito de recurso das decisões competentes”, afastando as “garantias do diploma regulamentar de 22 de Fevereiro de 1913”, ao lado do qual eram referenciados, em 1924, como “uma página verdadeiramente negra”<sup>1622</sup>.

Em 21 de Outubro de 1921, foi reintroduzida, de forma geral, a garantia administrativa (Decreto n.º 17.498)<sup>1623</sup>.

Em Julho de 1922, foi apresentado, na “sala das Sessões da Câmara dos Deputados”, um projecto de “estatuto dos funcionários”. O estatuto foi justificado pelo “interesse do serviço público” e, mediatemente, como aproveitando também aos funcionários<sup>1624 1625</sup>.

Em 1 de Dezembro de 1925, pelo Decreto n.º 11:311, é aprovado novo “regulamento de

---

dilui-se a sua intervenção no campo disciplinar, para surgir mais como órgão de julgamento da conduta moral e do perfil e capacidade profissionais dos militares (artigo 91.º). Uma das suas específicas competências é a de “[f]uncionar como um tribunal de honra” (artigo 91.º, 4.º).

<sup>1621</sup>. Cfr. artigos 31.º a 36.º do Regulamento disciplinar de 1913.

<sup>1622</sup>. Lições de Direito Administrativo, “segundo as prelecções do Exm.º Sr. Dr. Magalhães Colaço, ao 3.º ano jurídico de 1923-24”, cit., pp. 176 e 196.

<sup>1623</sup>. Reafirmada pelo Decreto n.º 21.881, de 19 de Novembro de 1932, à mesma se referindo igualmente os artigos 81.º, 229.º e 335.º do Código Administrativo. Ver Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, cit., pp. 212 a 214. Nos termos do Código Administrativo, abrangia somente o procedimento criminal, gozando dessa protecção os governadores civis, os presidentes das câmaras municipais, os comandantes distritais e de secção da Polícia de Segurança Pública, os delegados especiais do Governo com atribuições policiais, os regedores, os cabos de ordem e os cabos de polícia das freguesias. Ver, também, Lições de Direito Administrativo, “segundo as prelecções do Exm.º Sr. Dr. Magalhães Colaço, ao 3.º ano jurídico de 1923-24”, cit., p. 107.

<sup>1624</sup>. Alberto Xavier, *Estatuto dos Funcionários*, cit., pp. 6, 7 e 65 a 67. Alberto Xavier relata que, “[a]pós mais de onze anos de vigência do regime republicano, [era] doloroso reconhecer que tendo ... pretendido ser os apóstolos de justiça e de direito, na realidade, ... t[í]nham] ... erigido o favor e a intriga em sistema de governo. As funções públicas, instituídas para o bem-estar e prosperidade da nação, ... as t[í]nham] ... convertido em objecto de tráfico e de corrupção entre os senadores, os deputados, os influentes eleitorais, os ministros e os demais representantes de poder” (p. 7).

<sup>1625</sup>. Os funcionários, providos por “actos unilaterais”, dispunham de “certas garantias no interesse da função, destinadas a protegê-los contra os actos arbitrários da autoridade investida do poder de nomear, promover e demitir”. Cfr. Alberto Xavier, *Estatuto dos Funcionários*, cit., p. 13.

disciplina militar”<sup>1626</sup>. No primeiro parágrafo do seu preâmbulo, é referida a necessidade “urgente” de “regular, segundo o moderno critério da equidade e as actuais exigências da disciplina, não só a repressão das infracções dos deveres militares, atenuando as penas quer na duração quer nos efeitos, como também a concessão das recompensas, ampliando-as” e pela conveniência de “harmonizar os seus preceitos com o espírito que presidiu à elaboração do novo Código de Justiça Militar, reunindo num só diploma, comum ao exército e à armada, as respectivas disposições”. É, em geral, uma linha de continuidade face ao anterior, de 1913. Funcionalizou, não obstante, o conceito de disciplina, que define como a “exacta observância das leis e regulamentos militares e das determinações que deles derivam” e já não como “o laço moral que liga entre si os diferentes graus da hierarquia militar; [que] nasce da dedicação pelo dever, e consiste na estrita e pontual observância das leis e regulamentos militares”, segundo o Regulamento de 1913<sup>1627</sup>. Alargou as garantias procedimentos da aplicação das sanções disciplinares, de que se destacam: i) o dever de audição do visado, sempre que fosse possível, “acerca da falta e dos motivos que a originaram”, devendo ser registada a audiência sempre que não fosse efectuada pelo órgão decisor; ii) o dever de “[v]erificar as alegações do infractor relativas à falta cometida e os motivos desta”; iii) e o dever de “[a]preciar com inteira justiça e imparcialidade as faltas cometidas e suas circunstâncias, abstendo-se sempre de rigores excessivos, que, longe de excitarem, enfraquecem o sentimento do dever, base da subordinação e da disciplina”, referia o diploma<sup>1628</sup>.

Tal como o seu antecessor, dispunha sobre as “penas aplicáveis aos indivíduos não militares nem equiparados a militares empregados em repartições ou estabelecimentos dependentes do Ministério da Guerra ou da Marinha”, mantendo as da admoestação, a repreensão, a multa, a suspensão e o despedimento do serviço. Para os “indivíduos que em circunstâncias extraordinárias fo[ss]em contratados ou constrangidos a prestar serviço no exército ou na armada” previa a aplicação das penas de admoestação, repreensão, multa e

---

<sup>1626</sup>. In Colecção Oficial de Legislação Portuguesa, publicada no ano de 1925, segundo semestre, Imprensa Nacional, Lisboa, 1928.

<sup>1627</sup>. Cfr. artigo 1.º de ambos os diplomas.

<sup>1628</sup>. Cfr. artigo 111.º do Regulamento de disciplina militar de 1925.

prisão<sup>1629</sup>.

#### 4. Na segunda república

Após o esboço inicial de tendência de “descentralização regional” e de “descentralização funcionarista” (Alberto Xavier, em 1922)<sup>1630</sup>, o sentido evolutivo da administração e da função públicas ficou marcado pelos seguintes aspectos: o “carácter autoritário do regime nascido do condicionalismo político da revolução de 28 de Maio de 1926”; o reforço da centralização, com os “Ministros dominados por uma preocupação de «autoritarismo político», e de «intervencionismo geral»”, a funcionarem mais como “órgãos superiores da Administração Pública” do que como “definidores de políticas”, ainda segundo o mesmo autor; a “preocupação dominante da «salvaguarda financeira»”, “a crise de desemprego então existente” e a «desregulação» verificada na função pública<sup>1631</sup>.

Em 15 de Junho de 1929, é aprovado, pelo Decreto n.º 16:963, um novo Regulamento de disciplina militar<sup>1632</sup>. Define, no seu artigo primeiro, o conceito de disciplina, que mantém do anterior regulamento; desloca para o artigo segundo a noção de infracção disciplinar, que igualmente mantém do seu antecessor<sup>1633</sup>, assim como a inclusão no elenco dos

---

<sup>1629</sup>. Cfr. artigos 41.º a 49.º do Regulamento de disciplina militar de 1925.

<sup>1630</sup>. Tendência que Alberto Xavier afirmava ser imposta pelo “crescimento constante e inevitável, nas sociedades modernas, do número de serviços públicos”. Estatuto dos Funcionários (Justificação Jurídico-Política da Questão e Projecto de Lei), cit., pp. 77 a 80, *maxime*, p. 79.

<sup>1631</sup>. Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, A Função Pública Portuguesa. Estatuto Novo ou Nova Política?, cit., p. 72.

Sobre o «intervencionismo geral», importa registar que, no final das primeira duas décadas do século, o crescendo da vida nas cidades e o rescaldo da primeira grande guerra tornam inelutável a intervenção do Estado, e esta a da máquina administrativa, na satisfação das carências e necessidades colectivas, fundamentalmente económico-sociais (de habitação, de saúde, educação, alimentação, transportes, comunicações, assistência,...). Ver Alberto Xavier, Estatuto dos Funcionários, cit., pp. 76 a 80. Já em 1915, Fesas Vital (A situação dos funcionários. Sua natureza jurídica, Estudos de Direito Público, II, Coimbra, Imprensa da Universidade, pp. 9 e 10) registava o intervencionismo estatal no domínio económico social, fenómeno (“geral e universal”) que se verificava, em maior ou menor escala, em todos os países, “ainda nos que - comentava -, como a Inglaterra, mais confiam no esforço individual”. A segunda Guerra Mundial reiterou a necessidade da intervenção estadual, assumindo-se a como providente e providencial; intervém para ajudar, faz-se agente social e de transformação.

<sup>1632</sup>. Referenciado, no respectivo preâmbulo, como fruto do reconhecimento da “necessidade de alterar algumas disposições do regulamento de disciplina militar”. Colecção Oficial de Legislação Portuguesa, publicada no ano de 1929, primeiro semestre, Imprensa Nacional, Lisboa, 1936. O Regulamento de disciplina militar de 1929 foi alterado, em algumas, poucas, das suas normas pelo Decreto n.º 17:523, de 31 de Outubro de 1929.

<sup>1633</sup>. No qual constituía o artigo 8.º.

deveres de uma dimensão extra-funcional, que reforça<sup>1634</sup>; insere a matéria das “recompensas”, antes tratada no capítulo V, que sucedia ao dos “efeitos das penas”, para a secção II do capítulo IV (“Efeitos das penas”), sendo a secção I dedicada às “punições”, substituindo a “menção honrosa” pelas “dispensas de serviço” e regulando de forma mais detalhada a matéria; estabelece, como exigência “para apreciar com inteira justiça as faltas cometidas”, o dever de “ouvir o infractor, de viva voz ou por escrito, ou mandá-lo ouvir por um oficial, acerca das faltas e dos motivos que as originaram, cumprindo a este oficial apresentar um relatório circunstanciado”, admitindo, sem prejuízo como o seu antecessor, que a audiência não tivesse lugar, por impossibilidade, que agora se exige seja manifesta<sup>1635</sup>. Manteve-se, sem alteração, o regime jurídico das “penas aplicáveis aos indivíduos não militares nem equiparados a militares empregados em repartições ou estabelecimentos dependentes do Ministério da Guerra ou da Marinha”<sup>1636</sup>.

Em 1932, Marcello Caetano associava a jurisdicionalização do exercício do poder disciplinar a uma função pública profissionalizada e qualificada<sup>1637</sup>, que inexistia, então, em resultado da «patrimonialização partidária» dos anos do liberalismo, constituindo antes, observava, um anárquico corpo de “maus funcionários recrutados ao acaso e seleccionados por favoritismo político”, carecendo de ordenação disciplinadora e qualificante<sup>1638</sup>.

Referindo-se, mais tarde, no âmbito da história da codificação administrativa, à centralidade da matéria da disciplina na Administração local nos códigos administrativos, justificou-a pela “maior necessidade de codificar o direito administrativo relativo à administração local do que o relativo à administração central”, por os cidadãos e os magistrados administrativos respectivos não serem profissionalizados, ao invés de na Administração central, composta, em geral, por funcionários, “indivíduos integrados numa

---

<sup>1634</sup>. À face regulamento de 1925, o militar deveria “apresentar-se... devidamente uniformizado fora deste” e à face do regulamento de 1929, também, “decentemente vestido quando fizer uso de traje civil”.

<sup>1635</sup>. Cfr. artigo 130.º do Regulamento de disciplina militar de 1929.

<sup>1636</sup>. Cfr. artigos 35.º a 41.º do Regulamento de disciplina militar de 1929 e artigos 41.º a 49.º do Regulamento de disciplina militar de 1925.

<sup>1637</sup>. Com os “agentes admitidos em concurso, possuidores de diplomas acreditados, com uma selecção rigorosa que prestigia os promovidos” (“A codificação administrativa em Portugal”, História da codificação administrativa”, cit., p. 443).

<sup>1638</sup>. Cfr. A situação dos funcionários (Sua natureza jurídica), cit., pp. 165 a 167, *maxime*, p. 167.

profissão”<sup>1639</sup>.

Na Constituição de 1933, os empregos públicos são objecto de tratamento específico no Título VII (“Da ordem política, administrativa e civil”). Caracteriza a relação de trabalho dos funcionários públicos como uma relação jurídica funcionalizada ao “serviço da colectividade” e destaca o respectivo dever de imparcialidade, que exclui a prossecução de interesses outros (“de qualquer partido ou organização de interesses particulares”) que não os interesses daquela. Dá-lhe um recorte de imediação orgânica e hierárquico, quando dispõe incumbir aos funcionários públicos “acatar ... a autoridade do Estado” e “faz[ê-la] respeitar”<sup>1640</sup>. Estende este regime (na tripla vertente) aos “empregados das autarquias locais e corporações administrativas” e aos “que trabalham em empresas que exploram serviços de interesse público”<sup>1641</sup>. Proíbe o exercício do direito de greve<sup>1642</sup> e a acumulação, por princípio, de “empregos do Estado ou das autarquias locais, ou daquele e destas”, remetendo para a lei a definição do regime das incompatibilidades<sup>1643</sup>.

Em 1935, no “relatório” do Decreto n.º 26115, de 23 de Novembro de 1935 (“Estatuto dos Funcionários dos Ministérios Cívicos”) regista-se: “(...) Será difícil encontrar quem tenha a ideia exacta dos prejuízos materiais e morais causados por algumas dezenas de anos de reformas desordenadas, de sobreposições legislativas nem sempre aconselháveis e filhas de critérios tão diversos que terem elas vivido em paz é grande maravilha. Agora, impõe-se ao Governo a ingrátíssima tarefa de endireitar uma árvore que se deixou crescer e engrossar demais”<sup>1644</sup>. Neste quadro, a função pública, com o Estatuto de 1935, passou a integrar as atribuições do Ministério das Finanças, procurando-se o controlo legal e financeiro da mesma. Acentuou-se a organização hierarquizada e fechada da função pública, pela escassa

---

<sup>1639</sup>. “A codificação administrativa em Portugal, História da codificação administrativa”, cit., p. 443. Insurgindo-se contra uma “centralização absorvente e omnimoda”, Joaquim Thomaz Lobo D’Avila, registava, em 1874, que “a missão do governo alarga-se sem cessar, e com ela cresce o número dos funcionários” (pp. 83 e 84).

<sup>1640</sup>. Cfr. artigo 22.º.

<sup>1641</sup>. Cfr. artigo 23.º.

<sup>1642</sup>. Cfr. artigo 24.º.

<sup>1643</sup>. Cfr. artigo 25.º.

<sup>1644</sup>. *Apud* Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, A Função Pública Portuguesa. Estatuto Novo ou Nova Política?, cit., pp. 72 e 73, nota 72.



mobilidade interna e valorização do desempenho profissional<sup>1645</sup> <sup>1646</sup>. O trabalho na Administração Pública é concebida como uma especial relação de serviço, que valoriza os deveres de lealdade, dedicação, obediência hierárquica. Neste quadro, destacam-se os seguintes traços de regime:

- a) A noção de “agentes de serviço”, definida como “aqueles que, não sendo governantes, exercem normalmente a sua actividade no desempenho dos serviços públicos”, distinguindo-se, sem prejuízo, os funcionários públicos (o elemento de estabilidade, para cuja qualificação é indiferente a actividade exercida), os “simples assalariados” e os “contratados que não fazem parte do quadro permanente”<sup>1647</sup>.
- b) A previsão de especiais deveres, como, por exemplo, para “o pessoal menor e o seu chefe” de “comparecer uma hora antes da abertura dos trabalhos”, mas também de deverem ser “sempre os últimos a sair”, o dever de não sair sem que o órgão competente tivesse declarado “terminado o trabalho” no dia, o dever de os funcionários indicarem, “quando se ausentem com licença ... [o] local para onde se ausentam”<sup>1648</sup>.
- c) Os motivos de ausência injustificada eram insuficientemente objectivados, com amplo poder de apreciação e decisão<sup>1649</sup>.
- d) O não reconhecimento de um período de férias considerado enquanto: o funcionário podia gozar licença graciosa até 30 dias, desde que a ausência não prejudicasse “os trabalhos das repartições”, o que deveria ser afiançado pelos “respectivos chefes”, sendo os mesmos “responsáveis, civil e criminalmente, pelas informações que presta[ssem]”, relevando na determinação do período de licença as faltas dadas, justificadas ou não,

---

<sup>1645</sup>. No relato de Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, designadamente, a escassa mobilidade ficava-se a dever aos quadros estritamente piramidais, à “ausência de um quadro comum único e móvel nos serviços regionais e centrais” e à limitação dos candidatos às promoções; quanto ao mérito do desempenho, refere que existia “«estabilidade» excessiva do pessoal, despida, em regra, do indispensável controlo de produtividade ao longo de toda a carreira”. A Função Pública Portuguesa. Estatuto Novo ou Nova Política?, cit., pp. 73 a 76 e pp. 107, 108 e 112 e 113.

<sup>1646</sup>. Paralelamente àquele diploma, de 1935, o “estatuto dos funcionários administrativos” constava do Código Administrativo de 1940.

<sup>1647</sup>. Funcionários Públicos, 1940, pp. 17 a 20.

<sup>1648</sup>. Cfr. artigo 1.º, §§ 3 e 4 e artigo 8.º, § 6, do Decreto n.º 19 478, de 5 de Junho de 1935.

<sup>1649</sup>. Cfr. artigos 4.º e segs. do Decreto n.º 19 478, de 5 de Junho de 1935.

não estando assegurado anualmente um período mínimo de “licença”<sup>1650</sup>.

- e) Prevvia-se a demissão, aposentação, reforma ou aposentação, e a transferência - assistidas nos primeiros casos, de inabilitação indeterminada - dos “funcionários ou empregados, civis ou militares, civis” que: i) revelassem ou tivessem revelado “espírito de oposição aos princípios fundamentais da Constituição Política”; ou ii) não dessem “garantia de cooperar na realização dos fins superiores do Estado”<sup>1651</sup>.

Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 31 095, de 31 de Dezembro de 1940, o Código Administrativo, dedicou vários dos seus preceitos da parte III (“Dos funcionários administrativos e dos assalariados”) à disciplina<sup>1652</sup>. Ressaltam-se os seguintes traços de regime:

- a) a concepção hierárquica do poder disciplinar, respondendo os “funcionários administrativos, qualquer que seja a sua situação”, “perante as autoridades que hierarquicamente lhe forem superiores”<sup>1653</sup>, compreendendo a competência do superior sempre a dos seus “inferiores hierárquicos dentro do serviço”, sem possibilidade de delegação da competência para punir<sup>1654</sup>;
- b) a caracterização da infracção disciplinar como infracção funcional e formal: resulta de “facto voluntário” que viola deveres decorrentes da função e é independente da “perturbação do serviço”<sup>1655</sup>, relevando esta, no entanto, para a qualificação de certas infracção disciplinar<sup>1656</sup> e como circunstância agravante<sup>1657</sup>;
- c) a imprescritibilidade de algumas das infracções susceptíveis de determinarem a aplicação das sanções de aposentação compulsiva ou de demissão, ligadas ao provimento de empregos públicos, ao segredo profissional e à preservação dos

<sup>1650</sup>. Cfr. artigo 12.º do Decreto n.º 19 478, de 5 de Junho de 1935.

<sup>1651</sup>. Cfr. Decreto-Lei n.º 25 317, de 13 de Maio de 1935.

<sup>1652</sup>. Constitui o capítulo V, com a epígrafe da “Da disciplina”.

<sup>1653</sup>. Cfr. artigo 558.º.

<sup>1654</sup>. Cfr. artigo 576.º.

<sup>1655</sup>. Cfr. artigo 559.º.

<sup>1656</sup>. A violação de segredo profissional ou o cometimento de inconfidência eram susceptíveis de dar lugar à aplicação das sanções de aposentação compulsiva e demissão” quando importassem “prejuízos materiais ou morais para as entidades de que forem serventuários ou para terceiros” (cfr. artigo 580.º, § 1, n.º 2).

<sup>1657</sup>. Cfr. artigo 583.º, n.º 7.

dinheiros públicos<sup>1658</sup>;

- d) o princípio da legalidade típica das sanções<sup>1659</sup>;
- e) a previsão como efeito da punição reiterada, durante certo prazo, com a pena de multa ou suspensão, da “baixa na escala de antiguidade”<sup>1660</sup>;
- f) a proibição, em nome do nomeado princípio *non bis in idem*, da aplicação de mais do que uma sanção pela mesma infracção ou por infracções acumuladas apreciadas num só processo, com a especificação de que não se aplicava na relação com as penas criminais<sup>1661</sup>;
- g) a tipicidade relativa das infracções disciplinares, dada a conexão não estanque com as sanções e o respectivo enunciado aberto;
- h) a exclusão da relevância de qualquer atenuante especial ou geral uma vez verificada circunstância agravante, consequenciando igualmente esta a aplicação do “máximo da pena correspondente à infracção mais grave a castigar”;
- i) a obrigatoriedade de procedimento disciplinar quando a infracção indiciada configura a possibilidade de multa ou de sanção mais gravosa;
- j) previa-se a dispensa da fase instrutória quando a infracção fosse noticiada por inspector administrativo ou de finanças nas “suas visitas de inspecção”, caso em que formularia deveria imediatamente formular acusação em separado ao relatório no qual descrevesse o respectivo indiciamento<sup>1662</sup>;
- k) a caracterização do procedimento disciplinar como sumário, flexível nas formalidades e ordenado ao apuramento da verdade<sup>1663</sup>;
- l) a limitação do exercício do poder disciplinar pela enunciação de específicos deveres dirigidos aos “superiores hierárquicos”: o de dar atenção” a toda a “falta”; o de o exercer tendo presente que “o exemplo do inteiro cumprimento do dever e o espírito de sacrifício no exercício das funções públicas são os maiores factores da disciplina

---

<sup>1658</sup>. Cfr. artigo 580.º, § 1, n.ºs 2, 6, 7 e 11.

<sup>1659</sup>. Cfr. artigos 564.º e 566.º (“As penas disciplinares têm unicamente os efeitos declarados na lei”).

<sup>1660</sup>. Cfr. artigo 568.º.

<sup>1661</sup>. Cfr. artigo 568.º.

<sup>1662</sup>. Cfr. artigo 597.º.

<sup>1663</sup>. Cfr. artigo 585.º.

e da boa ordem do serviço”<sup>1664</sup>;

- m) o superior hierárquico só poderia deixar de dar sequência a “participações, queixas ou denúncias contra qualquer funcionário” quando fundadamente se convencesse “da sua improcedência”<sup>1665</sup>;
- n) a não obrigatoriedade de separação entre o instrutor e o órgão que decide da instauração de procedimento e/ou toma no mesmo a respectiva decisão final<sup>1666</sup>;
- o) a posição do trabalhador arguido no processo, e em particular, o regime de defesa estava sujeita a algumas limitações:
  - (1) a referência à audiência do arguido como uma “concessão” e a cominação da sua falta com a nulidade insuprível<sup>1667</sup>;
  - (2) o trabalhador arguido estava obrigado a pagar “pelos requerimentos e documentos juntos” “importância” a título de “selo devido” e, bem assim, custas no caso de “condenação”<sup>1668</sup>;
  - (3) o prazo para a apresentar defesa escrita poderia ser fixado em cinco dias;
  - (4) não se assegurava a notificação pessoal;
  - (5) previa-se a punição, como falta grave, do arguido que redigisse a resposta à acusação “em termos desrespeitosos” para com o superior<sup>1669</sup>;
  - (6) se contivesse factos estranhos à acusação, designadamente, factos que respeitassem ao superior hierárquico, seria desentranha, sendo tratada como queixa contra aquele<sup>1670</sup>;
- p) as “resoluções dos corpos administrativos em processos disciplinares instaurados pelos inspectores administrativos ou de finanças” careciam, “para se tornarem executórias, da homologação do Ministro do Interior, que em despacho

---

<sup>1664</sup>. Cfr. artigo 587.º.

<sup>1665</sup>. Cfr. artigo 590.º, § 2.

<sup>1666</sup>. Cfr. artigo 591.º e 602.º.

<sup>1667</sup>. Cfr. artigo 586.º.

<sup>1668</sup>. Cfr. artigo 588.º.

<sup>1669</sup>. Cfr. artigo 600.º, § 1.

<sup>1670</sup>. Cfr. artigo 600.º, § 2.

fundamentado poder[ia] alterar a pena aplicada”<sup>1671</sup>;

- q) previa a revisão do procedimento, a requerimento do trabalhador dirigido à “autoridade que teria competência para punir o funcionário segundo a lei vigente à data do pedido de revisão”, com fundamento em “factos ou circunstâncias susceptíveis de justificar a inocência”; no entanto, da decisão que indeferisse o pedido de revisão não cabia recurso; caso da revisão resultasse a prova da inocência do funcionário, era “revogada a decisão condenatória”, mas com o essencial dos seus efeitos a produzirem-se apenas para o futuro<sup>1672</sup>.

Em 1943 foi aprovado, pelo Decreto-Lei n.º 32:659, de 9 de Fevereiro, um novo “Estatuto Disciplinar dos Funcionários Cíveis do Estado”. Neste, distinguem-se os seguintes aspectos:

- a) Acentua o exercício hierarquizado do poder disciplinar: dispõe que os funcionários públicos respondem disciplinarmente perante dos respectivos superiores hierárquicos e que a mesma disciplina é aplicável aos “contratados ou nomeados temporariamente para qualquer lugar da Administração Pública”, sem prejuízo das necessárias adaptações<sup>1673</sup>;

são extintos os conselhos de disciplina, cuja intervenção cessou mesmo relativamente aos processos pendentes<sup>1674</sup>; caracteriza o dever de obediência como o dever de “cumprir exacta, imediata e lealmente as ordens e instruções dadas pelos legítimos superiores hierárquicos”<sup>1675</sup> e acolhe a tese da estrita prevalência hierárquica, sendo exercível o “direito de respeitosa representação” apenas perante “ordem de carácter

---

<sup>1671</sup>. Cfr. artigo 605.º, § 2.

<sup>1672</sup>. Cfr. artigos 613 a 618.º.

<sup>1673</sup>. Cfr. artigo 1.º do Estatuto (: “Os funcionários públicos são disciplinarmente responsáveis, perante os seus superiores hierárquicos, pelas infracções que cometam.”). Os indivíduos nomeados provisoriamente, “para suprir a falta de funcionários do Estado ou corpos administrativos que se encontr[assem] prestando serviço militar”, para além da caducidade das respectivas nomeações pelo regresso do funcionário, podiam, também, ver cessar a respectiva nomeação com fundamento na alegação de que não convinhão ao serviço (artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 32:679, de 20 de Fevereiro de 1943).

Submete ao seu âmbito de aplicação conjuntos de trabalhadores que tem hoje, alguns, os seus próprios estatutos disciplinares. No seu âmbito subjectivo, incluíam-se os “funcionários sujeitos à disciplina militar”, os “funcionários sujeitos à disciplina do Conselho Superior Judiciário”, os “funcionários administrativos” e os “funcionários do Ministério das Colónias em serviço no ultramar português” (artigo 81.º, § 1.º).

<sup>1674</sup>. Cfr. artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 32:659, de 9 de Fevereiro de 1943.

<sup>1675</sup>. Cfr. artigo 9.º do Estatuto.

excepcional”<sup>1676</sup>.

- b) A sujeição das infracções e sanções disciplinares ao princípio da legalidade é reforçada. O diploma dedica todo um capítulo à especificação dos “[f]actos a que são aplicáveis as diferentes penas disciplinares”<sup>1677</sup>, fazendo corresponder a cada uma (multa ou sanção superior) um elenco de condutas constitutivas de infracção disciplinar<sup>1678</sup>. Da noção legal de infracção disciplinar<sup>1679</sup> elimina o advérbio “todo” e introduz a referência ao carácter “voluntário” do facto – que caracteriza - como “acto ou omissão, ... independentemente de ter produzido resultado perturbador do serviço” -, integrativo de infracção disciplinar se com ele o funcionário violar deveres funcionais (“gerais ou especiais decorrentes da função que exerce”) ou deveres extra-funcionais (“deveres dos cidadãos impostos pela lei ou pela moral social”<sup>1680</sup>).
- c) Quanto às sanções suprimiu a sanção disciplinar da “repreensão publicada em ordem de serviço ou no Diário do Governo”<sup>1681</sup>. Afirmar expressamente que as “penas disciplinares têm unicamente os efeitos declarados na lei”<sup>1682</sup>.
- d) Consagra expressamente o princípio *non bis in idem*, dispondo ser vedado a aplicação ao mesmo funcionário de mais do que uma sanção disciplinar por cada infracção ou pelas infracções acumuladas que sejam apreciadas num mesmo processo<sup>1683</sup>.
- e) Reafirma o princípio da independência do procedimento disciplinar face ao processo criminal, “no que respeita à aplicação das penas”<sup>1684</sup>.
- f) Uma importante novidade é a introdução da figura da prescrição do “direito de exigir a

---

<sup>1676</sup>. Nuno Brandão, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*. Coimbra Editora, Fevereiro, 2006, pp. 220 e 225. Inclusive alguma doutrina defendeu “a existência de um dever de obediência do subordinado a ordens penalmente ilegítimas do superior” (p. 221).

<sup>1677</sup>. Cfr. epígrafe do capítulo IV do Estatuto.

<sup>1678</sup>. Cfr. artigos 18.º e segs. do Estatuto.

<sup>1679</sup>. Cfr. artigo 2.º do Estatuto.

<sup>1680</sup>. Moral cuja promoção da unidade constituía uma tarefa do Estado, assim como a de “estabelecer a ordem jurídica da Nação, definindo e fazendo respeitar os direitos e garantias resultantes da natureza ou da lei, em favor dos indivíduos, das famílias, das autarquias locais e das corporações morais e económicas” (artigo 6.º, 1.º, da CRP).

<sup>1681</sup>. Cfr. artigo 11.º do Estatuto de 1943 e artigo 6.º do Estatuto de 1913.

<sup>1682</sup>. Cfr. artigo 13.º do Estatuto de 1943.

<sup>1683</sup>. Cfr. artigo 14.º do Estatuto de 1943.

<sup>1684</sup>. Cfr. artigo 14.º, § único, de 1943.

responsabilidade disciplinar”, de cinco anos contados sobre a data dos factos, salvo se “o facto qualificado de infracção disciplinar for também considerado infracção penal e os prazos de prescrição do procedimento criminal forem superiores”, mantendo-se, no entanto, quanto a algumas das infracções passíveis das sanções de aposentação compulsiva e de demissão a imprescritibilidade<sup>1685</sup>.

- g) Admitia-se, igualmente, a “imprescritibilidade das penas disciplinares”, no silêncio do Estatuto, com base na ideia de que os efeitos jurídicos essenciais das sanções disciplinares não carecem, em regra, da prática de actos jurídicos ou da realização de operações materiais, produzindo-se por si, notando-se, especificamente quanto à pena de multa, que o funcionário não pode virtualmente subtrair-se ao seu pagamento, “por desconto no vencimento”, e que, de todo o modo, pode verificar-se a “prescrição extintiva desse crédito, nos termos estabelecidos no Código Civil”<sup>1686</sup>.
- h) As garantias disciplinares variavam em função da gravidade das sanções aplicáveis: as sanções da advertência, repreensão verbal ou por escrito e de multa correspondente ao vencimento de quatro dias<sup>1687</sup> não pressupunham a realização de procedimento disciplinar prévio e, nalguns casos, no primeiro e no segundo caso, não se previa sequer a audiência do arguido<sup>1688</sup>. Esta foi, no entanto, sendo afirmada como princípio fundamental do Direito disciplinar, primeiro com base no n.º 10 do artigo 8.º da Constituição de 1933, e depois para além dele<sup>1689</sup>.

<sup>1685</sup>. Cfr. artigo 3.º do Estatuto de 1943.

<sup>1686</sup>. Cfr. Parecer n.º 33/58, de 22 de Novembro de 1958, da Auditoria Jurídica do Ministério da Justiça, cujo sumário se encontra no sítio dos pareceres do Conselho Consultivo da PGR e a versão integral no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 91, Dezembro, 1959, pp. 367 a 372. Uma das conclusões deste parecer é a de que a “pena de suspensão de exercício e vencimentos, prevista no artigo 5.º do art. 11.º do Estatuto Disciplinar [Decreto-Lei n.º 32.659, de 9 de Fevereiro de 1943], não prescreve com o decurso de tempo, visto ser eficaz a partir da notificação, pessoal ou edital, do funcionário com ela punido”.

<sup>1687</sup>. Cfr. artigo 30.º do Estatuto Disciplinar. A não obrigatoriedade de realização de procedimento também estava prevista para a advertência e repreensão verbal ou escrita, no Código Administrativo (artigo 584.º) e, para a sanção da admoestação verbal, no Estatuto do Funcionalismo Ultramarino (artigo 379.º, 1.ª parte).

<sup>1688</sup>. Contra este estado de coisas se insurgia Fausto de Quadros em 1974, advertindo que a audiência prévia do arguido não podia depender da “gravidade dos factos que lhe são imputados, e, por conseguinte, da gravidade das sanções aplicáveis, antes exige-se em todos os casos” – Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa, cit., p. 516.

<sup>1689</sup>. A aplicação do n.º 10 do artigo 8.º, a jurisprudência foi tendencialmente restringindo ao processo penal. Ver Fausto de Quadros, Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa, cit., pp.

A criação, em 1951, de uma “Comissão Central de Inquérito e Estudo da Eficiência dos Serviços Públicos”, o “Primeiro Plano de Fomento” (1953-1958), a “Lei de Meios de 1958” e o Decreto-Lei n.º 42 046, de 23 de Novembro de 1958, diagnosticaram a necessidade de “reforma administrativa” que, no entanto, não foi concretizada. À excepção de alguns diplomas avulsos, atributivos de benefícios sociais, a ideia de reforma apenas teve uma primeira expressão concreta, no artigo 26.º da Lei n.º 2111, de 21 de Dezembro de 1961, que autorizou o Governo a proceder à mesma.

Em 1956, porém, foi aprovado o Estatuto do Funcionalismo Ultramarino (Decreto n.º 40 708, de 31 de Julho de 1956)<sup>1690</sup>. Sob a epígrafe “Da disciplina”, o capítulo VI<sup>1691</sup> organiza-se em cinco secções, respectivamente, com as designações de “Da responsabilidade disciplinar”, “Do processo disciplinar”, “Dos processos especiais”, “Dos recursos e da revisão dos processos disciplinares” e “Dos conselhos disciplinares”. Caracterizam-no as seguintes notas:

- a) A compreensão da responsabilidade disciplinar segundo uma concepção hierárquica<sup>1692</sup>, com destaque para a previsão de competência simultânea, estruturada numa base hierárquica<sup>1693</sup>, segundo a gravidade da sanção abstractamente aplicável<sup>1694</sup>.

---

516 a 522.

<sup>1690</sup>. Este diploma foi emanado na sequência da “Base XCII da lei orgânica do Ultramar”, assim como o dos funcionários administrativos, sendo ambos referenciados como “procurando, simultaneamente, definir o regime e codificar todos os aspectos respeitantes à função pública de um determinado sector da Administração”. Cfr. Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, *A Função Pública Portuguesa. Estatuto Novo ou Nova Política?*, cit., p. 102.

<sup>1691</sup>. De oito que tem o diploma.

<sup>1692</sup>. “Os agentes ultramarinos, qualquer que seja a sua situação, são responsáveis disciplinarmente, perante as autoridades hierárquicas às quais estejam subordinados, pelas infracções que cometam.” (artigo 349.º). “Nenhuma falta deixará de merecer a atenção do superior hierárquico para que a disciplina dos serviços seja mantida nos termos justos” (artigo 350.º, § 2, 1.ª parte). De notar também a imprescritibilidade “do direito de exigir a responsabilidade disciplinar” por agressão, injúria ou desrespeito grave, fora do serviço, do superior hierárquico (artigo 351.º, § 2, e artigo 365.º, 5.º). Cfr., igualmente, o artigo 391.º, § 1, artigo 403.º, § único, e artigo 407.º, § 1.

<sup>1693</sup>. Cfr. artigo 368.º (: “A competência disciplinar dos superiores envolve a dos inferiores hierárquicos dentro do serviço. // § único. Nenhum funcionário poderá delegar em subordinado a competência para punir que a lei lhe der.”), artigo 371.º e artigo 391.º. Note-se que, de acordo com o artigo 391.º, corpo do artigo e § 1, se a “autoridade competente para decidir se há ou não lugar a instauração do processo” “entender que não há lugar a procedimento disciplinar, submeterá o assunto, com essa informação, à autoridade imediatamente superior, que mandará arquivar o auto [de notícia] ou ordenará a instauração do processo disciplinar”.

<sup>1694</sup>. Cfr., v.g., artigo 374.º, § único: “Quando uma pena tiver sido proposta para determinada infracção



- b) O carácter não vinculado da decisão de instaurar procedimento disciplinar, na medida em que, embora nenhuma falta devesse deixar de “merecer a atenção do superior hierárquico”, na tomada da respectiva decisão deveria ponderar que “o exemplo do inteiro cumprimento do dever e o espírito do sacrifício no exercício das funções públicas são os maiores factores da disciplina e da boa ordem dos serviços”<sup>1695</sup>.
- c) Às sanções disciplinares são atribuídas as funções de prevenção geral e de prevenção especial<sup>1696</sup>.
- d) O Estatuto prevê um prazo de prescrição de cinco anos, sem prejuízo dos prazos de prescrição penais, se a infracção disciplinar “for também criminalmente punível”, e afirma a imprescritibilidade “do direito de exigir responsabilidade disciplinar” quanto às infracções a que correspondam as sanções de aposentação compulsiva ou de demissão e quanto a certas infracções a que corresponda a pena de inactividade entre cento e oitenta e um dias e dezoito meses<sup>1697</sup>.
- e) “O procedimento disciplinar é independente do procedimento criminal, no que respeita à aplicação das penas disciplinares”<sup>1698</sup>.
- f) As penas disciplinares obedecem ao princípio da legalidade<sup>1699</sup>. A sua tipicidade está, não obstante, prejudicada pela previsão da possibilidade dos governadores ultramarinos poderem “mandar apresentar no Ministério os funcionários cuja presença, por grave razão de interesse público, seja inconveniente”, decisão cuja fundamentação apenas é dada a conhecer ao Ministro, “em ofício confidencial”. “Se o Ministro, em processo disciplinar instaurado no Ministério, concordar com a decisão dos governadores, serão os funcionários apresentados no Ministério (...) colocados na situação de inactividade, se noutra província não puderem ou deverem ser colocados, independentemente das sanções disciplinares que lhes couberem

---

atendendo a qualquer atenuante, a competência para a sua aplicação é da autoridade a quem caberia a imposição da pena merecida se tal atenuante não existisse.”

<sup>1695</sup>. Cfr. artigo 350.º, § 2, 2.ª parte, e artigo 365.º, 3.º.

<sup>1696</sup>. Cfr. artigos 350.º, § 2, e 362.º.

<sup>1697</sup>. Cfr. artigo 351.º.

<sup>1698</sup>. Cfr. artigo 353.º.

pelas faltas que hajam cometido. Não concordando o Ministro, voltarão os funcionários à província e será o governador debitado pelas passagens”. “O funcionário que no espaço de cinco anos, com justo motivo verificado nos termos [referidos], for mandado apresentar duas vezes no Ministério por governadores diferentes será aposentado ou demitido, conforme tiver ou não tempo para a aposentação, perdendo o direito a passagens por conta do Estado”<sup>1700</sup>.

- g) A definição dos efeitos jurídicos das sanções disciplinares que atingem, nalguns casos, o núcleo de direitos dos trabalhadores como o direito a férias, o direito à carreira, o direito à aposentação, o direito de acesso à função pública<sup>1701</sup>.
- h) Afirmação do princípio *non bis in idem*: “Não pode aplicar-se ao mesmo funcionário mais de uma pena disciplinar por cada infracção ou pelas infracções acumuladas que sejam apreciada num só processo”<sup>1702</sup>.
- i) Atribuição de relevância à reincidência para determinar o tipo de sanção a aplicar<sup>1703</sup>.
- j) Identificação, segundo um elenco não fechado, das infracções disciplinares, salvo no que respeita às penas expulsivas, e estabelecimento de correspondência entre as mesmas e as sanções disciplinares<sup>1704</sup>.
- k) A descrição de infracções disciplinares por apelo às noções de “prestígio e

---

<sup>1699</sup>. Cfr. artigos 354.º e 355.º.

<sup>1700</sup>. Cfr. artigo 266.º, 12.º.

<sup>1701</sup>. Cfr. artigo 355.º, 2.º (: “As penas de suspensão e de inactividade importam: // a) A perda da faculdade de gozar licença no período de um ano, contado desde o termo do cumprimento da pena”; b) “A perda, para efeitos de antiguidade e de aposentação, do tempo correspondente ao dobro daquele por que tiverem sido impostas.”), o artigo 355.º, 6.º (: “A pena de demissão importa a perda de todos os direitos do funcionário e a impossibilidade de ser, de futuro, provido em qualquer cargo público.”); e o artigo 388.º (: “Será admitido às provas dos concursos o arguido em processo disciplinar que a eles tenha direito a concorrer, mas as provas serão anuladas se vier a ser imposta pena que tenha o efeito de fazer perder ao candidato a antiguidade necessária para a admissão ao concurso.”).

<sup>1702</sup>. Cfr. artigo 356.º, corpo do artigo, mas também os seus §§ 1.º e 2.º.

<sup>1703</sup>. Cfr. artigos 357.º a 359.º.

<sup>1704</sup>. Cfr. artigos 362.º a 366.º.

Segundo João Ferreira Semedo vigorava o princípio da “discrecionariiedade da Administração, ainda que relativa, no âmbito do poder disciplinar, no que se refere à qualificação jurídica das faltas. Só a pena deve ser seleccionada entre as da escala legal. (...) a Administração pode qualificar qualquer facto como falta disciplinar, mesmo quando a lei não fixe concretamente nem os seus elementos constitutivos nem a pena aplicável.” Cfr. Manual do Processo Disciplinar no Ultramar, Livraria Almedina, Coimbra, 1971, p. 13.

dignidade do funcionário ou da função”, “prestígio e dignidade da função administrativa ou do Estado”, “descrédito para os serviços ou para terceiros”, “actos que, segundo a moral social, sejam desonrosos” e “prejuízos morais para o Estado ou para terceiros”<sup>1705</sup>.

- l) A atribuição de relevância disciplinar a condutas exteriores ao exercício das funções<sup>1706</sup>.
- m) A atribuição de relevância disciplinar ao exercício, em certos casos, de direitos políticos<sup>1707</sup>.
- n) O “processo disciplinar” é configurado como um processo sumário, não dependente “de formalidades especiais”<sup>1708</sup>, de tipo inquisitório, secreto “seja qual for a fase em que se encontrar”, salvo durante a fase de defesa, para o arguido, ao qual, no entanto, não pode ser confiado o processo<sup>1709</sup>.
- o) Previsão de instrumentos de controlo oficioso do exercício do poder disciplinar: por exemplo, possibilidade de recurso, para o Ministro, pela própria “autoridade” que aplicou a sanção ou mandou arquivar processo, quando a sua decisão fosse modificada pelo “governador-geral ou de província”, pelos “governadores ultramarinos” ou pelo “director-geral da Administração Política e Civil do Ministério do Ultramar”, nos sessenta dias que se seguissem ao respectivo conhecimento que teve “por meio oficial ou comunicação do arguido”<sup>1710</sup>.
- p) Variação das garantias procedimentais em função da gravidade da sanção aplicável (v. g., intervenção e grau de intervenção no procedimento disciplinar de conselho

<sup>1705</sup>. Cfr. artigo 362.º, artigo 364.º, 3.º, artigo 365.º, 2.º, e artigo 366.º, 10.º.

<sup>1706</sup>. Cfr. artigo 364.º, § 8 (serem “encontrados em casas de jogo de azar”), artigo 365.º, 7.º (“salvo o caso de força maior, contraírem dívidas ou aceitarem letras dentro da área em que exercerem as suas funções; que descontarem letras em estabelecimento bancário que nela exerça a sua actividade”), artigo 365.º, 14.º e 15.º, artigo 366.º, 10.º (“A prática de actos que, segundo a moral social, sejam considerados desonrosos”) e artigo 366.º, 13.º (“A expressão pública de opiniões”).

<sup>1707</sup>. Cfr. artigo 365.º, 15.º, 1.ª parte, e artigo 366.º, 13.º, 30.º.

<sup>1708</sup>. Cfr. artigo 376.º. No entanto, o procedimento era considerado relativamente formalista, notando o Conselho Superior de Disciplina do Ultramar, em acórdão de 12 de Março de 1968 (citado por João Ferreira Semedo, Manual do Processo Disciplinar no Ultramar, Livraria Almedina, Coimbra, 1971, p. 94), que o “formalismo do processo disciplinar, ainda que termine pelo despedimento, não se coaduna com a simplicidade de admissão e de rescisão previstas no art. 51.º e seguintes do E.F.U.”.

<sup>1709</sup>. Cfr. artigo 376.º, artigo 377.º, § 2.º, e artigo 378.º.

disciplinar, dever de fundamentação da decisão punitiva)<sup>1711</sup>.

- q) Sem prejuízo, em sede de recurso para o Ministro do Ultramar, a decisão pressuponha sempre a prévia emissão de “parecer em forma de acórdão” pelo Conselho Superior de Disciplina<sup>1712</sup>.
- r) O estatuto de independência limitada do instrutor, revelada pelo facto de só poder deferir pedido de prorrogação do prazo de defesa “se para isso for autorizado pela autoridade que mandou instaurar o processo”<sup>1713</sup> e pelo facto de se admitir a redução da acusação no momento da decisão punitiva pelo órgão competente para aplicar sanção disciplinar<sup>1714</sup>.
- s) Se a infracção fosse “presenciada” pelo superior hierárquico, ele próprio instruíra e decidia o processo, sem prejuízo de o dever remeter “à autoridade imediatamente superior, para confirmação ou modificação do seu despacho” e de o dever também fazer, “pela via hierárquica, à autoridade competente para a sua aplicação, caso não tenha competência para aplicar a “pena merecida”<sup>1715</sup>.
- t) À acusação é reconhecida como uma garantia central de defesa do arguido, uma vez que é insuprível a nulidade “resultante da falta de [e deficiente] dedução ... da acusação” e, bem assim, de notificação; prevê-se que a “autoridade competente para punir” se abstenha de o fazer na medida e na parte em que a acusação não esteja devidamente formulada<sup>1716</sup>; é estabelecido que “[n]ão podem ser consideradas no despacho punitivo agravantes que não tenham sido incluídas nos artigos de acusação<sup>1717</sup>”; e estabelece-se o dever de ouvir novamente o arguido “em artigos da acusação” se, subsequentemente, à sua “resposta” forem realizadas novas diligências instrutórias<sup>1718</sup>.

---

<sup>1710</sup>. Cfr. artigo 416.º.

<sup>1711</sup>. Cfr. artigos 379.º, 2.ª parte, 371.º e 372.º.

<sup>1712</sup>. Cfr. artigo 418.º.

<sup>1713</sup>. Cfr. artigo 396.º, § 1.

<sup>1714</sup>. Cfr. artigo 382.º, § 4.

<sup>1715</sup>. Cfr. artigo 407.º, § 1.

<sup>1716</sup>. Cfr. artigos 382.º e artigo 383.º.

<sup>1717</sup>. Cfr. artigo 383.º.

<sup>1718</sup>. Cfr. artigo 401.º, § 3.

- u) Do ponto de vista das garantias de defesa, várias insuficiências se registam:
- (1) a previsão da mera possibilidade de ouvir o trabalhador<sup>1719</sup>;
  - (2) a ausência de previsão da intervenção no procedimento de advogado<sup>1720</sup>;
  - (3) a exclusão da confiança do processo<sup>1721</sup>;
  - (4) redução do prazo para a defesa ao máximo de 48 horas, no caso de infracção directamente constatada pelo superior hierárquico<sup>1722</sup>;
  - (5) neste caso, o superior hierárquico podia deferir, se o entendesse necessário, pedido “de exame de documentos ou a junção de certidões”<sup>1723</sup>;
  - (6) possibilidade de rejeição da “resposta aos artigos da acusação” se o respectivo articulado “contiver matéria impertinente ou desnecessária”, sem prejuízo de poder “ser substituída por outra”, se “vie[sse] em termos” e fosse apresentada “dentro de quarenta e oito horas”<sup>1724</sup>;
  - (7) desnecessidade de as circunstâncias agravantes da acumulação de infracções, reincidência e “cometimento de infracção durante o cumprimento de pena disciplinar”, respectivamente, quanto às duas primeiras, por “deverem constar do registo biográfico e disciplinar do arguido junto aos autos” e, quanto à última, “por elementar regra de moralidade”<sup>1725</sup>;
  - (8) condicionamento do direito de recurso e do requerimento de revisão, “que subam ao Conselho Superior de Disciplina do Ultramar”, ao pagamento de

---

<sup>1719</sup>. Cfr. artigo 392.º, § 1, e artigo 400.º. Ao invés, o Estatuto Disciplinar de 1984 prevê, no artigo 55.º, n.º 2, o dever do instrutor ouvir o arguido sempre que este o requeira, salvo se fundamentar a sua desnecessidade.

<sup>1720</sup>. Diversamente, acontece, hoje; cfr., designadamente, o artigo 37.º, n.º 6 (“O arguido poderá constituir advogado em qualquer fase do processo, nos termos gerais de direito, o qual assistirá, querendo, ao interrogatório do arguido”).

<sup>1721</sup>. Cfr. artigo 398.º do Estatuto do Funcionalismo Ultramarino e o artigo 62.º do Estatuto Disciplinar de 1984.

<sup>1722</sup>. Cfr. artigo 407.º.

<sup>1723</sup>. Cfr. artigo 407.º, § 3, e ao invés do previsto, em geral, no 392.º, § 2, em que o instrutor embora pudesse deixar de realizar as diligências requeridas pelo arguido, juntará, “porém, aos autos todos os papéis recebidos do participante ou do arguido que respeitem ao processo”.

<sup>1724</sup>. Cfr. artigo 401.º, corpo do artigo, e §§1.º e 2.º.

<sup>1725</sup>. João Ferreira Semedo, *Manual do Processo Disciplinar no Ultramar*, Livraria Almedina, Coimbra, 1971, p. 18.

custas legais<sup>1726</sup>;

(9) exclusão da suspensão das “penas disciplinares”<sup>1727</sup>;

(10) mitigação do efeito suspensivo dos “recursos das penas de aposentação compulsiva ou de demissão” pelo afastamento do “exercício do cargo, sem vencimento, até decisão final”<sup>1728</sup>.

Os Estatutos referidos são estatutos gerais. A sua aplicação a determinados serviços ou conjuntos de funcionários era acompanhada por normas de adaptação e/ou especiais. Era o caso da sua aplicação aos funcionários da Direcção-Geral de Segurança<sup>1729</sup>. Entre os aspectos do regime disciplinar destes, destacam-se os seguintes:

- a) À Divisão de Contencioso (integrada na Direcção dos Serviços de Investigação e Contencioso) competia dar parecer ou organizar os respectivos processos disciplinares e processos de inquérito ou sindicância e organizar “os autos de corpo de delito” em que os funcionários fossem arguidos, por “confiança superior”<sup>1730</sup>.
- b) O juízo sobre a responsabilidade criminal era independente do juízo sobre a responsabilidade disciplinar, pelo que a inexistência de responsabilidade criminal ou a existência indiciada desta (administrativamente aferida) não dispensava o director-geral de Segurança de decidir sobre a existência de motivo para procedimento disciplinar<sup>1731</sup>.
- c) “O pessoal dirigente e todo o pessoal técnico de investigação criminal da Direcção-Geral de Segurança” estava sujeito à jurisdição dos tribunais militares e gozava de

---

<sup>1726</sup>. Cfr. artigo 389.º, § único.

<sup>1727</sup>. Cfr. artigo 406.º, § único, e artigo 33.º do Estatuto Disciplinar de 1984.

<sup>1728</sup>. Cfr. artigo 415.º, § 4.

<sup>1729</sup>. Cfr. artigos 90.º e segs. Decreto-Lei n.º 368/72, de 30 de Setembro. A Direcção-Geral de Segurança foi criada pelo Decreto-Lei n.º 49 401, de 24 de Novembro de 1969, o qual extinguiu a Polícia Internacional e de Defesa do Estado (artigo 8.º).

<sup>1730</sup>. Cfr. artigo 41.º, n.º 7, e 94.º, n.ºs 2 a 4, do Decreto-Lei n.º 368/72, de 30 de Setembro. Para a direcção da instrução dos processos disciplinares, de inquérito ou de sindicância era competente, segundo o artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 368/72, de 30 de Setembro, um consultor jurídico. Cfr. diplomas *in* Repressão Política e Social no Regime Fascistas, Presidência do Conselho de Ministros, Comissão do Livro Negro sobre o Regime Fascista, 1986, pp. 171 a 173.

<sup>1731</sup>. “Quando se verifique inexistência de responsabilidade criminal, ou independentemente desta, o director-geral de Segurança decidirá se há motivo para procedimento disciplinar”, dispunha o artigo 94.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 368/72, de 30 de Setembro - *In* Repressão Política e Social no Regime Fascistas, Presidência do Conselho de Ministros, cit., p. 192.

“garantia administrativa”<sup>1732</sup>. Uma vez constituído o “corpo de delito” e feito o “pedido de autorização para o prosseguimento da acção penal”, o director-geral da Direcção-Geral de Segurança enviava “certidão das peças do processo ao respectivo Ministério”, para decisão<sup>1733</sup>. A “concessão de autorização para [o funcionário] ser demandado criminalmente” era acompanhada da decisão sobre a suspensão do exercício das funções, quando a infracção correspondesse a certa infracção<sup>1734</sup>.

- d) A disciplina incluía a observância das restrições e condicionamentos ao exercício de certos direitos e liberdades pessoais. Os funcionários da Direcção-Geral de Segurança, por exemplo, que contraíssem casamento sem a prévia autorização, ou do director-geral, ou do Ministro do Interior ou do Ultramar, neste caso se o casamento fosse com pessoa estrangeira, eram, sem mais, demitidos<sup>1735</sup>.

Em 1966, Marcello Caetano escrevia que “[a] Administração Pública encontra[va]-se... perante este grave e fundamental problema: no momento em que se exige um esforço de maior responsabilidade na orientação e direcção de uma economia dinâmica, em plena expansão, não tem funcionários qualificados para tal esforço nem métodos que lhe permitam aumentar a sua eficiência funcional”<sup>1736</sup>.

A concepção vigente da função pública era uma concepção estatutária, marcada pela organização corporativa do Estado, que tece os interesses do serviço e dos funcionários como solidários<sup>1737</sup>, eterizando a relação jurídica de emprego dos trabalhadores da Administração Pública. Expressivas as palavras de Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, em 1969, quando, sobre a designação para um estatuto, insurge-se contra a opção “estatuto dos servidores do Estado”, porque, para além do “servilismo” que inculca, “acentua o aspecto de «serviço prestado ao Estado» quando é certo que o «serviço é prestado à Nação» -

<sup>1732</sup>. Cfr. artigo 94.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 368/72, de 30 de Setembro.

<sup>1733</sup>. Cfr. artigo 94.º, n.ºs 7 e 8, do Decreto-Lei n.º 368/72, de 30 de Setembro.

<sup>1734</sup>. Cfr. artigo 94.º, n.º 9, do Decreto-Lei n.º 368/72, de 30 de Setembro, e artigo 461.º do Código de Justiça Militar, *in* Repressão Política e Social no Regime Fascistas, Presidência do Conselho de Ministros, cit., pp. 190 a 192.

<sup>1735</sup>. Cfr. n.º 3 do artigo 77.º do Decreto-Lei n.º 368/72, de 30 de Setembro.

<sup>1736</sup>. *Apud* Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, A Função Pública Portuguesa. Estatuto Novo ou Nova Política?, cit., p. 79.

<sup>1737</sup>. Alberto Xavier, Estatuto dos Funcionários, cit., pp. 5 a 9, *maxime*, pp. 5 e 6.

fórmula [defende] indispensável para se obter a adesão, mesmo daqueles que não concordem com o regime político vigente num determinado momento”. Daí que propusesse, sugestivamente, numa formulação que enfatiza o objecto, em detrimento da relação jurídica, a designação de “Estatuto do Serviço Público Civil”<sup>1738</sup>.

Essa visão solidarista traduzia-se na limitação do exercício de direitos civis: por exemplo, os “funcionários e outros serventuários civis, à excepção dos aposentados e dos que se encontra[ssem] na situação de licença ilimitada, bem como os militares não reformados, quando portadores de passaporte ordinário”, careciam de autorização do “superior hierárquico legalmente competente”, aposta em impresso próprio e mediante “autenticação com o selo branco”, para se ausentarem do país<sup>1739</sup>.

## 5. Na terceira república

Por apelo à previsão, no Programa do Movimento das Forças Armadas, do “saneamento da... política interna e das suas instituições” e em nome da necessidade de “imediate reestruturação do aparelho do Estado em função da ordem democrática, em termos de o dotar de maleabilidade e eficiência”<sup>1740</sup>, foi estabelecida, em 25 de Junho de 1974, a possibilidade, transitória<sup>1741</sup>, de “saneamento” dos “servidores civis do Estado, serviços públicos e empresas públicas, autarquias locais e demais pessoas colectivas públicas”. Este traduzia-se na possibilidade de, independentemente do “apuramento de quaisquer responsabilidades disciplinares, civis ou criminais imputáveis aos funcionários visados”, os demitir, mandar aposentar, suspender ou transferir. Salvo a suspensão do exercício de

---

<sup>1738</sup>. A Função Pública Portuguesa. Estatuto Novo ou Nova Política?, cit., pp. 96 a 99 e p. 110. Em apoio da sua proposta, convoca os artigos 35.º, 36.º e 38.º do Estatuto Nacional do Trabalho (Decreto-Lei n.º 23 048, de 23 de Setembro de 1933). O primeiro dispõe: “Os funcionários públicos estão ao serviço da colectividade e não de qualquer partido ou organização de interesses particulares, incumbindo-lhes acatar e fazer respeitar a autoridade do Estado”; e o segundo: “Estão sujeitos a disciplina prescrita no artigo anterior os operários dos quadros dos Serviços Públicos, os empregados das autarquias locais e corporações administrativas e bem assim os que trabalham em empresas que explorem serviços de interesse geral”. No artigo 38.º, o autor recolhe a referência à prestação de “serviço militar” por parte dos “agentes da administração militar” para, fazendo o paralelismo, dizer que os “agentes da administração civil devem “prestar serviço civil”.

<sup>1739</sup>. Cfr. artigo 43.º do Decreto n.º 46 748, de 15 de Dezembro de 1965.

<sup>1740</sup>. Cfr. §§ 1 e 2 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 277/74, de 25 de Junho (“Determina várias providências destinadas ao saneamento da actual política interna e das suas instituições”).

<sup>1741</sup>. Até à “data em que for convocada a Assembleia Constituinte” (artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 277/74,



funções, por período que não devia ser superior a três meses, a demissão, a aposentação compulsiva – referenciadas como “sanções” – e a transferência tinham que ser fundamentadas em um de três motivos (não necessariamente taxativos<sup>1742</sup>), a saber, “comportamento contrário ao espírito da ordem democrática estabelecida, revelado já depois do 25 de Abril de 1974”, “factos que comprovadamente revelem a inadaptação do funcionário ao novo regime democrático”, “pelo seu comportamento, mostrarem não oferecer ... garantias de idoneidade para o exercício das suas funções”, “comprometerem a eficiência do serviço público” e “características e qualificações do funcionário que o recomendem para funções diversas das anteriormente exercidas” (naturalmente, aplicável apenas à transferência)<sup>1743</sup>.

A aplicação da demissão ou da aposentação compulsiva ficava dependente do tempo de serviço do “servidor civil”<sup>1744</sup> e pressupunha a “prévia audiência” do visado ou, alternativamente, “proposta da Comissão Interministerial de Reclassificação”<sup>1745</sup>.

A aplicação das “providências de saneamento” eram passíveis de controlo jurisdicional, através de “recurso de plena jurisdição para o Supremo Tribunal Administrativo no prazo de quinze dias após a notificação”<sup>1746</sup>. O diploma dispunha, em preceito subsequente, que eram “garantidas, nos termos da lei, a natureza vitalícia e a inamovibilidade dos juízes dos tribunais ordinários em efectividade de funções”<sup>1747</sup>.

Os “funcionários da extinta Direcção-Geral de Segurança ou polícias suas predecessoras, bem como os seus informadores e aqueles que nelas prestaram serviço em comissão” eram

---

de 25 de Junho).

<sup>1742</sup>. A Comissão Interministerial de Reclassificação quando propunha a transferência, aposentação ou demissão de qualquer funcionário ou agente, deveria “fundamentar a sua proposta tendo *sobretudo em conta* os seguintes aspectos ...” (itálico nosso) – artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 277/74, de 25 de Junho.

<sup>1743</sup>. Cfr. artigo 5.º, n.º 1, e artigo 3.º, n.º 1 e n.º 2, do Decreto-Lei n.º 277/74, de 25 de Junho.

<sup>1744</sup>. Cfr. artigo 2.º e artigo 3.º, n.º 1 e n.º 2, do Decreto-Lei n.º 277/74, de 25 de Junho. Tendo o funcionário ou agente 60 ou mais anos de idade, podia ser mandado aposentar imediatamente, por despacho do Ministro competente, sem necessidade de audiência prévia da Comissão Interministerial de Reclassificação. O tempo de serviço que lhe faltasse para atingir o limite de idade ser-lhe-ia, não obstante, considerado para cálculo da pensão de aposentação.

<sup>1745</sup>. Cfr. artigo 3.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 277/74, de 25 de Junho.

<sup>1746</sup>. Cfr. artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 277/74, de 25 de Junho.

<sup>1747</sup>. Cfr. artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 277/74, de 25 de Junho.

demitidos sem mais<sup>1748</sup>.

Em 11 de Março de 1975, invocando-se que o anterior diploma não fora eficaz “no saneamento da função pública”, considerando-se “que as perturbações e fraco rendimento... da função pública resulta[v]am, em boa parte, da permanência no seu seio de funcionários altamente colocados e gravemente comprometidos com o fascismo” e atendendo, bem assim, “que a administração pública tem de ser, em todas as zonas de actuação dos órgãos do Estado, dinamizadora do processo de democratização, e não o seu entrave”, foi redefinido o regime de “saneamento” da função pública<sup>1749</sup>. Das alterações introduzidas, destacam-se as seguintes:

- a) A criação de “Comissões Ministeriais de Saneamento e Reclassificação”, a par da “Comissão Interministerial de Saneamento e Reclassificação”<sup>1750</sup>.
- b) A afirmação de que as “medidas de saneamento” se aplicavam “independentemente da forma de provimento ou situação perante a Administração”, inclusive aos funcionários que tivessem passado, “por qualquer motivo, à situação de aposentado”<sup>1751</sup>.
- c) O alargamento do período possível de suspensão automática do exercício de funções<sup>1752</sup>.
- d) A precisão do alcance da transferência e definição da situação jurídica do funcionário transferido, que podiam implicar a “diminuição de categoria ou vencimento”<sup>1753</sup>.

---

<sup>1748</sup>. Cfr. artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 277/74, de 25 de Junho.

<sup>1749</sup>. Cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 123/75, de 11 de Março (“Determina várias providências destinadas ao saneamento da função pública”).

<sup>1750</sup>. Cfr. artigo 1.º, n.º 2 e n.º 3, do Decreto-Lei n.º 123/75, de 11 de Março.

<sup>1751</sup>. Cfr. artigo 1.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 123/75, de 11 de Março.

<sup>1752</sup>. Cfr. artigo 2.º, n.º 1, alínea b), e artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 123/75, de 11 de Março. O n.º 1 deste artigo 9.º dispunha: “são automaticamente suspensos do exercício de funções e de imediato sujeitos a processo de saneamento a instaurar pela respectiva comissão ministerial, nos termos da legislação regulamentar: a) Os funcionários ou agentes abrangidos por qualquer das incapacidades eleitorais a que se refere o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 621-B/74, de 19 de Novembro; b) Os directores ou subdirectores da Comissão de Censura ou de Exame Prévio à imprensa, espectáculos, rádio e televisão, os presidentes das Comissões de Censura ou de Exame Prévio do Porto e de Coimbra, bem como os respectivos superiores hierárquicos; c) Os adjuntos leitores ou revisores da Comissão Central de Censura ou de Exame Prévio, leitores ou revisores das Comissões de Censura ou de Exame Prévio do Porto e de Coimbra, delegados efectivos ou substitutos que tenham exercido funções nas delegações das Comissões de Censura ou de Exame Prévio das Zonas Norte, Centro e Sul.”

<sup>1753</sup>. Cfr. artigos 2.º, n.º 1, alínea a), artigos 4.º a 5.º e artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 123/75, de 11 de Março.

- e) O alargamento dos motivos justificativos para o “saneamento”<sup>1754</sup>.
- f) A previsão da possibilidade de suspensão preventiva do exercício de funções, pelo período de três meses, durante o processo de saneamento, quando fosse “considerado indispensável ao apuramento da verdade ou ao bom funcionamento dos serviços”, sem que do respectivo despacho coubesse reclamação ou recurso<sup>1755</sup>.
- g) A demissão automática, por força da lei, de um conjunto de categorias de funcionários, ligados ao exercício de funções “policiais” e de “vigilância” política<sup>1756</sup>.
- h) A suspensão automática do exercício de funções de um conjunto de outros funcionários, com funções conexas com a censura ou exame prévio da informação, com imediata sujeição a “processo de saneamento a instaurar pela respectiva comissão ministerial”<sup>1757</sup>.
- i) A previsão da possibilidade de revisão das “sanções” aplicadas ao abrigo do anterior “regime de saneamento”<sup>1758</sup>.
- j) Os processos de saneamento eram confidenciais, sem prejuízo, dizia-se, das “garantias de defesa dos visados”<sup>1759</sup>.
- k) A Junta de Salvação Nacional podia, “por sua iniciativa, a todo o tempo, mandar instaurar ou rever qualquer processo de saneamento”, assim como “instaurar processo de saneamento e aplicar directamente as sanções ou medidas” de saneamento<sup>1760</sup>.

Em 25 de Março de 1975, foi reafirmada, a título de medidas transitórias de “reorganização da função pública”, a possibilidade de transferência dos “servidores civis” e de aposentação, reunidas, neste caso, as “condições mínimas” e a idade de 60 ou mais anos, por despacho do ministro competente, com fundamento na “mera conveniência de serviço”<sup>1761</sup>.

Em 19 de Fevereiro de 1976, relativamente às situações de demissão automática da função

---

<sup>1754</sup>. Cfr. artigos 2.º, 7.º, n.º 1, e 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 123/75, de 11 de Março.

<sup>1755</sup>. Cfr. artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 123/75, de 11 de Março.

<sup>1756</sup>. Cfr. artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 123/75, de 11 de Março.

<sup>1757</sup>. Cfr. artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 123/75, de 11 de Março.

<sup>1758</sup>. Cfr. artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 123/75, de 11 de Março.

<sup>1759</sup>. Cfr. artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 123/75, de 11 de Março.

<sup>1760</sup>. Cfr. artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 124/75, de 11 de Março.

pública, com fundamento na injustiça e no “alcance social negativo para o processo revolucionário em curso”, foi prevista a possibilidade da respectiva reabilitação<sup>1762</sup>, com fundamento em não ter tomado ou, “tendo tomado, inequivocamente repudiou até àquela data as atitudes e os comportamentos pressupostos nas situações que determinaram” a aplicação de “medidas de saneamento”. O processo de reabilitação, cuja organização cabia à “Comissão de Análise de Recursos de Saneamento e Reclassificação” era decidido por “resolução do Conselho de Revolução ou... despacho do membro em quem este delegar tal competência”, com fixação do “grau de reabilitação e da data a partir da qual produz[ia] efeitos”<sup>1763</sup>.

Pelo Decreto-Lei n.º 74/75, de 21 de Fevereiro, foram “revogadas todas as disposições de diplomas legais que conced[essem] garantia administrativa a funcionários públicos, seja qual fo[sse] a sua classe ou categoria ou o ramo de serviço a que perten[cessem]”<sup>1764</sup>.

Na Constituição de 1976, a função pública é objecto de tratamento específico e em diversas inserções sistemáticas, sendo também maior, em comparação com as anteriores, o número de normas dedicadas à função pública. Destacam-se: i) a afirmação da plena cidadania do funcionário público, no exercício de direitos cívicos e políticos<sup>1765</sup>; ii) a consagração do direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra do por via do concurso, direito inserido entre os direitos de participação política<sup>1766</sup>; iii) a consagração do direito de audiência e defesa em processo disciplinar; iv) a afirmação do princípio da responsabilidade pessoal, civil, criminal e disciplinar dos “funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas pelas suas acções ou omissões de que resulte violação dos direitos ou dos interesses legalmente protegidos dos cidadãos” e a

---

<sup>1761</sup>. Cfr. Decreto-Lei n.º 152/75, de 25 de Março.

<sup>1762</sup>. Salvo a de “todos aqueles que, entre 28 de Maio de 1926 e 25 de Abril de 1974, hajam exercido as funções de Presidente da República e de Presidente do Conselho de Ministros” (artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 139/76, de 19 de Fevereiro).

<sup>1763</sup>. Cfr. artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 139/76, de 19 de Fevereiro.

<sup>1764</sup>. Designadamente, “o artigo 412.º do Código Administrativo, o artigo 3.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 35 007, de 13 de Outubro de 1945, o artigo 5.º do regulamento aprovado pelo Decreto-Lei n.º 39 931, de 24 de Novembro de 1954, e o Decreto n.º 47 605, de 25 de Março de 1967.

<sup>1765</sup>. Cfr. artigo 270.º, n.º 2, da CRP (versão originária).

<sup>1766</sup>. Cfr. artigo 48.º, n.º 4, da CRP (versão originária).

proibição de qualquer garantia administrativa<sup>1767</sup>; v) a redefinição do dever de obediência hierárquica, no sentido de não dispensar o funcionário ou agente de verificar a legalidade da ordem, representando-a junto do superior hierárquico, excluindo tal dever no caso do cumprimento implicar a prática de um crime.

Sob a vigência de um novo quadro jurídico-constitucional, foi colocada em causa a conformidade do Decreto n.º 32 659, de 9 de Fevereiro de 1943, com algumas normas constitucionais, salientando o seu carácter “obsoleto” e o seu “acentuado cunho repressivo”<sup>1768</sup>. No plano da Constituição, entendia-se que tal estatuto não garantia suficientemente o direito de audiência e defesa, porque circunscrevia a nulidade (dita “nulidade absoluta”) à falta de audiência do arguido e apenas aos casos em que a lei a impusesse; que a irresponsabilidade disciplinar do superior não era compatível com o princípio constitucional da responsabilidade dos funcionários e agentes; assim como o incumprimento sem distinções, no que toca à exigência de transmissão ou confirmação por escrito, de ordens ilegais; foi salientada a necessidade de concretizar em infracção disciplinar “a actuação do funcionário orientada não pelo interesse de servir o povo, mas por inclinações de carácter partidário ou outras” e de rever a própria noção de “infracções disciplinares na vida privada”, designadamente, à luz de direitos como a liberdade de expressão e a liberdade de associação<sup>1769</sup>.

Pela Lei n.º 17/79, de 26 de Maio, a Assembleia da República autorizou o Governo a legislar sobre “diversas matérias do regime legal da função pública”<sup>1770</sup>. Concretamente, concedeu “ao Governo autorização legislativa para reformular o regime legal da função pública no que respeita ao regime jurídico das funções de direcção e chefia, à correcção de anomalias em algumas carreiras dos funcionários públicos, ao regime disciplinar, ao estatuto da aposentação e da sobrevivência, bem como à reversão dos vencimentos”.

O Decreto-Lei n.º 191-D/79, de 25 de Junho, que aprovou o “Estatuto Disciplinar dos

---

<sup>1767</sup>. Cfr. artigo 270.º, n.º 1, da CRP (versão originária).

<sup>1768</sup>. João Caupers, parecer elaborado no Processo n.º 76-DI-10, do Provedor de Justiça, Relatório do Provedor de Justiça, 1977, Secretaria de Estado da Comunicação Social, Direcção-Geral da Divulgação, pp. 118 e 119.

<sup>1769</sup>. João Caupers, parecer elaborado no Processo n.º 76-DI-10, do Provedor de Justiça, Relatório do Provedor de Justiça, 1977, cit., pp. 119 e 120.

Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local, foi emitido como um “diploma de transição”, aludindo o respectivo preâmbulo a emissão de um novo regime disciplinar, “no âmbito da reforma administrativa em curso e da [então] projectada Lei de Bases da Função Pública”<sup>1771</sup>.

Apresenta-se como um diploma de “adaptação” (§§ 2 e 12 do preâmbulo) do Decreto-Lei n.º 32 659, de 9 de Fevereiro de 1943, “no sentido do reforço das garantias e direitos atinentes à defesa do arguido, eliminando do mesmo passo as disposições inconstitucionais<sup>1772</sup> ou aquelas que, em face da evolução do direito disciplinar e do meio social a que se aplica, se mostram desactualizadas”<sup>1773</sup>. O objectivo do novo regime foi, também, o de rever disposições “no sentido de uma maior adequação ao espírito constitucional e ao elenco de direitos e garantias estabelecidos”, com destaque para o direito de assistência por advogado, o “direito de consulta do processo em termos mais amplos” e o alargamento das “possibilidades de recurso”<sup>1774</sup>.

Sem prejuízo da afirmação da sua aplicação aos “funcionários e agentes das autarquias locais”<sup>1775</sup>, mantinha, quanto às regras de “competência disciplinar”, o disposto no artigo 572.º do Código Administrativo (“Competência dos corpos administrativos”), prevendo a publicação de um diploma regulamentar de adaptação a ocorrer no prazo de cento e oitenta dias, o que não veio a concretizar-se<sup>1776</sup>.

No diploma, salientam-se os seguintes aspectos:

a) Adopta, na linha dos diplomas anteriores, uma concepção hierárquica da

---

<sup>1770</sup>. “[N]os termos da alínea e) do artigo 164.º, do n.º 1 do artigo 168.º e do artigo 169.º da Constituição”.

<sup>1771</sup>. Cfr. § 12 do preâmbulo.

<sup>1772</sup>. As normas do artigo 9.º em face do n.º 3 do artigo 271.º, do § único do artigo 10.º perante o n.º 2 do artigo 271.º e do § único do artigo 75.º em face do n.º 2 do artigo 269.º da CRP.

<sup>1773</sup>. Cfr. § 4 do preâmbulo.

<sup>1774</sup>. Cfr. § 9 do preâmbulo.

<sup>1775</sup>. Cfr. n.º 2 do artigo 1.º do Estatuto de 1979.

<sup>1776</sup>. Cfr. § 17 do preâmbulo e artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 191-D/79, de 25 de Junho.

Em 1983, José da Silva Paixão, Jorge Alberto Aragão Seia e Carlos Alberto Fernandes Cadilha, em anotação ao Código Administrativo, escreviam: “Como, até à data, não foi publicado esse diploma regulamentar, continua a «aplicar-se o artigo 572.º do Código Administrativo, para o efeito do que se consideram incluídas na previsão do seu n.º 1 todas as penas constantes do n.º 1 do art. 11.º deste Estatuto [aprovado pelo Decreto-Lei n.º 191-D/79, de 25 de Junho] e na previsão do n.º 2 as de repreensão e de multa”. Cfr. Código Administrativo, 3.ª edição, Actualizada e Anotada, Legislação Complementar, Almedina,

responsabilidade disciplinar<sup>1777</sup>.

- b) Eliminou da noção de infracção disciplinar a referência à “ofensa dos deveres gerais dos cidadãos impostos pela lei ou pela moral social”<sup>1778</sup>.
- c) Quanto às sanções disciplinares, para além das actualmente previstas, incluía no respectivo elenco a repreensão verbal e a transferência, aplicável esta aos “funcionários ou agentes que, por provocarem conflitos perturbadores do normal funcionamento dos serviços, torna[ss]em manifestamente inviável a sua permanência nos mesmos”<sup>1779</sup>. Não se traduzia na mera colocação em outro serviço, implicando, também, “a perda de dez dias para efeitos de antiguidade” e levantava dificuldades de ordem prática, porque tal colocação “em lugar ou cargo, igual ou equivalente do mesmo ou de outro serviço dentro do mesmo concelho” deveria ocorrer “sem prejuízo de terceiro”<sup>1780</sup>. As sanções expulsivas passaram a poder ser aplicadas apenas quando estivesse inviabilizada a “manutenção da relação jurídico-funcional”<sup>1781</sup>.
- d) O diploma atenuou “os efeitos das penas mais graves, nomeadamente no que toca ao reflexo das mesmas sobre o direito à pensão na perspectiva das alterações introduzidas ao Estatuto da Aposentação e, quanto às incapacidades delas resultantes, pela introdução da figura da reabilitação”<sup>1782</sup>.
- e) O Estatuto disciplinar passou a incluir um artigo relativo à “prescrição das penas” disciplinares, segundo prazos variáveis em função da gravidade da sanção<sup>1783</sup>.

O Despacho Normativo n.º 142/80, de 24 de Abril, emanado ao abrigo do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 191-D/79, de 25 de Junho, pretendeu definir “critérios uniformes na resolução de dúvidas suscitadas na aplicação do [respectivo] Estatuto Disciplinar”, dúvidas

---

Coimbra, 1983, p. 269.

<sup>1777</sup>. O que emerge de vários dos seus preceitos, designadamente do artigo 2.º (de acordo com o qual os “funcionários e agentes são disciplinarmente responsáveis “perante os seus superiores hierárquicos”), e dos artigos 16.º, 37.º e 40.º, n.º 3, do Estatuto de 1979.

<sup>1778</sup>. Cfr. artigo 3.º.

<sup>1779</sup>. Cfr. artigo 11.º, n.º 1, e 22.º.

<sup>1780</sup>. Cfr. artigo 12.º, n.º 3.

<sup>1781</sup>. § 10 do preâmbulo e artigo 25.º, n.º 1.

<sup>1782</sup>. Cfr. § 10 e artigo 12.º.

<sup>1783</sup>. Cfr. artigo 32.º do Estatuto disciplinar de 1979 e Acórdão do STA de 24 de Junho de 1982, processo n.º 016419 (<http://dgsi.pt/jsta>).

relativas ao regime da prescrição, à sanção de transferência, à sanção de suspensão, à infracção de acumulação ilegal de funções públicas e com actividade privada, às regras de competência, tramitação do procedimento disciplinar e aos fundamentos de recurso da decisão nele proferida.

Através da Lei n.º 10/83, de 13 de Agosto, a Assembleia da República autorizou o Governo a rever o “estatuto disciplinar”, o que veio a ser concretizado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro. O diploma segue de perto o Decreto-Lei n.º 191-D/79, de 25 de Junho, do qual, como se diz no respectivo preâmbulo, “não constitui uma reformulação global, ficando a dever-se à preocupação de evitar a dispersão do regime disciplinar por legislação extravagante”, por força da sua revogação. As alterações dignas de nota são as que vêm enunciadas no seu preâmbulo, a saber:

- a) A previsão de “novas formas de conduta ilícita” – de que se salienta o aditamento de infracções, puníveis fundamentalmente com a sanção de demissão, traduzidas na utilização do emprego ou cargo público em favor próprio ou de terceiros, em detrimento e/ou prejuízo dos interesses públicos<sup>1784</sup> – e o agravamento, em geral, das sanções, designadamente, pela deslocação de certas infracções para o âmbito previsivo de sanções mais graves<sup>1785</sup> e pelo agravamento dos respectivos efeitos<sup>1786</sup>.

O objectivo, segundo enunciado igualmente no respectivo preâmbulo, foi o de dotar a Administração Pública “com instrumentos legais mais adequados ao combate à corrupção, numa perspectiva de moralização da própria Administração”.

---

<sup>1784</sup>. Cfr. artigo 26.º, n.º 4, do Estatuto aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro, e o artigo 25.º, n.º 4, do Estatuto aprovado pelo Decreto-Lei n.º 191-D/79, de 25 de Junho. Cfr. igualmente o aditamento ao elenco das infracções sancionáveis com a inactividade da infracção consubstanciada pelo uso ou permissão a outrem que “use ou se sirva de quaisquer bens pertencentes à Administração cuja posse ou utilização lhes esteja confiada para fim diferente daquele a que se destinem” (cfr. artigo 25.º, n.º 2, alínea g), do primeiro diploma e o artigo 24.º do segundo); o aditamento ao elenco das infracções puníveis com a suspensão da infracção de dispensa de “tratamento de favor a determinada pessoa, empresa ou organização” (cfr. alínea f), do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro, e artigo 23.º, n.º 1).

<sup>1785</sup>. Assim, por exemplo, enquanto que aos funcionários ou agentes que, dentro do mesmo ano civil, dessem trinta faltas interpoladas e injustificadas era aplicável a sanção disciplinar da suspensão, no Decreto-Lei n.º 191-D/79, de 25 de Junho, com o Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro, as faltas injustificadas em número de cinco ou de dez interpoladas podem dar lugar à sanção disciplinar de aposentação compulsiva e de demissão.

<sup>1786</sup>. Cfr. artigos 12.º e 13.º do Decreto-Lei n.º 191-D/79, de 25 de Junho, e artigos 11.º e 12.º do Estatuto aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro.



- b) Nesta perspectiva, também, destaca-se “a aplicação ao pessoal dirigente e equiparado da pena de cessação da comissão de serviço, quer com carácter autónomo – pela prática de infracções típicas – quer com carácter acessório”<sup>1787</sup>.
- c) Do elenco das sanções disciplinares, foi eliminada a sanção de transferência, não tanto, explica o preâmbulo do diploma, pelas “dificuldades de aplicação mas sobretudo [pela]... consideração de que a transferência é um instrumento de gestão do pessoal e que, por isso, não deve ter uma valoração disciplinar autónoma”.
- d) O estatuto disciplinar passou a ter um capítulo dedicado aos “processos de inquérito, de sindicância e de meras averiguações”<sup>1788</sup>.
- e) Ao invés do Estatuto Disciplinar de 1979, que deixava em aberto os termos exactos da sua aplicação à função pública local autárquica, o Estatuto de 1984 é “aplicável, em toda a sua extensão, à Administração local”.

## **6. As premissas actuais do Direito disciplinar da função pública**

O Estatuto disciplinar de 1984 é, hoje, o quadro legislativo de referência do Direito disciplinar da função pública, aplicável aos trabalhadores com vínculos jurídico-administrativos e aos titulares de órgãos administrativos. A redefinição do regime jurídico do trabalho na Administração Pública e o reajustamento das estruturas e procedimentos administrativos condicionam a actualidade daquele Estatuto. O “PL 316/2007”, de 2007.06.12, prevê, no preâmbulo, que “o Estatuto Disciplinar será objecto de revisão e será aplicável a todos os trabalhadores da Administração Pública, com um elenco de deveres comuns e as especificidades que pontualmente se justifiquem quanto aos procedimentos disciplinares e quanto às sanções aplicáveis em cada tipo de vínculo, derivadas da sua natureza”.

Seja qual for o mérito deste sentido uniformizador do regime disciplinar e o sentido em que venha a evoluir, constituem premissas jurídicas do mesmo, fundamentalmente, as seguintes:

- a) No quadro da Constituição, foram-se afirmando, na actuação administrativa e no

---

<sup>1787</sup>. Cfr. artigos 11.º, n.º 2, 13.º, n.º 12, e 27.º do Estatuto aprovado Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro.

seu relacionamento com administrados, princípios jurídicos como os princípios da transparência, da participação, da separação entre o poder político e a Administração, da simplificação e da eficácia, da subsidiariedade horizontal e vertical, «novos direitos», como “o direito à eficiência e à eficácia dos serviços públicos”, o direito à informação e à participação e o direito à igualdade de oportunidades, novas formas de administração, como a “co-administração” (parcerias público-privadas) e a chamada “administração da subsidiariedade”<sup>1789</sup>.

- b) A fisionomia da Administração orgânica alterou-se. Em termos dimensionais, aumentou não só o número mas também a complexidade organizativa. O Estado hoje é pretendido que seja regulador da actividade privada e das formas descentralizadas e independentes de prestação do serviço público<sup>1790</sup>, tenha um carácter infra-estrutural e seja um «Estado de qualidade»<sup>1791</sup>.
- c) A necessidade de reajustar os regimes jurídicos laborais ao posicionamento dos sujeitos nas relações de trabalho em face da economia, da realidade social, à mutabilidade das organizações e formas prestativas, entre outros aspectos, demanda, como vem sendo salientado, uma conformação legal racional (maior eficácia com menor densidade), a sua articulação com o necessário respeito pela autonomia dos respectivos sujeitos e a diferenciação das situações e regimes jurídicos de trabalho<sup>1792</sup>, seja por via da lei e, também, da negociação colectiva<sup>1793</sup>; reflecte-se,

---

<sup>1788</sup>. Que inexistia no estatuto disciplinar aprovado pelo Decreto-Lei n.º 191-D/79, de 25 de Junho.

<sup>1789</sup>. Gregorio Arena, “*E-Government* y nuevos modelos de administración”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 163, Enero/Abril, 2004, pp. 415 a 519. Na co-administração, a “Administração estimula os cidadãos a fazerem face conjuntamente a um problema de interesse geral que aquela não pode solucionar sozinha, ou que, ainda que o possa, a solução será menos eficiente que a obtida juntamente com aqueles”, como é o caso da prevenção na saúde (pp. 422 a 424). A administração de subsidiariedade alicerça-se na “iniciativa autónoma dos cidadãos, que se mobilizam para realizar actividades de interesse geral” (p. 424).

<sup>1790</sup>. Juli Ponce Solé, “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 162, Septiembre/Diciembre, 2003, pp. 96 e 97.

<sup>1791</sup>. A “qualidade vem-se afirmando desde há alguns anos como um novo parâmetro legitimador da actividade administrativa”. Cfr. Juli Ponce Solé, “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones”, cit., p. 98.

<sup>1792</sup>. Sobre a “profunda influência no direito do trabalho” do factor económico e a consequente introdução no discurso doutrinal de matérias como “os custos do trabalho”, o “estatuto de protecção dos trabalhadores”,

por seu turno, o que é reversivo, na interdependência entre as políticas económicas, sociais e de emprego<sup>1794</sup>.

A Administração Pública não é imune a este enquadramento<sup>1795</sup>. Há-de reflectir essas tendências, transpostas para o seu campo de actuação, que “repousa sobre os direitos e as necessidades” da colectividade<sup>1796</sup>. A «laboralização» das relações de trabalho faz parte daquele reajustamento e diversificação<sup>1797</sup>, tendo em vista a

---

“os efeitos negativos da inamovibilidade espacial e funcional na gestão das empresas” e a «normalização» das formas de trabalho tradicionalmente tidas por «atípicas» em típicas, ver Maria do Rosário Palma Ramalho, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Setembro de 2000, pp. 9 a 12. Ver ainda, sobre as premissas alinhadas no texto, da mesma Autora, “O novo Código do Trabalho. Reflexões sobre a proposta de lei relativa ao novo Código do Trabalho”, in *Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, 2003, pp. 19, 50 a 53, e “Ainda a crise do direito laboral: a erosão da relação de trabalho ‘típica’ e o futuro do Direito do Trabalho”, in *Estudos de Direito do Trabalho*, cit., pp. 114 e segs. Cfr., igualmente, Glória Rebelo, “Reflexões sobre o teletrabalho: entre a vida privada e a vida profissional”, in *Questões Laborais*, Ano XI, 2004, n.º 23, pp. 102 e 103; pontos 5, 8 e 11 do preâmbulo da Directiva 1999/70/CE do Conselho, de 28 de Junho de 1999, respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP sobre os contratos de trabalho a termo e Ramón Parada Vázquez, “La degeneración del modelo de función pública”, *Revista de Administración Pública*, cit., p. 450 (; o ajustamento do regime jurídico de trabalho às necessidades de cada um dos serviços e administrações em detrimento de um estatuto geral é referido por Ramón Vázquez “parece[r ser] um primeiro passo para recuperar a flexibilidade e a riqueza organizativa originária”) e Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, *A Função Pública Portuguesa. Estatuto Novo ou Nova Política?*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Lisboa, Separata da revista n.º 122, 1969, pp.19 e 29.

<sup>1793</sup>. A regulação colectiva das relações de trabalho é uma forma de superar o obstáculo da desigualdade de tratamento que poderia resultaria da determinação bilateral individualizada do respectivo conteúdo. A “dispersão” do regime jurídico resultante da criação por lei avulsa de regimes especiais pode ser racionalmente convertida numa diversidade necessária através da negociação colectiva. Neste sentido, Martin Godino Reyes, *El Contrato de Trabajo en la Administración Pública*, cit., p. 62.

<sup>1794</sup>. Por exemplo, o prolongamento da vida profissional e o aumento da duração das cotizações ligadas à reforma do sistema de segurança social farão multiplicar “«segundas carreiras»” - “Refonder de statut de la fonction publique territoriale pour réussir la décentralisation”, ([www.territorial.fr/file/316-Rapport\\_at31-10-03-153807.pdf](http://www.territorial.fr/file/316-Rapport_at31-10-03-153807.pdf), p. 20).

<sup>1795</sup>. Ramón Parada Vázquez observa que os actuais modelos de emprego público, em particular, o espanhol, “já não satisfazem convenientemente o interesse público, que sempre estará em assegurar que os seus servidores alcancem fortes graus de compromisso e lealdade com a organização e não que se encontrem satisfeitos porque são cada vez menos os deveres e mais os seus direitos e garantias e, no fundo, por se situarem-se numa posição escandalosamente privilegiada relativamente ao emprego privado, cada vez mais precarizado e menos retribuído” - “La degeneración del modelo de función pública”, cit., pp. 448 e 449.

<sup>1796</sup>. Demetrios Argyriades, in “Des valeurs pour le service public: Enseignements tirés des récentes tendances & du Sommet du millénaire”, *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Vol. 69, Numéro 4 Décembre 2003, p. 619.

<sup>1797</sup>. Um dos objectivos da “privatização do emprego público” impulsionado em Itália pela Legge delega n.º 421, de 1992, foi o de “transformar a administração numa série de centros que agissem sob a garantia da lógica privatística, uma lógica de autonomia, de escolha, de responsabilidade: centros de poder negocial, centros de responsabilidade administrativa e também centros de despesa” - Gian Carlo Perone, *Introduzione – Profili storici*, *La Privatizzazione del Pubblico Impiego*, Profili Sostanziali e Processuali, cit., p. 16. No

melhoria da eficiência e da qualidade da administração pública<sup>1798</sup>, a autonomia e a competitividade do sector privado e a necessidade de atalhar aos “custos do sector público”<sup>1799</sup>.

O regime jurídico da função pública tem sido, entre nós, objecto de algumas mudanças, desde o 25 de Abril, mais frequentes do que significativas<sup>1800</sup>, sendo, não obstante, de destacar, principalmente, a partir dos finais dos anos noventa uma evolução no sentido da respectiva «privatização» e «contratualização». Outro dos planos fundamentais para corresponder a tais desideratos é o da sujeição à concorrência (interna e externa) dos empregos públicos, entre sectores da Administração ou Administrações Públicas e entre pessoas colectivas públicas e pela intercomunicabilidade com o sector privado, como postulado pelo Direito Comunitário<sup>1801</sup>. Releva, designadamente, a ampla e eficaz publicidade dos

---

sentido da contratualização e diversificação do regime, ver Rui Machete, “O capital humano na Função Pública. Contratualização/Estaturização”, in *A Administração Pública no limiar do Século XXI. Os Grandes Desafios*, INA, 2001, pp. 52 e segs., *maxime*, 62 e 63. Prognosticando já esta evolução e, em particular, a extensão do regime jurídico de trabalho privado e a necessidade de adopção, na Administração Pública, de “processos de trabalho” e preocupações de cálculo económico e «rendimento», veja-se Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, *A Função Pública Portuguesa. Estatuto Novo ou Nova Política*, cit., pp. 50 a 54.

<sup>1798</sup>. Embora a sua eficácia esteja diminuída pela própria rigidez com que é caracterizado o sistema jus-laboral português. Destaca Maria do Rosário Ramalho que “procura, também ele, soluções de maior flexibilidade na contratação e na gestão dos recursos humanos, de contenção de custos, etc.” - “Intersecção entre o regime da função pública e o regime laboral – breves notas”, in *Estudos cit.*, p. 85. No mesmo sentido já se pronunciava em 1984, António Monteiro Fernandes, “A recente evolução do Direito do Trabalho em Portugal. Tendências e Perspectivas”, *Revista Jurídica*, n.º 3, Jan./Fev., 1984, AAFDL, p. 19 (“Assim, permanece, ..., o modelo de relação de trabalho em que o ordenamento laboral se centra: o da relação de trabalho caracterizada pela subordinação jurídica, pela duração indeterminada, pela tendencial *exclusividade* da ocupação e pela fixidez modal do seu objecto (funções exigíveis, local, tempo). É curioso assinalar (...) como este modelo se aproxima do das relações de emprego público.”).

<sup>1799</sup>. Ramón Parada Vázquez, questionando-se sobre as “transformações necessárias para que o modelo de função pública... possa subsistir neste duríssimo cenário da globalização da economia...[observa que] o nosso sector privado só poderá ser competitivo se se livrar substancialmente dos custos que supõe manter o sector público” - “La degeneración del modelo de función pública”, cit., p. 414. Cfr. sobre as “despesas com pessoal da Administração Pública”, o Parecer do Conselho Económico e Social, aprovado no Plenário de 25 de Setembro de 2002, sobre “As Grandes Opções do Plano para 2003”, Relator Conselheiro José de Almeida Serra, Lisboa, 2002, pp. 40 e 42.

<sup>1800</sup>. Vital Moreira refere-se a grandes mudanças, em anotação ao artigo 33.º do Projecto de lei-quadro dos institutos públicos, in *Relatório e Proposta de Lei-quadro sobre os Institutos Públicos*, Grupo de Trabalho para os Institutos Públicos, Lisboa, Setembro de 2001, p. 425.

<sup>1801</sup>. O acesso à função pública dos Estados membros veda não só as discriminações ostensivas, fundadas na nacionalidade, como também as formas dissimuladas de discriminação, seja no ingresso, seja no curso da carreira. Se uma regra ou prática resulta mais favorável para os nacionais de um Estado membro em detrimento dos nacionais dos outros Estados membros, ela presume-se contrária ao princípio da livre

empregos<sup>1802</sup>, o provimento segundo critérios de mérito e a redução das formas não selectivas de provimento (concursos internos limitados e reconversão e reclassificação profissional<sup>1803</sup>).

Noutro plano, regista-se a tendência para enfatizar, a partir das insuficiências de doutrinas como a da Nova Gestão Pública, os valores do profissionalismo, da ética do serviço público, da integridade, empenhamento, objectividade e independência dos agentes públicos e, portanto, da confiança na acção administrativa<sup>1804</sup>.

Ao regime jurídico das relações de trabalho na Administração Pública pede-se que constitua um instrumento de eficiência interna e de promoção da eficiência externa, respectivamente, de “minimização dos custos e potenciação dos resultados” e de “disponibilização de estruturas, procedimentos e objectivos capazes de promover a

---

circulação. A equivalência das qualificações e diplomas, a equivalência das experiências profissionais e a unicidade das carreiras quanto aos direitos sociais são instrumentos jurídicos fundamentais de mobilidade.

<sup>1802</sup>. A falta de informação ou de ampla informação sobre os empregos disponíveis e sobre os procedimentos destinados ao seu provimento “constitui um verdadeiro freio à mobilidade” – M. Rémy Schwartz *apud* “Refonder de statut de la fonction publique territoriale pour reussir la decentralisation”, relatório (p. 11), in <http://www.territorial.fr>. Deveria ser obrigatória a publicação anual concentrada, em mês certo, dos lugares ou postos de trabalho de todos os serviços e organismo a prover, com indicação dos respectivos procedimentos e prazos de candidatura, com base num atempado e global planeamento de efectivos. A “Bolsa de Emprego Público”, criada pelo Decreto-Lei n.º 78/2003, de 23 de Abril, com o objectivo de “simplificar e agilizar os processos de divulgação e publicitação das oportunidades de recrutamento, de mobilidade geográfica, interdepartamental e profissional e de reafecção dos recursos humanos na Administração Pública”, não é suficiente. O preenchimento de lugares através de todas as formas de mobilidade, para além da publicidade, deveria ser melhor disciplinado. Por exemplo, a transferência, a requisição e o destacamento, a pedido do funcionário, só deveriam ser possíveis no caso de existir no serviço de origem funcionários bastantes para assegurar, sem prejuízo, o respectivo trabalho (em sentido algo semelhante, com referência ao direito positivo italiano, ver Laura Rainaldi, “Impiego pubblico”, cit., p. 172), sendo demonstrativo do contrário a existência de trabalhadores contratados a termo ou de prestadores de serviço, ambos na área de actividade do funcionário.

<sup>1803</sup>. Cfr. Marcel Pochard, “Quel avenir pour la fonction publique?”, *L’Actualité Juridique de Droit Administratif*, n.º 1/2000, p. 18 (“Mais cet objectif simple est en porte à faux avec toutes les règles mises en place pour favoriser la promotion interne: concours internes réservés à des viviers ciblés, mécanismes de reclassement protecteurs, avantages accordés à l’ancienneté, etc.”) e Decisão da Cour Administrative d’Appel de Douai, de 11 de Julho de 2002, in *Actualité Juridique de Droit Administratif*, n.º 24/2002, p. 1506.

<sup>1804</sup>. Demetrios Argyriades, in “Des valeurs pour le service public: Enseignements tirés des récentes tendances & du Sommet du millénaire”, cit., pp. 611 e segs., *maxime*, p. 611, Paul Lewalle, “Bibliographie Approfondie. La Réforme de la Fonction Publique, Bibliothèque de droit administratif, La Charte, 2002”, *Administration Publique, Revue du Droit Public et des Sciences Administratives*, 27ème années, T 2/2003, pp. 172 a 175, e Eva Nieto Garrido, “El New Public Management y el Gobierno a través de contratos en el Reino Unido”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 162, Septiembre-diciembre 2003, pp. 392 e 393 e 401 a 407, e The Civil Service Code inglês, no *site* do Cabinet Office.

eficiência social”, numa economia de mercado<sup>1805</sup>.

A função pública (em sentido amplo) alterou-se compositamente:

- (1) As relações de trabalho com títulos e regime jus-administrativistas não têm hoje as características que lhe são tradicionalmente reconhecidas, ou têm-nas de forma temperada, sob a influência «laboralizadora» e da reforma e modernização pretendidas para a Administração Pública<sup>1806</sup>.
- (2) Sem prejuízo do aumento do número dos vínculos jus-privatísticos e da aplicação crescente de normas jus-laborais<sup>1807</sup>, a grande parte das relações de trabalho está ainda submetida a uma particular disciplina jurídica de Direito Administrativo, que difere em parte significativa da do Direito do Trabalho.
- (3) As relações de trabalho jus-privatísticas, por seu turno, não são idênticas às estabelecidas no sector privado. A contento da pretendida flexibilidade e eficácia

---

<sup>1805</sup>. Cfr. Joan Prats i Català, “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público”, Documentación Administrativa, n.ºs 241-242, Janeiro-Agosto, 1995, pp. 38 a 43. Joan Prats i Català refere que o sistema de mérito nasceu para fazer face à necessidade de “segurança jurídica e confiança e, desta forma, promover a eficiência no mercado, portanto, para promover a eficiência social (na distinção de Posner entre eficiência interna e eficiência externa,...” (p. 38). Defende que a “função pública como instituição não compreende a totalidade do emprego público (...). Na função pública *stricto sensu* o que está em causa é a objectividade da Administração e a imparcialidade do funcionário como exigência de criação de condições de eficiência numa economia de mercado” e no mero emprego público “é principalmente a prestação eficaz e eficiente dos serviços públicos divisíveis”, pela distribuição dos respectivos recursos, correspondentes àquelas funções, “cujo exercício pode ser assegurado por uma empresa pública ou pela contratualização ou que são susceptíveis de privatização”, em que a imparcialidade não é o valor fundamental, as quais serão a maioria. Argui que da não “distinção substantiva entre funcionários e empregados” e da extensão do regime funcional resulta a impossibilidade de gestão eficaz e eficiente de todas as funções públicas ou a flexibilização do estatuto funcional em tal grau que deteriora o valor da imparcialidade ou ainda a inversão aplicativa dos regimes de trabalho, com a “rigidificação do emprego na provisão dos serviços” e “a flexibilização nas funções de autoridade e soberania” (pp. 39, 40, 42 e 43).

<sup>1806</sup>. Observa Franco Carinci que a reforma do emprego público em Itália “não pode ser reduzida a uma história interna da disciplina das relações de trabalho da Administração Pública e deve ser enquadrada ao invés na reforma global da Administração Pública, iniciada com as importantes leis n.º 142/1990 sobre autonomias locais e 241/1990 sobre procedimento administrativo e acesso aos documentos públicos, bem como as duas *leggi delega* n. 421/1992 e 59/1997, em matéria ainda de emprego público” – La Privatizzazione del Pubblico Impiego, Profili Sostanziali e Processuali, Atti del Convegno di Perugia, 31 Maggio 1999, a cura di Michele Cerreta e Mario Colacito, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, pp. 23 e 167.

<sup>1807</sup>. Cfr. O Perfil da Administração Pública Portuguesa, Direcção-Geral da Administração Pública, Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública, 2000, pp. 12 a 23, Rui Pessoa de Amorim, “Regime laboral e estatuto e remunerações do pessoal dirigente dos institutos públicos”, in Relatório e proposta de lei-quadro sobre os Institutos Públicos, Grupo de Trabalho para os Institutos Públicos Presidido pelo Prof. Vital Moreira, Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública, Lisboa, Setembro de 2001, pp. 115 a 203, e Lei n.º 52/2005, de 31 de Agosto, que aprova as Grandes Opções do Plano para 2005-

(artigo 267.º, n.ºs 1 e 2, da CRP), não podem, por um lado, ser desimediatizadas ou descontextualizadas da esfera pública (numa hipotética equiparação entre emprego público e emprego privado): para além da natureza jurídica do sujeito empregador e da heterodeterminação dos interesses que prossegue<sup>1808</sup>, fundamental é o facto de aqueles que corporizam o empregador público “não joga[re]m nelas o seu pecúlio pessoal”<sup>1809</sup>

<sup>1810</sup>.

- (4) Não obstante, regista-se também, por vezes, o impregnar (designadamente, por via regulamentar<sup>1811</sup>) tais relações de trabalho de natureza privada com o designado regime jurídico da função pública, numa, mais ou menos clara, «refuncionarização do pessoal laboral» e ou do regime jurídico que lhe é aplicável<sup>1812</sup>.

---

2009, DR., I Série, p. 5196.

<sup>1808</sup>. Interesses públicos a cuja realização são instrumentais as relações de trabalho.

<sup>1809</sup>. Ramón Parada Vázquez, “La degeneración del modelo de función pública”, in *Revista de Administración Pública*, Núm 150, Septiembre-Diciembre, 1999, p. 414. Como refere o STA, no Acórdão de 9 de Maio de 2002, a Administração, “... , seja qual for o instrumento contratual utilizado está sempre a comprometer bens ou recursos públicos, de que só pode dispor ou afectá-los nos termos em que a lei lho consinta, designadamente com respeito pelos princípios da igualdade e da imparcialidade, pelo que as regras gerais da capacidade de exercício podem não ser suficientes” (Processo n.º 047720, 1.ª Subsecção do CA, in [www.dgsi.pt/jsta](http://www.dgsi.pt/jsta), pp. 5 a 7.

<sup>1810</sup>. É sugestiva a observação exemplificativa de Gaetano Zilio Grandi, segundo a qual a equiparação da estrutura e regime retributivos da relação jurídica de emprego público aos do sector privado não afasta a diferença de função, respectivamente, a racionalização do custo do emprego público e a melhoria da competitividade das empresas. Cfr. “Il trattamento economico dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”, in *La Privatizzazione del Pubblico Impiego*, cit., pp. 88 e 93 e p. 171.

<sup>1811</sup>. Da análise feita por António Cândido de Oliveira a cerca de vinte institutos públicos resultou que “à aplicação do contrato individual de trabalho acrescentam-se frequentemente as especialidades previstas nos estatutos dos institutos e seus regulamentos, remetendo-se, também, frequentemente as condições de prestação e de disciplina do trabalho para regulamento próprio.” Como bem observa aquele professor, os “princípios constitucionais devem manter-se, havendo, contudo, o cuidado de os aplicar sem que tal signifique um regresso ao direito da função pública. (...) pode haver o risco de, nomeadamente por pressão sindical, se introduzirem, em regulamentos internos de institutos dotados de pessoal sujeito ao direito laboral, as regras da função pública que claramente se quiseram afastar.” – cfr. “Os Funcionários Públicos em Portugal: Presente e Perspectivas de Futuro”, *Scientia Iuridica*, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo XLVIII, n.ºs 277/279, Janeiro/Junho, 1999, pp. 114 a 117. Ver, em geral, sobre a administrativização do Direito Privado, Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2003, pp. 793 a 810

<sup>1812</sup>. Martin Godino Reyes, *El Contrato de Trabajo en la Administración Pública*, cit., p. 92.

**Secção II – O Direito disciplinar da função pública****Subsecção III – O Direito disciplinar da função pública noutros ordenamentos jurídicos****1. Análise geral****§ 1 Ordenamentos jurídicos europeus**

1. O Direito disciplinar da função pública francesa
2. O Direito disciplinar da função pública italiana
3. O Direito disciplinar da função pública alemã
4. O Direito disciplinar da função pública espanhola
5. O Direito disciplinar da função pública britânica

**§ 2 No Direito da função pública dos Estados Unidos da América****§ 3 Em países de expressão oficial portuguesa**

1. No direito disciplinar da função pública brasileira



- 2. No direito disciplinar da função pública de Cabo Verde
- 3. No direito disciplinar da função pública de Moçambique
- 4. No direito disciplinar da função pública de Angola
- § 4 No Direito da função pública das organizações internacionais
- § 5 No Direito da função pública da União Europeia

### **Subsecção III – O Direito Disciplinar da função pública noutros ordenamentos jurídicos**

Analisa-se na presente subsecção o Direito disciplinar em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros. Os elementos comparativos contribuem para melhor avaliar numa perspectiva sincrónica e diacrónica o Direito disciplinar da função pública portuguesa. A utilidade desse conhecimento é função do número dos ordenamentos que se estudem mas também da expressividade dos mesmos, dada pela diversidade dos grupos ou sistemas jurídicos de inserção. Consideram-se, à luz destes critérios, o Direito da função pública em alguns ordenamentos jurídicos europeus, nos Estados Unidos da América, nos ordenamentos jurídicos de países de expressão oficial portuguesa, nas organizações internacionais em geral e, por último, na União Europeia.

Interessa também perceber a matéria ou objecto que noutros ordenamentos jurídicos se estuda numa perspectiva dinâmica, de contexto e de aplicação do Direito que lhe respeita.

Isto claro, no quadro do trabalho mais vasto que está em causa, de forma comedida, por na economia do texto não haver lugar para o respectivo conhecimento mais aprofundado.

## **§ 1 – Em ordenamentos jurídicos europeus**

### **0. Análise geral**

Num estudo comparativo da função pública de quinze Estados membros, datado de 1996, apurou-se que o respectivo Direito disciplinar assentava, em geral e fundamentalmente, numa regulação formal, normativa<sup>1813</sup>. Visa “assegurar que o trabalhador realiza as suas tarefas em conformidade com as instruções recebidas” e, no limite, “retirar-lhe o estatuto” ou pôr termo à relação de trabalho, na perspectiva da “eficácia administrativa” e do interesse e confiança da colectividade na acção administrativa. Por outro lado, trata-se de garantir a protecção jurídica do trabalhador, seja pela realização de um procedimento no qual seja, seja pelo controlo jurisdicional das decisões disciplinares<sup>1814</sup>. Quatro elementos essenciais são objecto de constante atenção do Direito disciplinar: a identificação das infracções disciplinares, a delimitação das sanções, o procedimento da sua aplicação ou o modo de exercício do poder disciplinar e os direitos e garantias dos trabalhadores.

Quanto às infracções disciplinares, dois aspectos são ponderados: o da fonte jurídica da sua identificação e o da sua enunciação típica. Quanto ao primeiro aspecto, as infracções disciplinares, nalguns países, são definidas em convenções colectivas, noutros, em lei e regulamento. Quanto ao segundo aspecto, nenhum opta pelo enunciação típica fechada das infracções disciplinares<sup>1815</sup>.

---

<sup>1813</sup>. “As questões disciplinares – assinalam, em 1996, Astrid Auer, Christoph Demmke e Robert Polet, num estudo comparativo ao Direito disciplinar dos, então, quinze Estados-membros – são regulamentadas” (La Fonction publique dans l’Europe des 15: Réalités et Perspectives, Institut Européen d’Administration Publique, Maastricht, Holanda, 1996, p. 117).

<sup>1814</sup>. Estas funções foram identificadas por Astrid Auer, Christoph Demmke e Robert Polet, a partir da análise comparativa da função pública dos quinze Estados-membros, existentes em 1996 - La Fonction publique dans l’Europe des 15: Réalités et Perspectives, cit., p. 115.

<sup>1815</sup>. Astrid Auer, Christoph Demmke e Robert Polet, La Fonction publique dans l’Europe des 15: Réalités et Perspectives, citado. De acordo com o estudo, não existe uma regulamentação ou definição normativa das faltas disciplinares na Bélgica (p. 158), na Dinamarca (p. 165), na Alemanha (p. 172), na França (p. 192), na Áustria (p. 225), na Suécia (p. 245) e no Reino Unido, sem prejuízo, neste, da conformação por princípios fundamentais contidos no Civil Service Management Code (p. 255).

Existe nos seguintes: Grécia, a título indicativo ou de forma não exaustiva (p. 178), na Espanha (p. 185), na Irlanda, a partir de precedentes jurisprudenciais (p. 199), em Itália, definidas, em geral, em convenções

Como deveres funcionais, para além dos comuns e sempre detidamente tratado dever de obediência, dever de reserva ou de neutralidade e dever de sigilo, deveres similares ou afins são os demais deveres identificados, subdivididos, nuns casos, integrados noutros deveres, por vezes<sup>1816</sup>. Se, por um lado, se profissionalizam, no sentido de direccionados para o cumprimento do complexo obrigacional do trabalhador para com o empregador público, por outro lado, regista-se também uma tendência para a sua eticização, de modo a ser desenhado um padrão de comportamento laboral mais amplo, preventivo, daquele pelo qual o trabalhador pode vir ser juridicamente responsabilizado do ponto de vista disciplinar.

Quanto ao procedimento, ora não existe previsão legal da realização de um procedimento disciplinar, sem prejuízo do respeito de certas garantias, como, por exemplo, a audição de «uma terceira parte», ora se exige a realização de um “procedimento informal” prévio “à discussão ou julgamento formal”<sup>1817</sup>.

---

colectivas (p. 206), no Luxemburgo (p. 212), na Holanda (p. 218), na Finlândia, através de “definições gerais que compreendem diferentes tipos de actos classificados em níveis diferentes” (p. 239).

<sup>1816</sup>. Astrid Auer, Christoph Demmke e Robert Polet, *La Fonction publique dans l’Europe des 15*, cit., p. 115.

<sup>1817</sup>. Na Bélgica, a aplicação de sanção disciplinar depende de um procedimento prévio, que compreende em face de uma decisão provisória, uma fase oral, após a qual deve ser formulado, no prazo de cinco dias, uma proposta de decisão pelo “Conselho de direcção”. Como direitos dos funcionários identificam-se o direito de audiência prévia, o “direito de ser representado por um conselho” e o direito de recurso (p. 158).

Na Dinamarca, exige-se um procedimento prévio, que pode traduzir-se num inquérito seguido de proposta ao ministro competente para decisão. Os funcionários têm o direito de audiência prévia, de “consultar um conselho ou de ser representados por um advogado”, o direito de solicitar a intervenção do Ombudsman e o direito de recurso perante as jurisdições ordinárias (p. 165).

Na Alemanha, há lugar, segundo a gravidade da infracção, a um procedimento disciplinar da responsabilidade do empregador público de cuja decisão cabe recurso e um procedimento junto de “jurisdição disciplinar”, sempre com reconhecimento do direito de defesa (p. 172).

Na Grécia, o procedimento compreende, em geral, duas fases: “instrução” e “julgamento”. O trabalhador tem direito de ser assistido por um advogado, o direito de recurso, da decisão tomada por “autoridade investida do poder disciplinar”, perante o “conselho de serviço” e, bem assim, junto do Conselho de Estado (p. 178).

Em Espanha, o procedimento disciplinar é instruído e decidido por órgãos administrativos diferentes e, no caso de infracção grave, também um representante do trabalhador deve ser ouvido (p. 185).

Em França, tem lugar procedimento no qual as duas partes são ouvidas e em que a respectiva decisão depende da consulta de um “conselho de disciplina”, salvo no caso das sanções de advertência e repreensão. O trabalhador tem o direito de assistência técnica diante desse órgão, direito de recurso para “Comissão de Recurso do Conselho Superior da Função Pública do Estado” e para os tribunais administrativos (p. 192).

Na Irlanda, não existe previsão de realização de procedimento disciplinar, mas “uma terceira parte neutra pode ser ouvida”. O funcionário tem direito de recurso junto da “Comissão de recursos” (p. 199).

Em Itália, existe obrigatoriedade de procedimento disciplinar e ao trabalhador são, designadamente, reconhecidos o direito de ser ouvido e o direito de recurso perante os tribunais comuns ou os tribunais

Três garantias se destacam: a audição do trabalhador visado, o direito de assistência por advogado e a intervenção de «um terceiro» exterior à relação jurídica de emprego (v.g. pela previsão da audição ou emissão de um parecer por um órgão consultivo ou da emissão de parecer por comissão de trabalhadores ou associação sindical)<sup>1818</sup>.

As sanções disciplinares são estabelecidas por lei, segundo o princípio *nulla poena sine lege*, embora atenuado pela não definição ou definição não estrita de relações de referência com as infracções<sup>1819</sup>, ou são definidas através de convenções colectivas<sup>1820</sup>. Identificam-

---

administrativos, dependendo da natureza do vínculo laboral (p. 206).

No Luxemburgo, a sanção disciplinar pressupõe procedimento prévio e a respectiva aprovação pelo “Conselho de Disciplina”. O trabalhador tem o direito de ser ouvido antes da tomada da decisão e o direito de recurso (p. 212). O mesmo se verifica na Holanda (p. 218)

Na Áustria, a prática de infracção disciplinar pode não dar lugar a procedimento disciplinar e subsequente aplicação de sanção, mas supõe que o superior tenha advertido previamente o trabalhador sem sucesso. No caso de infracção grave, há lugar à realização de “um inquérito formal” após prévia notificação ao visado. O trabalhador tem o “direito de consultar um conselho ou de ser representado por um advogado” e o direito de recurso (p. 225).

Na Finlândia, não existe previsão da obrigatoriedade de realização de procedimento disciplinar, salvo quanto ao pessoal militar. A “Lei dos Funcionários do Estado” prevê a formulação de “advertência escrita” ao trabalhador ou a “notificação” de que o empregador noticiou a prática de infracção disciplinar pelo mesmo, em face do que o trabalhador tem “o direito de oposição junto do Civil Service Committee” e o direito de romper em termos imediatos a relação jurídica de emprego. O Código Penal contém “disposições relativas às sanções para as faltas mais graves”. O trabalhador pode recorrer das decisões do Civil Service Committee para o Supremo Tribunal Administrativo (p. 239).

Na Suécia, as questões disciplinares são tratadas no “comité para as responsabilidades do pessoal”, sem que a aplicação de sanções assente na prévia realização de procedimento disciplinar. O trabalhador, para além do direito de recurso, tem o “direito de consultar um conselho antes da reunião do referido comité” (p. 245).

No Reino Unido, não se prevê a realização de um procedimento disciplinar formal, sem prejuízo da aplicação de sanções pressupor a observância de princípios fundamentais definidos no Civil Service Management Code. O trabalhador tem direito de recurso perante os tribunais de trabalho nos mesmos termos dos demais trabalhadores do sector privado, para além do “direito de representação” e “recurso interno” (p. 255).

<sup>1818</sup>. Astrid Auer, Christoph Demmke e Robert Polet, *La Fonction publique dans l’Europe des 15*, cit., pp. 116 e 117.

<sup>1819</sup>. Como observa Pedro de Miguel Garcia (“Le régime disciplinaire dans la fonction publique des Communautés européennes”, *Revue Internationale des Sciences Administratives*, *Revue d’Administration publique comparée*, Vol. LVII, 1991, n.º 2, p. 281), “a maior parte dos estatutos – designadamente o estatuto das Comunidades – aplica de forma atenuada o princípio ‘nulla poena sine lege’, renunciando a estabelecer uma correlação entre infracção e sanção”.

<sup>1820</sup>. Estão no primeiro caso os seguintes países: a Bélgica (p. 158), a Dinamarca, apenas para os funcionários públicos (p. 165), a Alemanha, em que as “medidas disciplinares são fixadas pela lei” (p. 172), a Grécia (p. 178), a Espanha (p. 185), a França (p. 192), a Irlanda (p. 199), a Itália, embora apenas para os trabalhadores com estatuto de Direito administrativo (p. 206), o Luxemburgo (p. 212), a Holanda (p. 218), a Áustria (p. 225), a Finlândia, em que as sanções são fixadas pela “Lei dos Funcionários do Estado” (p. 239).

Na Suécia e no Reino Unido, não há predeterminação legal das sanções disciplinares (pp. 245 e 255).

se, em geral, nos vários ordenamentos sanções como as de advertência, repreensão, multa, redução da remuneração, suspensão do exercício de funções transferência, demissão ou despedimento<sup>1821</sup>.

Vejamos de forma mais detida, em cinco ordens jurídicas de referência, o tratamento jurídico da matéria disciplinar no Direito da função pública.

### 1. O Direito disciplinar da função pública francesa

A primeira elaboração do “droit des offices”, em França, é atribuída a Charles Loyseau (“Traité des Officiers”, 1610), cuja doutrina jurídica “será utilizada... até ao final do Antigo Regime”<sup>1822</sup>. O jurista e “grand officier seigneurial” procurou conciliar a “soberania monárquica” - a soberania como “poder absoluto, indivisível, que conduza à concentração de todos os poderes nas mãos do rei, verdadeiro senhor e funcionário supremo” - com a “sobrevivência do regime feudal” e a “venalidade dos ofícios”<sup>1823</sup>. As funções públicas militares, da justiça e das finanças constituíam, então, nos alvares do século XVII, “os três domínios fundamentais da intervenção do Estado”, exercidas, respectivamente, pelos “governadores de província sobretudo” e pelos “officiers”<sup>1824</sup>. Ocupando “o mais elevado grau em cada categoria de dignidades, *seigneuries*, *offices* ou *ordres*”, o rei tem o poder de nomeação relativamente a todos os cargos públicos<sup>1825</sup>. Este poder exclusivo e a sua extensão desenham-se para «amortecer» a respectiva patrimonialização. Loyseau distingue em cada ofício “*a finance*, objecto de comércio, que o torna vendável e o “título, fora do

---

<sup>1821</sup>. Astrid Auer, Christoph Demmke e Robert Polet, *La Fonction publique dans l'Europe des 15*, cit., p. 116.

<sup>1822</sup>. Brigitte Basdevant-Gaudemet, “Puissance publique et Fonction publique chez Charles Loyseau”, in *Revue historique de droit français et étranger*, n.º 3, Juillet-Septembre 2002, pp. 285, 286 e 294.

No preâmbulo, aliás, diz o autor: “Combien que je sois le premier à traiter cette matière ... de sorte qu'il est vrai de dire, que le plus souvent en cette matière il n'est pas question de rapporter ce qui est observé, ainsi de deviner ce qui doit être ...” - apud Brigitte Basdevant-Gaudemet, “Puissance publique et Fonction publique chez Charles Loyseau”, p. 294, nota 35.

<sup>1823</sup>. Brigitte Basdevant-Gaudemet, “Puissance publique et Fonction publique chez Charles Loyseau”, cit., p. 296.

<sup>1824</sup>. Quanto ao “seigneur”, ele detém, por delegação, uma parcela do poder público, “subordinada ao poder público do rei” e que não exerce senão através do “officier” - Brigitte Basdevant-Gaudemet, “Puissance publique et Fonction publique chez Charles Loyseau”, cit., p. 292 e pp. 287 e 288.

<sup>1825</sup>. Considerada a unidade e a inteireza do poder público, nas mãos do soberano, o exercício de parcelas desse poder constitui uma incumbência daquele, uma função pública.

comércio, conferido pelo Rei, que consiste no direito de exercer a função pública”<sup>1826</sup> Uma outra forma de “ultrapassar” ou atenuar a limitação do rei em face da venalidade dos ofícios consiste no cruzamento dos conceitos de “comissão” e “ofício”, este último referido a um emprego ou cargo ordinário e a primeira associada ao exercício transitório de “uma função extraordinária” ou de uma dada incumbência pública, na livre disponibilidade do rei<sup>1827</sup>. O objectivo de Loyseau foi, pois, o de tecer uma construção jurídica que situasse e fundamentasse os “officiers”, titulares ou proprietários de cargos públicos, na afirmação e no bom funcionamento do Estado soberano<sup>1828</sup>.

Os “abusos na disposição ou acesso às funções públicas” que existiam antes da Revolução de 1789 continuaram depois dela. Em 1841, Girardin apresentou ao Parlamento, na sessão de 30 de Março, “uma proposta de lei relativa à admissão e à promoção nos serviços públicos”, a qual não teve sucesso. Apesar de várias tentativas no sentido da elaboração de um estatuto geral<sup>1829</sup> - nas palavras de Martinho Nobre de Melo “uma carta profissional pública, garantia suprema dos direitos dos funcionários, do bom funcionamento dos serviços, do interesse colectivo”, pela qual (dizia em 1914) ansiavam os franceses<sup>1830</sup> - só

---

<sup>1826</sup>. Mais analiticamente, o autor distingue quatro elementos em cada ofício: o direito ao ofício, correspondente ao direito de o poder vir a ocupar, o “droit en l’Office”, de ser dele titular e de o conservar, “a categoria e o título do oficial”, adquiridos com a investidura, e a “posse” do mesmo pelo seu exercício - Brigitte Basdevant-Gaudemet, “Puissance publique et Fonction publique chez Charles Loyseau”, cit., pp. 294 e 295.

<sup>1827</sup>. Loyseau destaca que “ainsi que des charges extraordinaires on en fait des Offices en les érigeant en titre d’Offices, aussi des charges ordinaires on en fait des commissions en les conférant en commission”. Brigitte Basdevant-Gaudemet, “Puissance publique et Fonction publique chez Charles Loyseau”, cit., pp. 295 e 296.

<sup>1828</sup>. Assim como o lugar e os poderes dos “Senhorios” no interior da soberania estatal: “chez Loyseau la structure juridique de la féodalité est donc toujours pensée comme une contribution au pouvoir royal” - Robert Descimon apud Brigitte Basdevant-Gaudemet, “Puissance publique et Fonction publique chez Charles Loyseau”, cit., p. 293.

A Triologia “Traité des Seigneuries”, “Traité des Offices” e “Traité des Ordres et simples Dignités” é sugestiva como significativa das preocupações do autor com a “organização do Estado e dos poderes que nele se afirmam”, entre os quais o poder político e administrativo dos “officiers” (pp. 282, 285 e 288).

<sup>1829</sup>. Sobre esta evolução, ver Jean-Marie Auby, “l’évolution des sources du droit de la fonction publique”, *L’Actualité Juridique – Droit Administratif*, 20 avril 1984, pp. 247 e 248.

<sup>1830</sup>. O Estado dos Funcionários. Estatuto legal, Lisboa, 1914, pp. 73 a 79. Sobre o assunto, ver também Alberto Xavier, Estatuto dos Funcionários (Justificação Jurídico-Política da Questão e Projecto de Lei) Lisboa, Portugal-Brasil Limitada, Sociedade Editora, pp. 48 a 53.

O autor afirma que de entre as várias tentativas, verificadas entre 1830 e 1870, para fazer aprovar um estatuto, “só uma proposta mereceu um interesse sério, a de Saint-Marc Girardin”. Enuncia as várias propostas apresentadas após 1870, detalhando, em particular, o “projecto de lei sobre o Estatuto dos

em 1946, por lei de 19 de Outubro, foi emitido “o primeiro estatuto geral republicano aplicável ao conjunto dos agentes”<sup>1831</sup>, reactualizado e sintetizado pela *Ordonnance* de 4 de Fevereiro de 1959<sup>1832</sup>.

O sistema normativo da função pública foi sendo, não obstante, edificado pela via jurisprudencial<sup>1833</sup>, resultando o Estatuto de 1946 do contributo do Conselho de Estado, da Confederação Geral dos Trabalhadores, então o maior sindicato da função pública, e do «gaulismo»<sup>1834</sup>. O contributo da jurisprudência continuou mesmo depois da aprovação de um estatuto geral e acentuou-se mesmo a partir de 1971, com a consolidação de uma série de princípios a que é reconhecido valor constitucional, como, por exemplo, “o princípio da

---

Funcionários”, submetido à Câmara dos Deputados em 1 de Junho de 1920.

<sup>1831</sup>. Anteriormente a este Estatuto, existia uma pluralidade de estatutos especiais. Na segunda metade do século XIX, destacam-se quatro diplomas: a Lei de 9 de Junho de 1853, estendendo aos funcionários civis o direito a uma pensão de aposentação, a Lei de 30 de Outubro de 1883, relativa à organização judiciária, a Lei de 27 de Fevereiro de 1880, relativa ao regime disciplinar dos professores do Ensino secundário e a Lei de 27 de Fevereiro de 1912, instituindo um quadro de acesso ou promoção.

A Lei de 14 de Setembro de 1941 constitui o primeiro verdadeiro estatuto geral da função pública, a qual foi “declarada nula”, como todos os actos adoptados durante o regime de Vichy, pela *Ordonnance* de 8 de Outubro de 1944 - Emmanuel Aubin, *Droit de la Fonction publique*, Gualino éditeur, Paris, 2001, p. 16, Marcel Pochard, “Quel avenir pour la fonction publique?”, *AJDA* n.º 1/2000., p. 3, e Jean-Marie Auby, “l’évolution des sources du droit de la fonction publique”, *L’Actualité Juridique – Droit Administratif*, 20 avril 1984, p. 248.

<sup>1832</sup>. Emmanuel Aubin, *Droit de la Fonction publique*, cit., p. 15.

<sup>1833</sup>. Desde o fim do século XIX que o Conselho de Estado vem contribuindo decididamente para a evolução do direito da função pública, tecendo - a partir de normas de textos aplicáveis a categorias específicas de funcionários e da adaptação das leis gerais do trabalho - regras jurídicas, edificando princípios específicos e estendendo a aplicação de princípios gerais de direito, conjunto que o legislador foi incorporando, completando e moldando (Tabrizi Ben Salah, *Droit de la fonction publique*, Collection Droit – Sciences Économiques, Masson, 1992, p. 27, Emmanuel Aubin, *Droit de la Fonction publique*, cit., pp. 16 a 19, Marcel Pochard, “Quel avenir pour la fonction publique?”, cit., p. 4).

Em 1935-36, Achille Mestre apresentava o Direito administrativo como “um direito pretoriano, um direito feito por juízes, um direito mais jurisprudencial do que um direito legal”, sendo que as leis administrativas as caracterizava como fundamentalmente regulamentares e falhas de princípios jurídicos - apud Georges Langrod *La Doctrine Allemande et la Procédure Administrative Non Contentieuse*, Institut International des Sciences Administratives, Bruxelles, p. 34, nota 87.

<sup>1834</sup>. O princípio é fruto de um compromisso histórico entre o Conselho de Estado, a Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT) e o gaulismo. O primeiro, que contribuiu com a sua jurisprudência, para o seu surgimento; a CGT, o maior sindicato da função pública, no após guerra, “temendo a sujeição dos agentes públicos a um Estado nas mãos da «burguesia», enfatizou que eram trabalhadores como quaisquer outros, defendendo a aplicação do “direito comum das convenções colectivas e do contrato” individual de trabalho; os gaulistas eram os arautos de um “Estado forte, garante do interesse geral e concentraram-se sobre a reorganização da alta função pública” - Marcel Pochard, “Quel avenir pour la fonction publique?”, cit., pp. 3 e 4.

igualdade de acesso aos empregos públicos” e o “princípio do respeito dos direitos de defesa”<sup>1835</sup>.

A arquitectura do sistema, hoje, encontra-se definida num “estatuto geral dos funcionários do Estado, das colectividades territoriais”, constituído, no seu título I, pela Lei n.º 83-634, de 13 de Julho, que estabelece os direitos e deveres comuns dos funcionários<sup>1836</sup>; nos títulos II e III, pela Lei n.º 84-16, de 11 de Janeiro, e pela Lei n.º 84-53, de 26 de Janeiro, relativas, respectivamente, ao estatuto da função pública do Estado e ao da função pública territorial. Pela Lei n.º 86-33, de 9 de Janeiro<sup>1837</sup>, foi criado o estatuto da função pública hospitalar, que constitui o título IV do “estatuto geral”<sup>1838</sup>. Ao “estatuto geral” é atribuído o mérito de ter permitido à França dotar-se de uma função pública integra, imparcial, profissional, com qualidade reconhecida” e o desfavor de privilegiar uma “gestão pela norma e não por objectivos”<sup>1839</sup>.

Aqueles diplomas são objecto de uma pluralidade de decretos (regulamentares) que os densificam ou lhe introduzem especificidades<sup>1840</sup> relativamente aos diferentes corpos de funcionários ou “quadros de emprego”<sup>1841</sup>. Cada estatuto particular define, designadamente, o regime do respectivo recrutamento e selecção e as garantias mínimas de

---

<sup>1835</sup>. Emmanuel Aubin, *Droit de la Fonction publique*, cit., p. 15, Tabrizi Ben Salah, *Droit de la fonction publique*, cit., p. 27, e Éric Massat, “Droit disciplinaire et droit pénal”, cit., p. 747.

<sup>1836</sup>. Cfr. artigo 1.º da Lei n.º 83-634, de 13 de Julho de 1983, sobre direitos e obrigações dos funcionários: “A presente lei constitui, com excepção do artigo 31.º, o título primeiro do estatuto geral dos funcionários do Estado e das colectividades territoriais” (<http://bifp.fonction-publique.gouv.fr>).

<sup>1837</sup>. Modificada por mais de dezena e meia de leis, entre elas, a Lei n.º 86-33, de 9 de Janeiro de 1986, a Lei n.º 98-1266, de 30 de Dezembro de 1998 e Lei n.º 2002-276, de 27 de Fevereiro de 2003 – cf. Lei n.º 83-634, de 13 de Julho de 1983, in <http://bifp.fonction-publique.gouv.fr>.

<sup>1838</sup>. Emmanuel Aubin, *Droit de la Fonction publique*, cit., p. 17.

<sup>1839</sup>. Marcel Pochard, conselheiro de Estado, “Le Statut de la fonction publique non constitue pas un bloc”, cit., p. 516.

<sup>1840</sup>. O poder regulamentar tem um importante peso no direito da função pública: os regulamentos editados, sob a forma de decretos do Conselho de Estado, são regulamentos de aplicação do estatuto geral, concretizando-o, completando-o e adaptando-o a certo grupo de pessoal, inclusive, pela introdução, de acordo com a habilitação legal existente, de normas derogatórias, dando lugar a estatutos particulares derogatórios - Emmanuel Aubin, *Droit de la Fonction publique*, cit., p. 18.

Há depois o “estatuto geral dos militares”, contido na Lei de 13 de Julho de 1972.

<sup>1841</sup>. Cfr. artigos 13.º, 5.º bis, e 17.º, § 2, da Lei n.º 83-634, de 13 de Julho de 1983, in <http://bifp.fonction-publique.gouv.fr>.



carreira<sup>1842</sup>. O distanciamento face ao estatuto geral – apesar de por este unificado – é maior relativamente a corpos especiais como o dos funcionários das assembleias parlamentares, dos magistrados e o do pessoal dos serviços externos da administração penitenciária<sup>1843</sup>.

A função pública francesa estrutura-se segundo os princípios do carácter estatutário e regulamentar da situação jurídica dos respectivos funcionários<sup>1844</sup>, da participação<sup>1845</sup>, da carreira<sup>1846</sup>, da unidade fundamental do regime jurídico e da centralização na gestão do

---

<sup>1842</sup>. Marcel Pochard, “Quel avenir pour la fonction publique?”, cit., p. 3.

<sup>1843</sup>. Emmanuel Aubin, *Droit de la Fonction publique*, cit., pp. 16 e 17, e Tabrizi Ben Salah, *Droit de la fonction publique*, cit., pp. 23 a 26.

<sup>1844</sup>. Cfr. artigos 4.º da Lei n.º 83-634, de 13 de Julho de 1983, in <http://bifp.fonction-publique.gouv.fr>, e Serge Salon, Jean-Charles Savignac, *Fonction Publique, Agents de l’État, des Collectivités Locales et des Grands Services Publics*, , Dalloz, Paris, 1976, pp. 27 a 31.

Cabe ao poder público definir e modificar, em função dos interesses superiores do país, o estatuto dos seus funcionários, sem dependência da vontade destes e, bem assim, individualmente em relação a cada um, praticar os actos ou adoptar as medidas que sejam necessárias na gestão do serviço público, sem prejuízo da consideração dos seus direitos. “En droit, L’Etat est maître des règles applicables à la fonction publique. En fait, ces règles sont conçues de manière à orienter et à restreindre les pouvoirs de l’administration à l’égard de ses personnels. Or leur rigidité va croissant” (Roger Grégoire apud Marcel Pochard, “Quel avenir pour la fonction publique?”, *L’Actualité Juridique de Droit Administratif*, n.º 1/2000, p. 5). A este compromisso, imputa-se “uma hipertrofia de certas garantias ou cautelas destinadas a evitar o arbítrio”, de que se destaca o princípio da igualdade de tratamento, por vezes, degenerado em “igualitarismo” (Marcel Pochard, “Quel avenir pour la fonction publique?”, cit., p. 5; Didier Jean-Pierre, *Le Droit de la Fonction Publique*, 10 ans de jurisprudence, 1990-2000, Editions Du Juris-Classeur, Décembre 2000, p. 1).

<sup>1845</sup>. Cfr. artigos 8.º, § 3, 9.º, 12.º, 14.º e 19.º, § 2, da Lei n.º 83-634, de 13 de Julho de 1983, in <http://bifp.fonction-publique.gouv.fr>.

O princípio da participação contrabalança o princípio anterior e destina-se a “garantir a associação dos agentes públicos às medidas que, individual ou colectivamente, lhe digam respeito”. Concretiza-se na “participação na elaboração das regras aplicáveis à generalidade dos funcionários através do conselho superior da função pública, instância paritária junto ao Primeiro-ministro”; na participação “na elaboração das regras aplicáveis aos corpos particulares e na organização dos serviços”, através dos comités técnicos paritários; e na participação nas comissões administrativas paritárias, com competência para se pronunciarem “sobre variados actos de gestão”. Às convenções negociadas não é reconhecido senão um valor “exclusivamente político e em certa medida moral”- Marcel Pochard, “Quel avenir pour la fonction publique?”, cit., p. 5.

Uma circular administrativa, de 23 de Fevereiro de 1989, relativa à “renovação do serviço público”, afirmava que este desafio “não pode ser encarado através de medidas hierárquicas”, apontando-se a “negociação e as instâncias de participação” como uma forma de atenuar a rigidez estatutária da situação dos funcionários e como um instrumento de modernização (Claudie Boiteau, “Droit international et droit français de la fonction publique”, *L’Actualité Juridique - Droit Administratif*, 20 janvier 1994, p. 12).

<sup>1846</sup>. Cfr. artigo 12.º da Lei n.º 83-634, de 13 de Julho de 1983, in <http://bifp.fonction-publique.gouv.fr>.

O princípio da estruturação dos empregos em carreira significa que o trabalhador admitido é enquadrado numa dada qualificação profissional (corpo e grau), que o habilitam para o exercício de determinadas funções e a partir da qual se faz a sua evolução profissional, pela mudança para qualificação superior, segundo as regras e condições legalmente fixadas - Marcel Pochard, “Quel avenir pour la fonction publique?”, cit., p. 6.

peçoal<sup>1847</sup>. Apenas nos casos especificados, a Administração pode recrutar “agentes não-titulares”, trabalhadores em regime de contrato, em regra, de duração determinada, tendo aumentado, no entanto, paulatinamente as possibilidades de recrutamento de “agentes públicos” por contrato<sup>1848</sup>.

A França debate-se, hoje, com a contestação do seu modelo de função pública, pelo peso orçamental das despesas com o pessoal, pelas dificuldades de adaptação ao Direito comunitário em matéria de livre circulação de trabalhadores no espaço da União Europeia, pela “laboralização («travaillisation») do direito da função pública”, pela «funcionarização» do pessoal político<sup>1849</sup> e pela tendência para “a penalização do direito da função pública”, com a multiplicação de acções judiciais de efectivação de responsabilidade criminal (para além de civil) dos funcionários<sup>1850</sup>.

Relativamente ao Direito disciplinar, desde o início do século XIX que o exercício do poder disciplinar pelo superior hierárquico é objecto do «direito escrito». Em duas *ordonnances* do Ministério das Finanças, datadas de 3 de Junho de 1821 e 30 de Janeiro de 1822, a competência para aplicar medidas disciplinares é atribuída ao «Conseil d’administration» e uma comissão análoga foi criada no Ministério da Guerra, de acordo com o Regulamento de 23 de Janeiro de 1837<sup>1851</sup>. Uma Lei de 27 de Fevereiro de 1880 estabeleceu o regime

---

<sup>1847</sup>. O princípio da unidade reporta-se, quer à unidade fundamental de regime jurídico – “um mesmo corpo de regras para todos os agentes de uma colectividade pública”, para a função pública estadual, a “função pública territorial e a função pública hospitalar” -, quer à centralização na gestão do pessoal - Marcel Pochard, “Quel avenir pour la fonction publique?”, cit., p. 6.

<sup>1848</sup>. Emmanuel Aubin, *Droit de la Fonction publique*, cit., pp. 43 a 57, e, v.g., artigos 2.º, 4.º a 7.º da Lei n.º 84-16, de 11 de Janeiro.

<sup>1849</sup>. Em prejuízo, diz Emmanuel Aubin, da ética do serviço público. Cfr. *Droit de la Fonction publique*, cit., pp. 13 e 19.

<sup>1850</sup>. Designadamente, segundo informa Emmanuel Aubin, em “processos relativos a acidentes ou aos prejuízos resultantes de catástrofes naturais”. Daí dizer-se que “a função de administrar se tornou um risco penal” com o qual os funcionários devem entrar em linha de conta - Emmanuel Aubin, *Droit de la Fonction publique*, Paris, 2001, p. 155.

<sup>1851</sup>. Georges Dellis e Spyros A. Pappas, “Le droit disciplinaire et son application dans les administrations publiques des Etats Membres”, in *The Meetings of the Directors General for Public Administration. Recalling the past and considering the future*, European Institute of Public Administration, DGAP, Portugal, 2000, p. 124, nota 5.

Fausto de Quadros destaca que o despontar do sindicalismo contribuiu para a proliferação “no século XIX, junto dos ministros e dos seus colaboradores, de conselhos consultivos encarregados de darem os seus pareceres sobre os problemas respeitantes à função pública, nomeadamente em matéria de direitos e deveres dos agentes administrativos”, nos quais se filia “o enorme desenvolvimento que a Administração consultiva

disciplinar dos professores do Ensino secundário<sup>1852</sup>. É identificada como uma regra costumeira, no século XIX, a de não aplicar sanção disciplinar ao agente sem ouvir as suas observações<sup>1853</sup>. Sobre a obrigatoriedade de “comunicação do dossier”, a Lei de 22 de Abril de 1905, no seu artigo 65.º dispunha: “Todos os funcionários civis e militares, todos os empregados e operários de todas as administrações públicas têm o direito à comunicação pessoal e confidencial de todas as notas, folhas de ponto e todos outros documentos integrantes do seu dossier, seja antes de ser objecto de uma medida disciplinar ou de uma transferência oficiosa, seja antes de ser decidida o atraso na promoção por antiguidade”<sup>1854</sup>. Uma lei de 12 de Março de 1930 determinou que os estatutos dos “agentes comunais” contivessem regras disciplinares<sup>1855</sup>.

A jurisprudência, desde finais do século XIX e inícios do século XX, que teve um papel essencial, como referido, na determinação das normas reguladoras da função pública, entre as quais, as relativas ao regime disciplinar, com destaque para o “princípio do respeito dos direitos de defesa”, afirmado pelo Conselho de Estado, em 1944<sup>1856</sup>.

No regime vigente, o primeiro aspecto a registar é o facto de o título I do “Estatuto geral dos funcionários” (relativo aos “direitos e obrigações dos funcionários”) dedicar um dos seus quatro capítulos, o último, às “obrigações”<sup>1857</sup>. Quanto a estas, destaca-se o seguinte:

- a) A obrigação de “dedicação integral [pelo funcionário] da sua actividade profissional às tarefas que lhe são confiadas” e a consequente proibição, por regra, de “exercício a título profissional de uma actividade privada lucrativa seja qual for a sua natureza”.

---

veio a obter na França” - Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa, 1974, pp. 88 e 89.

<sup>1852</sup>. Emmanuel Aubin, *Droit de la Fonction publique*, cit., p. 15.

<sup>1853</sup>. Jean-Marie Auby, “l’évolution des sources du droit de la fonction publique”, cit., p. 247.

<sup>1854</sup>. Emmanuel Aubin, *Droit de la Fonction publique*, cit., p. 175.

<sup>1855</sup>. Para além de estender a determinação, constante da lei de 19 de Outubro de 1919, de elaboração, pelas “communes” com mais de 5000 habitantes, de um estatuto para o seu pessoal, relativamente a todos os agentes comunais a tempo inteiro. Jean-Marie Auby, “l’évolution des sources du droit de la fonction publique”, cit., p. 249.

<sup>1856</sup>. Jean-Marie Auby, “l’évolution des sources du droit de la fonction publique”, cit., p. 250, Emmanuel Aubin, *Droit de la Fonction publique*, cit., p. 175. Em 1984, Jean-Marie Auby observava que o juiz conservava o “papel pioneiro do direito escrito” da função pública (idem, p. 250).

<sup>1857</sup>. Cfr. artigos 25.º a 28.º.

- b) A obrigação de imparcialidade, que, designadamente, lhe veda qualquer ligação, incluindo por interposta pessoa, em empresa sob o controlo da administração a que pertence ou com relações jurídicas com a mesma.
- c) “Todo o funcionário, seja qual for o seu nível hierárquico, é responsável pela execução das tarefas que lhe são confiadas”.
- d) Está obrigado a obedecer às instruções do seu superior hierárquico, salvo no caso de ordem manifestamente ilegal ou susceptível de comprometer de forma grave um interesse público.
- e) Os funcionários “estão obrigados ao segredo profissional no quadro das regras instituídas no código penal”.
- f) Devem guardar reserva<sup>1858</sup> sobre “todos os factos, informações ou documentos de que tenham conhecimento no exercício ou por causa do exercício das suas funções”. Este dever de discrição profissional não contende, no entanto, com a garantia da “liberdade de acesso aos documentos administrativos” e o “dever de satisfazer pedidos de informação do público” nos termos da regulamentação em vigor na matéria. A reserva corresponde a uma “obrigação puramente negativa”<sup>1859</sup>, de abstenção, pelo funcionário, de utilização “da sua função como um instrumento de acção ou de propaganda e, bem assim, de praticar actos e fazer declarações de modo a por em causa a sua neutralidade em face das instituições”, atentas as circunstâncias, a natureza das funções exercidas e a sua «qualificação profissional» ou posicionamento na organização administrativa.

As obrigações dos funcionários são, fundamentalmente, de três tipos, como sintetiza a jurisprudência, a saber: i) a “obrigação de assegurar as funções” para cujo exercício foi admitido (que envolve a “obrigação de exercício pessoal das funções”, a “obrigação de

---

<sup>1858</sup>. Em 1928, foi utilizada pela primeira vez, numa decisão do Conselho de Estado, a noção de reserva. Estava em causa a demissão, não judicialmente censurada, dum secretário da Administração municipal porque “participou em lutas eleitorais... com uma violência proibida pela reserva que as suas funções lhe impunham”. Sem prejuízo da previsão legislativa, em 1958, no “Estatuto da magistratura” e no “decreto de 30 de Julho de 1963, relativo ao estatuto dos membros do Conselho de Estado”, a obrigação de reserva é sobretudo “uma criação jurisprudencial”. Alain di Stefano, *La Participation des Fonctionnaires Civils a la Vie Politique*, Bibliothèque de Droit Public, sob a direcção de Marcel Waline, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1979, p. 111.

<sup>1859</sup>. Alain di Stefano, *La Participation des Fonctionnaires Civils a la Vie Politique*, Bibliothèque de Droit Public, sob a direcção de Marcel Waline, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1979, p. 122.

exercício contínuo”, a “obrigação de residência”, a “obrigação de obediência”, a obrigação de não exercer, em acumulação, outra actividade pública ou actividade privada, a “obrigação de desinteresse e de não intervir” tendo interesse pessoal); ii) a “obrigação de reserva”; iii) e a “obrigação de segredo e discrição profissional”<sup>1860</sup>.

O Direito disciplinar da função pública francesa não consagra o princípio da legalidade das infracções disciplinares, dispondo o empregador de “um amplo poder de apreciação dos factos susceptíveis de constituir infracção disciplinar”, definida como “a violação às obrigações do funcionário impostas tendo em vista a boa marcha do serviço”<sup>1861</sup>, em correspondência com a norma legal que dispõe: “Toda a falta cometida por um funcionário no exercício de funções ou por causa desse exercício sujeita-o a uma sanção disciplinar sem prejuízo, sendo esse o caso, das penas previstas pela lei penal”<sup>1862</sup>.

O exercício do poder disciplinar é associado ao exercício do poder de nomeação e de contratação. Acompanha, em princípio, a sua delegação, podendo, no entanto, em concreto, dele ser separado, salvo quando se trata de aplicar sanções mais graves<sup>1863</sup>.

Não está legalmente previsto prazo de prescrição para a instauração de procedimento disciplinar (assim como para a execução das sanções)<sup>1864</sup>. A jurisprudência sustenta a não prescrição, por um lado, nessa falta de previsão (“Aucune texte n’enferme dans un délai déterminé l’exercice de l’action disciplinaire”) e, por outro, na “exigência de defesa dos interesses da instituição”, a qual postula, diz-se, atento o conteúdo indeterminado da noção de “falta disciplinar”, um “amplo poder [da Administração] de repressão dos

---

<sup>1860</sup>. Serge Salon e Jean Charles Savignac, *Fonction Publique, Agents de l’État, des Collectivités Locales et des Grands Services Publics*, cit., pp. 168 a 208.

<sup>1861</sup>. Serge Salon e Jean Charles Savignac, *Fonction Publique, Agents de l’État, des Collectivités Locales et des Grands Services Publics*, cit., p. 217.

<sup>1862</sup>. Cfr. artigo 29.º da Loi n.º 83-634, de 13 juillet.

<sup>1863</sup>. Cfr. artigo 19.º da Lei n.º 83-634, de 13 de Julho de 1983, relativa aos “direitos e obrigações dos funcionários” (Título I do Estatuto geral dos funcionários do Estado e das colectividades locais) – artigo 1.º), artigo 67.º da Lei n.º 84-16, de 11 de Janeiro (Título II do mesmo Estatuto, que contém “disposições estatutárias relativas à função pública do Estado), artigo 89.º da Lei n.º 84-53, de 26 de Janeiro (que contém “disposições estatutárias relativas à função pública territorial” – Título III do Estatuto geral), e o artigo 44.º do Decreto n.º 86-83, de 17 de Janeiro de 1986 (que estabelece o regime jurídico dos agentes não titulares do Estado). Ver, também, Serge Salon e Jean Charles Savignac, *Fonction Publique, Agents de l’État, des Collectivités Locales et des Grands Services Publics*, Dalloz, Paris, 1976, p. 219.

<sup>1864</sup>. Éric Massat, “Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l’administration. Contribution à une étude sur le pouvoir administratif visant les usagers des services publics”, *Revue de Science Criminelle*

comportamentos que ajuíze contrários aos seus interesses”. Argumenta-se ainda que as garantias existentes são suficientemente protectivas e que, portanto, é despicienda a aplicação do prazo de prescrição do Código do Trabalho (comparativamente dotado de menores garantias)<sup>1865</sup>.

O funcionário contra o qual impende procedimento disciplinar tem, fundamentalmente, os seguintes direitos e/ou garantias<sup>1866</sup>:

- a) O “direito à comunicação integral do dossier individual<sup>1867</sup> e de todos os documentos anexos”;
- b) O direito de acesso ao processo, compreende o dever da administração informar o funcionário que tem o direito à “comunicação integral” do processo disciplinar;
- c) O direito a dispor de tempo suficiente para conhecer o processo e preparar a sua defesa;
- d) O direito a ser assistido por “defensores da sua escolha”;
- e) O direito a que não lhe seja aplicada sanção disciplinar (salvo as de advertência e de repreensão) sem previamente ter sido “consultado um organismo funcionando como conselho de disciplina no qual os funcionários sejam representados”<sup>1868</sup>; conselho

---

et de Droit Pénal Comparé, n.º 3, Octobre/Décembre, 2004, p. 756.

<sup>1865</sup>. Frédéric Laurie, “Faut-il mettre fin à l’imprescriptibilité des poursuites disciplinaires dans la fonction publique?”, in *Actualité Juridique de Droit Administratif*, n.º 22/2002, pp. 1386 a 1389, e Jean-François Kriegk, “La déontologie des magistrats au service de l’éthique judiciaire. Actualité de la réflexion sur la responsabilité et la déontologie des magistrats en France”, *Sub Judice, Justiça e Sociedade*, 2005, Julho – Setembro, p. 73 (referindo-se à nova redacção proposta para o artigo 43.º do “statut de la magistrature” - “ordonnance n.º 58-1270 du 22 décembre 1958” – pela “Comissão Cabannes”, comissão francesa de “reflexão sobre a ética na magistratura”, destaca o facto de, à luz da mesma, “toda a forma de violação dos deveres poder constituir falta disciplinar” se tornar imprescritível).

<sup>1866</sup>. Cfr. artigo 19.º da Lei n.º 83-634, de 13 de Julho de 1983, Serge Salon e Jean Charles Savignac, *Fonction Publique, Agents de l’État, des Collectivités Locales et des Grands Services Publics*, cit., pp. 223 a 231, e Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, cit., pp. 173 e 176.

<sup>1867</sup>. O “dossier” é o processo disciplinar e o processo individual de funcionário, numerado e ordenado sequencialmente (Serge Salon e Jean Charles Savignac, *Fonction Publique, Agents de l’État, des Collectivités Locales et des Grands Services Publics*, cit., p. 227).

<sup>1868</sup>. Cfr., v.g., artigo 19.º da Lei n.º 83-634, de 13 de Julho, e artigos 89.º a 91.º da Lei n.º 84-53, de 26 de Janeiro. O conselho de disciplina é, em regra, a comissão administrativa paritária. O funcionário deve ser convocado, pelo menos, com quinze dias de antecedência antes da reunião do conselho de disciplina (convocatória que constitui uma “formalidade qualificada de substancial pelo juiz administrativo” e constitutiva de “vício de procedimento”), perante o qual pode apresentar as suas observações escritas ou orais e a administração as testemunhas de acusação.

perante o qual há lugar à sua audição e das testemunhas a cuja inquirição pode assistir<sup>1869</sup>;

- e) O direito a ser ouvido no conselho de disciplina, a apresentar as suas alegações escritas ou orais, a ser para o efeito convocado com a antecedência devida, a requerer a audição de testemunhas e fazer-se assistir por um ou mais defensores da sua escolha<sup>1870</sup>;
- f) O direito ao conhecimento dos fundamentos da decisão disciplinar e do parecer do conselho consultivo<sup>1871</sup>.

Tem vindo a ser equacionada a necessidade de estender ao Direito disciplinar da função pública o disposto no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e de Salvaguarda das Liberdades Fundamentais, que consagra o direito a um processo equitativo, dotado de adequadas garantias de defesa, entre as quais a da publicidade e a da intervenção de um “tribunal independente”<sup>1872</sup>. Tal extensão suscita reserva dado o carácter equívoco do enunciado das situações a que se aplica<sup>1873</sup>. Sem prejuízo, o Conselho de Estado, apoiando-se sobre o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, anulou sanção disciplinar aplicada a M. L’Hermitte, funcionário hospitalar e universitário, porque não foi tomada após uma audiência pública. “Com esta nova jurisprudência - diz Emmanuel Aubin -, os conselhos de

---

<sup>1869</sup>. Serge Salon e Jean Charles Savignac, *Fonction Publique, Agents de l’État, des Collectivités Locales et des Grands Services Publics*, cit., pp. 228 e 229, e Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, cit., p. 180.

<sup>1870</sup>. A sanção disciplinar aplicada sem que a administração tenha procedido à convocação das testemunhas requeridas pela defesa é inválida – CE, 29 de Março de 1996, Req. 119908, apud Didier Jean-Pierre, *Le Droit de la Fonction Publique, 10 ans de Jurisprudence, 1990-2000*, Editions du Juris-Classeur, décembre, 2000, p. 135.

<sup>1871</sup>. Frédéric Laurie, “Faut-il mettre fin à l’imprescriptibilité des poursuites disciplinaires dans la fonction publique?”, in *Actualité Juridique de Droit Administratif*, n.º 22/2002, p. 1388.

Didier Jean-Pierre, *Le Droit de la Fonction Publique, 10 Ans de Jurisprudence 1990-2000*, Editions du Juris-Classeur, Décembre, 2000, p. 135. No Acórdão do Conselho de Estado de 9 de Fevereiro de 2000, Req. n.º 191227, foi considerado que o arguido não beneficiou das necessários “direitos e garantias” no procedimento disciplinar ao ter tido conhecimento, através de telegrama telefonado, apenas em 14 de Novembro de 1991, de que o conselho de disciplina se reuniria no dia seguinte com vista à emissão de parecer sobre o processo de efectivação da sua responsabilidade disciplinar.

<sup>1872</sup>. Eric Massat, “Droit disciplinaire et droit pénal dans l’administration. Contribution à une étude sur le pouvoir administratif visant les usagers des services publics”, *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, n.º 4, Octobre/Décembre 2003, pp. 745 e 746, e pp. 750 a 753.

<sup>1873</sup>. A saber, causas relativas a direitos e obrigações de carácter civil e em que esteja em causa uma “acusação em matéria penal” e dada a dificuldade de extrapolação judicial de algumas das garantias enunciadas. Ver Frédéric Laurie, “Faut-il mettre fin à l’imprescriptibilité des poursuites disciplinaires dans la fonction publique?”, in *Actualité Juridique de Droit Administratif*, n.º 22/2002, p. 1393.

disciplina da função pública tornaram-se órgãos mais abertos obrigados a respeitar o princípio da audiência pública e de estatuir de forma equitativa e imparcial”<sup>1874</sup>.

No caso de falta grave<sup>1875</sup>, trate-se de infracção às “obrigações profissionais, trate-se de uma infracção de direito comum, o seu autor pode ser suspenso do exercício das suas funções pela autoridade com poder disciplinar, que ouvirá, sem demora, o conselho de disciplina”. É uma medida não disciplinar e “provisória”. O funcionário suspenso conserva a sua remuneração, incluindo suplementos remuneratórios. Se, no termo de quatro meses, nenhuma decisão tiver sido tomada, retoma o exercício das suas funções<sup>1876</sup>. Continua obrigado pelos deveres funcionais, com destaque para o dever de reserva, mas admite-se que possa exercer actividade privada não incompatível<sup>1877</sup>. A gravidade dos factos, sem prejuízo da apreciação reconhecida ao empregador, é controlada pelos tribunais<sup>1878</sup>.

O incumprimento das obrigações como causa de cessação da relação jurídica de emprego dos funcionários releva essencialmente no plano disciplinar, pela aplicação das sanções disciplinares da “révocation” (destituição) e aposentação compulsiva. É possível também o despedimento por insuficiência profissional, o qual depende, designadamente, da realização do “procedimento previsto em matéria disciplinar”<sup>1879</sup>. A “insuficiência profissional é o resultado de um conjunto de factos que não têm um carácter disciplinar e traduzem a incapacidade, a inaptidão de um funcionário em exercer correctamente as suas funções”<sup>1880</sup>.

---

<sup>1874</sup>. Emmanuel Aubin, *Droit de la Fonction publique*, cit., pp. 190 a 192.

<sup>1875</sup>. A que não é alheia o escândalo, penosidade, embaraço e as dificuldades investigatórias que cause, à luz da infracção indiciada, a presença do agente no serviço. Ver Serge Salon e Jean Charles Savignac, *Fonction Publique, Agents de l'État, des Collectivités Locales et des Grands Services Publics*, cit., p. 224.

A “falta grave” é aquela que é “directa e imediatamente nociva para o bom funcionamento do serviço” – Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, cit., p. 171.

<sup>1876</sup>. Cfr. artigos 29.º e 30.º da Lei n.º 83-634, de 13 de Julho, e Serge Salon e Jean Charles Savignac, *Fonction Publique, Agents de l'État, des Collectivités Locales et des Grands Services Publics*, cit., pp. 223 e 224.

<sup>1877</sup>. Serge Salon e Jean Charles Savignac, *Fonction Publique, Agents de l'État, des Collectivités Locales et des Grands Services Publics*, cit., p. 225.

<sup>1878</sup>. Serge Salon e Jean Charles Savignac, *Fonction Publique, Agents de l'État, des Collectivités Locales et des Grands Services Publics*, cit., p. 224.

<sup>1879</sup>. Cfr. artigo 24.º da Lei n.º 83-634, de 13 de Julho, artigo 70.º da Lei n.º 84-16, de 11 de Janeiro, artigo 93.º da Lei n.º 84-43, de 26 de Janeiro, e artigo 88.º da Lei n.º 86-33, de 9 de Janeiro.

<sup>1880</sup>. Serge Salon e Jean Charles Savignac, *Fonction Publique, Agents de l'État, des Collectivités Locales et des Grands Services Publics*, cit., p. 238.



Relativamente aos agentes contratados, destacam-se as sanções de advertência, censura ou repreensão, a exclusão temporária do exercício das funções pelo período máximo de dois meses e, logo depois, na escala de gravidade, o despedimento sem aviso prévio nem indemnização<sup>1881</sup>.

Quanto à amnistia das infracções disciplinares, não é aplicada se os factos constituírem “faltas de probidade, aos bons costumes ou à honra”, disposição de conteúdo vago que a jurisprudência interpreta restritivamente e, por outro lado, embora implique a destruição retroactiva dos efeitos jurídicos de uma sanção, não dá lugar à reconstituição da carreira, acabando por preservar as consequências materiais já verificadas<sup>1882</sup>.

A inscrição no registo biográfico das sanções é eliminada decorrido certo período de tempo, variável em função do tipo de sanção<sup>1883</sup>.

Considerado transversalmente o Direito disciplinar, cremos poder dizer serem os seguintes os seus princípios fundamentais:

- a) O princípio da defesa, segundo o qual uma sanção disciplinar não pode validamente ser aplicada sem que o agente tenha podido apresentar utilmente a sua defesa<sup>1884</sup>.
- b) O princípio da imparcialidade, de que a intervenção dos conselhos de disciplina constitui uma importante garantia de defesa<sup>1885</sup>.

---

<sup>1881</sup>. Ver artigo 66.º da Lei n.º 84-16, de 11 de Janeiro, e o artigo 43.º da Lei n.º 86-83, de 17 de Janeiro; e Mireille Delmas-Marty e Catherine Teitgern-Colly, *Punir sans Juger. De la répression administrative au droit administratif pénal*, Ed. Economica, 1992, pp. 82 e 83.

<sup>1882</sup>. Assim refere Éric Massat, “Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l’administration. Contribution à une étude sur le pouvoir administratif visant les usagers des services publics”, cit., p. 757, e Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, cit., p. 175.

<sup>1883</sup>. Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, cit., p. 174.

<sup>1884</sup>. É considerando um princípio geral de direito que se aplica mesmo sem lei que o preveja. Ver Oliver Dord, “Laïcité à l’école: l’obscur clarté de la circulaire «Fillon» du 18 mai 2004”, *AJDA*, n.º 28/2004, de 26 de Julho, p. 1526, CE, 5 de Julho de 2000, Req. 200622, apud Didier Jean-Pierre, *Le Droit de la Fonction Publique, 10 ans de Jurisprudence, 1990-2000*, Editions du Juris-Classeur, Décembre, 2000, p. 136, e de Louis Favoreu e Loïc Philip, *les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, p. 365.

<sup>1885</sup>. A presença de pessoas exteriores à sua composição constitui um vício do procedimento, se essas pessoas puderam influenciar a deliberação do conselho, ainda que não tenham nela participado. Cfr. CE, 23 de Junho de 1993, Req. 121456, , apud Didier Jean-Pierre, *Le Droit de la Fonction Publique*, cit., p. 136.

No Estatuto de 1959, previa-se a audição prévia do conselho de disciplina quando estivesse em causa a aplicação de sanção mais grave do que a advertência ou a censura (o artigo 31.º) e o seu funcionamento como instância de recurso. A decisão de aplicação das sanções de “suspensão temporária por um período superior a 8 dias, de redução de antiguidade, de abaixamento de escalão, de transferência, de regresso à categoria inferior, de aposentação compulsiva ou de demissão”, que contrariasse parecer do conselho de disciplina

- d) O princípio da culpa, de acordo com o qual não pode ser disciplinarmente punido quem “agiu sob coacção, por causa de força maior ou sob o império da demência”<sup>1886</sup>.
- e) O princípio *non bis in idem*, de acordo com o qual “várias infracções podem dar lugar a uma só sanção” e os “mesmos factos não podem ser sancionados mais do que uma vez”<sup>1887</sup>.
- f) O princípio segundo o qual a entidade competente para decidir recurso interposto da sanção disciplinar não a pode agravar<sup>1888 1889</sup>.
- g) O princípio da proporcionalidade. Este princípio foi utilizado no controlo jurisdicional das decisões disciplinares punitivas mesmo antes de ser expressamente nomeado como um parâmetro de controlo do poder disciplinar, pela invocação do carácter excessivo da sanção face à factualidade de suporte em que assentou e pela consideração do erro manifesto de apreciação<sup>1890</sup>. Sob a influência da jurisprudência constitucional e europeia, foi-se reforçando a aplicação do princípio, sendo posta em causa a admissibilidade de sanções automáticas<sup>1891</sup> e a “severidade da sanção aplicada

---

podia ser impugnada no prazo de 20 dias a contar da notificação da decisão junto do Conselho Superior da Função Pública, o qual, constituindo uma espécie de árbitro, ou recomendava a não punição do trabalhador ou a aplicação de sanção menos grave ou se pronunciava pela sua manutenção - Fausto de Quadros, Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa, cit., pp. 299 a 301.

<sup>1886</sup>. Jean-Michel de Forges, Droit de la fonction publique, cit., p. 169.

<sup>1887</sup>. Serge Salon e Jean Charles Savignac, Fonction Publique, Agents de l'État, des Collectivités Locales et des Grands Services Publics, cit., p. 219.

<sup>1888</sup>. René Chapus, Droit administratif général, Tome 2, 5. Édition, Montchrestien, 1991, p. 269, Serge Salon e Jean Charles Savignac, Fonction Publique, Agents de l'État, des Collectivités Locales et des Grands Services Publics, cit., p. 231, e artigo 91.º, § 2, da Lei n.º 84-53, de 26 de Janeiro: “L'autorité territoriale ne peut prononcer de sanction plus sévère que celle proposée par le conseil de discipline de recours.”

<sup>1889</sup>. O “Conselho Superior da função pública do Estado” é o órgão superior de recurso em matéria disciplinar. Cfr. artigo 13.º, § 2, da Lei n.º 84-16. Já era assim no domínio do Decreto n.º 59-311, de 14 de Fevereiro de 1959 (Fausto de Quadros, Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa, cit., pp. 299 e 300).

<sup>1890</sup>. Marcel Piquemal, Le fonctionnaire 2, Devoirs et obligations, 2.ª ed., 1979, pp. 246 a 250, Acórdão do Conselho de Estado francês de 25 de Maio de 1990, do Tribunal Administrativo de Nice de 29 de Junho de 1999, Req. N.º 99855 apud Didier Jean-Pierre, Le Droit de la Fonction Publique, 10 ans de jurisprudence, 1990-2000, Editions Du Juris-Classeur, décembre 2000, respectivamente, p. 255 e pp. 255 e 256, e Acórdão do CE, de 25 de Janeiro de 2006, M. X., n.º 280165, in AJDA n.º 13/2006, p. 726.

Em 1979, Alain Di Stefano escrevia, diferentemente, que os juízes dos tribunais administrativos “não são juízes da oportunidade da sanção nem da sua proporcionalidade” (La Participation des Fonctionnaires Civils a La Vie Politique, cit., p. 122).

<sup>1891</sup>. Mireille Delmas-Marty e Catherine Teitgern-Colly, Punir sans Juger. De la répression administrative au droit administratif pénal, Ed. Economica, 1992, pp. 86 a 91.

tardiamente face à data em que os factos foram praticados”, com valoração do tempo decorrido entre a instauração do procedimento disciplinar e a aplicação da sanção<sup>1892</sup>.

- h) O princípio da tipicidade das sanções disciplinares, separadas em quatro grupos, por ordem crescente de gravidade<sup>1893</sup>. Não pode ser aplicada sanção outra que não uma das previstas e não lhe podem ser atribuídos efeitos jurídicos outros que não os previstos<sup>1894</sup>.
- i) A responsabilidade disciplinar é independente da responsabilidade penal<sup>1895</sup>. Entre as manifestações desta autonomia, destacam-se<sup>1896</sup>:

---

<sup>1892</sup>. Frédéric Laurie, “Faut-il mettre fin à l’imprescriptibilité des poursuites disciplinaires dans la fonction publique?”, cit., p. 1390.

<sup>1893</sup>. A saber: i) advertência e repreensão; ii) supressão do quadro de promoção, descida de escalão, suspensão pelo período mínimo de 15 dias e transferência; iii) retrogradação e suspensão de 6 a dois anos; iv) aposentação compulsiva e demissão. Cfr. Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, cit., p. 171.

O “primeiro grupo”, para a função pública do Estado compreende a advertência e a repreensão; o segundo, a “irradiação dos quadros de promoção”, “a descida de escalão”, “a exclusão temporária de funções por uma duração máxima de 15 dias”, a “mudança de serviço”; o terceiro grupo, “a despromoção e a exclusão temporária de funções por uma duração de três meses a dois anos”; e, o quarto grupo, a aposentação compulsiva e a demissão (Lei n.º 84-16, de 11 de Janeiro de 1984). A advertência não é inscrita no processo individual, o registo da repreensão é cancelado automaticamente ao fim de três anos se ao funcionário não for aplicada nenhuma sanção durante esse período. A exclusão do funcionário do quadro de promoções pode também ser aplicada como sanção acessória às sanções do segundo e terceiros grupos. A exclusão temporária de funções determina a perda de qualquer remuneração e pode ser suspensa total ou parcialmente, a qual pode ser revogada se no período de cinco anos ocorrer nova punição (artigo 66.º da Lei n.º 84-16, de 11 de Janeiro). As sanções estabelecidas na Lei n.º 84-53, de 26 de Janeiro, para a função pública territorial, coincidem fundamentalmente com as da função pública do Estado, registando-se as seguintes variações: o primeiro grupo inclui a exclusão temporária de funções pela duração máxima de três dias; o segundo grupo não inclui a mudança de serviço e estabelece o limite mínimo de quatro dias para a exclusão temporária do exercício de funções; o terceiro grupo diminui, quanto à sanção da exclusão temporária do exercício de funções, o período mínimo e máximo, para 16 dias e seis meses. Quanto aos efeitos, reitera, em termos quase idênticos, o já referido para a função pública do Estado. Os artigos 81.º a 84.º da Lei n.º 86-33, de 9 de Janeiro, estabelecem, para a função pública hospitalar, um quadro de sanções que segue de perto o referido para a função pública estadual.

<sup>1894</sup>. Por exemplo, a retrogradação não pode implicar a exclusão do corpo a que pertence o funcionário, por este efeito redundar na aplicação de uma sanção que não está prevista na escala legal das sanções disciplinares – CE, 18 de Outubro de 1995, Req. 120349, apud Didier Jean-Pierre, *Le Droit de la Fonction Publique*, cit., p. 136.

<sup>1895</sup>. Cfr. artigo 29.º, parte final, da Lei n.º 83-634, de 13 de Julho.

<sup>1896</sup>. Éric Massat, “Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l’administration. Contribution à une étude sur le pouvoir administratif visant les usagers des services publics”, cit., p. 757, e Serge Salon e Jean Charles Savignac, *Fonction Publique, Agents de l’État, des Collectivités Locales et des Grands Services Publics*, Dalloz, Paris, 1976, pp. 220 a 222.

- i) O facto de a pendência de processo penal não obstar a que a Administração inicie ou prossiga procedimento disciplinar, sem que tenha que aguardar a decisão da justiça penal;
  - ii) A prescrição da acção penal não releva no plano disciplinar;
  - iii) A decisão penal transitada em julgado não vincula senão a decisão disciplinar quanto à materialidade dos factos e, estes ou a sua não verificação, na medida em que tenham sido dados como provados, sem que vincule a decisão de absolvição por falta de prova;
  - iv) A aplicação de uma sanção criminal e de uma sanção disciplinar é possível sobre os mesmos factos se estes forem qualificados diferentemente pelas autoridades judiciárias e administrativas;
  - v) A suspensão do procedimento disciplinar até que seja proferida decisão judicial é facultativa.
- j) Das decisões disciplinares lesivas da esfera jurídica dos seus destinatários cabe recurso administrativo (não necessário e suspensivo) e judicial<sup>1897</sup>. O recurso contencioso em matéria disciplinar não depende de recurso administrativo prévio<sup>1898</sup>.

Anulada sanção disciplinar expulsiva, as medidas de reconstituição da carreira devem revestir carácter retroactivo, entendendo-se que a Administração deve aplicar a legislação em vigor à data em que deveriam ter tido lugar, não deixando de cumprir os procedimentos então legalmente prescritos<sup>1899</sup>.

---

<sup>1897</sup>. Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, cit., p. 181. A “comissão de recurso” pode “recomendar a manutenção da sanção, eliminação ou substituição por uma outra”.

No Acórdão de 8 de Fevereiro de 1999, Req. n.º 180856-181785-182171, o Conselho de Estado considerou que a advertência não constituía uma decisão lesiva da esfera jurídica do militar, porque não objecto de inscrição no processo individual - Didier Jean-Pierre, *Le Droit de la Fonction Publique*, 10 ans de jurisprudence, 1990-2000, Editions Du Juris-Classeur, décembre 2000, p. 257.

<sup>1898</sup>. Cfr. artigo 23.º da Lei n.º 200-597, de 30 de Junho de 2000, “relativa ao référé perante as jurisdições administrativas” (in <http://www.admi.net/20000701/JUSX9900017L.html> - 2007).

<sup>1899</sup>. No entanto, se a reconstituição da carreira depende de um parecer de um organismo consultivo de carácter permanente cujos membros mudaram, este é pelo mesmo emitido com a composição que tem no momento dessa reconstituição ou pelo organismo então competente, salvo se as garantias que dão aos interessados não são equivalentes. Cfr. CE, de 14 de Fevereiro de 1997, Req. n.º 111468 apud Didier Jean-Pierre, *Le Droit de la Fonction Publique*, cit., p. 137.

A reconstituição pode ainda passar pelo pagamento de indemnização ao funcionário ilegalmente punido<sup>1900</sup>.

## 2. O Direito disciplinar da função pública italiana

A Itália, constituída como reino unido, procurou organizar num estatuto de referência o regime jurídico dos seus funcionários, então disperso por vários diplomas<sup>1901</sup>. O “primeiro estatuto de direitos dos empregados civis do Estado” foi aprovado em 1908<sup>1902</sup>. Em matéria de garantias de estabilidade, ficou aquém da “Lei comunal e provincial de 1902”. Esta estabelecia que, após um período de prova de quatro anos, não poderia haver lugar ao despedimento dos secretários comunais senão por justo motivo e previa o seu controlo, inclusive do ponto de vista do mérito, pela Junta Provincial Administrativa; previa que as Comunas estendessem, através de regulamentos, idêntica estabilidade aos restantes trabalhadores. O “Estatuto de 1908” identificava várias causas extintivas da relação jurídica de emprego, também de natureza não disciplinar, através de “fórmulas demasiado gerais” e, por outro lado, subtraía ao Conselho de Estado o controlo da respectiva aplicação, causas consideradas já de si excessivamente numerosas (daí a referência ao projecto de Giolitti como as “27 formas de o trabalhador perder o emprego”)<sup>1903</sup>. À aplicação de uma pena disciplinar expulsiva (“revoca” ou “destituzione”) juntava-se a “dispensa” – fundada em inaptidão, na incapacidade profissional, na produtividade insuficiente e na conveniência de

---

<sup>1900</sup>. O Tribunal Administrativo de Grenoble, por decisão de 4 de Maio de 1995, Req. n.º 921822, “[c]onsiderando que as duas punições litigiosas executadas foram anuladas pelo superior hierárquico porque desprovidas de fundamento; que, por conseguinte o Senhor Maufroy tem razão ao sustentar que aquele cometeu uma falta que importa a responsabilidade do Estado; que constitui uma justa avaliação dos prejuízos nas suas condições de vida resultantes da limitação da liberdade de circulação e do seu prejuízo moral condenar o Estado a pagar-lhe a soma de 6000 francos todos os interesses compreendidos até à data da leitura da sentença”. Didier Jean-Pierre, *Le Droit de la Fonction Publique*, 10 ans de jurisprudence, 1990-2000, Editions Du Juris-Classeur, Décembre 2000, p. 258.

<sup>1901</sup>. O regime jurídico da função pública italiana constava do Decreto Legislativo de 13 de Novembro de 1859, do regulamento de 23 de Outubro de 1853, alterados por decreto de 24 de Outubro de 1866, e de todo um conjunto de “decretos, de regulamentos, de instruções especiais”. Ver Martinho Nobre de Melo, *O Estado dos Funcionários*, Estatuto legal, Lisboa, 1914, pp. 80 a 83.

<sup>1902</sup>. Constituiu a Lei de 25 de Junho de 1908, n.º 290, e foi elaborado com base no projecto de Giolitti.

Alberto Xavier, *Estatuto dos Funcionários (Justificação Jurídico-Política da Questão e Projecto de Lei)*, Lisboa, Portugal-Brasil Limitada, Sociedade Editora, p. 54, e Salvatore Terranova, *Il Rapporto di Pubblico Impiego*, Milano, 1991, p. 13.

serviço –, com menores garantias procedimentais em nome da sua invocada natureza objectiva, a “destituzione di diritto”, a “dimissioni d’ufficio” (ou “decadenza”) – a extinção da relação jurídica de emprego, não dependente de procedimento prévio, por violação grave de deveres relativos à prestação de trabalho – o “collocamento a riposo” (aposentação) e o “collocamento indisponibilità”, por supressão de postos de trabalho. O estatuto enumerava as faltas disciplinares, procurando tipificar os “casos da sua aplicação”, o que constituía, observava Martinho Nobre de Melo, uma tendência de “jurisdicionalização da repressão disciplinar”<sup>1904</sup>.

As “competências, administrativa e disciplinar” para a prática dos actos correspondentes aos “empregos superiores (directores gerais ou lugares equiparados)” eram do respectivo ministro e cabiam aos “conselhos de administração e de disciplina” para “os lugares inferiores”<sup>1905</sup>. A decisão punitiva e o parecer precedente do conselho de disciplina deveriam ser fundamentados, pressupondo a prévia audição do funcionário. A afirmação do direito de defesa nos procedimentos disciplinares precede a sua previsão legislativa, e localiza-se em decisões jurisprudenciais já de finais do século XIX, deduzido a partir de uma argumentação jusnaturalística. O Conselho de Estado, em particular, considerava que o direito de defesa não pode ser desatendido mesmo nas hipóteses despedimento *ad nutum*, por força dos “princípios fundamentais que tutelam a dignidade pessoal”<sup>1906</sup>.

Em 1921, o Governo foi incumbido de “emanar normas de reorganização das Administrações civis do Estado” e de concomitantemente reduzir pessoal. Pelo “régio decreto de 11 de Novembro de 1923 n.º 2395”, foi redefinida a “organização hierárquica do pessoal civil do Estado e pelo “regio decreto de 30 de Dezembro de 1923, n.º 2960”, aprovado o respectivo “estatuto jurídico”<sup>1907</sup>. O “Estatuto de 1923” estendeu a “dimissioni

---

<sup>1903</sup>. Stefano Battini, “Il licenziamento del dipendente nell’impiego pubblico e nell’impiego (privato) con le pubbliche amministrazioni”, in Dall’ Impiego Pubblico al Rapporto di Lavoro con le Pubbliche Amministrazioni, Organizado por Stefano Battini e Sabino Cassese, Giuffrè Editore, 1997, p. 41.

<sup>1904</sup>. O Estado dos Funcionários, Estatuto legal, Lisboa, 1914, p. 90.

<sup>1905</sup>. Martinho Nobre de Melo, O Estado dos Funcionários, Estatuto legal, Lisboa, 1914, p. 89.

<sup>1906</sup>. Giovanni Sala, Potere Amministrativo e principi dell’ordinamento, Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Giuffrè Editore, Milano, 1993, p. 81, nota 93, e p. 282.

<sup>1907</sup>. Salvatore Terranova, Il Rapporto di Pubblico Impiego, Milano, 1991, p. 15, e Enrico Rasponi, Il Potere Disciplinare, volume primo (Natureza jurídica e soggetti attivo), Istituto di Diritto Amministrativo, Cedam, Cada Editrice Dott. A. Milani, Padova, 1942, XX, p. 149.

d’ufficio” e a “dispensa”, respectivamente, à instigação, à greve e à incompatibilidade com as directivas políticas do Governo.

As causas de cessação da relação jurídica de emprego foram objecto da atenção dos sucessivos diplomas relativos ao regime de pessoal: i) no “régio decreto n.º 100, de 4 de Novembro de 1937”, constituíam causas de cessação da relação jurídica de emprego a supressão do lugar ou emprego, a reestruturação do serviço com redução de trabalhadores, a “incompetência ou escasso rendimento, a inidónea conduta moral e política e a prática de infracção disciplinar”; pelo artigo 5.º do D-L n.º 207, de 4 de Abril de 1947, foi afastada a inadequação da conduta moral e política como causa de despedimento, passando a primeira (falta de idoneidade moral) a constituir, “nos casos graves”, a “falta disciplinar”. Não obstante, não era pacífica a existência de um *numerus clausus* de fundamentos para a cessação das relações de emprego do «pessoal permanente», invocando-se que a Administração não podia ficar vinculada “à continuação indefinida” das mesmas<sup>1908</sup>.

As relações de trabalho na Administração Pública italiana, “originariamente considerada[s] de natureza privatística e contratual”<sup>1909</sup>, evoluíram no sentido da respectiva publicização, pela decantação jurisprudencial da “autonomia de princípios gerais a partir do originário tronco comum da *locazione delle opere*”<sup>1910</sup>. As relações de trabalho em todo o sector público passaram a ser de forma «substancialmente unitária» (serviços e organismos da administração do Estado, central e periférica, entes públicos territoriais e “entes públicos funcionais”) reguladas por um regime jus-administrativista, diferenciado do ponto de vista substantivo e da tutela jurisdicional do aplicável às relações de trabalho no sector privado<sup>1911</sup>. Excepcionados estavam as empresas públicas (“entes públicos económicos”,

---

<sup>1908</sup>. Ettore Morone, “Impiego pubblico”, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. III, Unione Tipografica, Editrice Torinese, p. 278 e 279.

<sup>1909</sup>. Stefano Battini, “Il licenziamento del dipendente nell’impiego pubblico e nell’impiego (privato) con le pubbliche amministrazioni”, in *Dall’ Impiego Pubblico al Rapporto di Lavoro con le Pubbliche Amministrazioni*, Organizado por Stefano Battini e Sabino Cassese, Giuffrè Editore, 1997, p. 39.

<sup>1910</sup>. Edoardo Ghera, *Il Pubblico Impiego, Rapporto di Lavoro e Attività Sindacale*, Dott. Francesco Cacucci Editore, Bari, 1975, p. 31. “A diversidade dos órgãos jurisdicionais teve profunda influência sobre as orientações da jurisprudência e foi um dos factores mais importantes da formação e consolidação do actual regime típico da relação de emprego público e desta como relação especial de trabalho ao serviço da administração pública distinta pela autonomia de princípios gerais elaborados a partir do originário tronco comum da *locazione delle opere*”.

<sup>1911</sup>. Edoardo Ghera, *Il Pubblico Impiego*, cit., pp. 26 a 31. Mais do que um regime, de pessoal, existiam

em geral), com um regime privado, idêntico ao das empresas privadas, para as suas relações de trabalho<sup>1912</sup>.

Ao “Testo Unico degli impiegati civili dello Stato”, de 1957 (d.p.r. n.º 3, de 10 de Janeiro de 1957) é reconhecido o mérito de, para além da “coordenação de disposições heterogéneas e de diversa formulação e derivação”, ter estabelecido “um feliz equilíbrio entre exigências de tutela da função pública e de garantia de objectividade de tratamento do respectivo pessoal”<sup>1913</sup>. Em matéria disciplinar, enumera as sanções disciplinares e faz corresponder a cada tipo um elenco com formulações abertos de infracções disciplinares<sup>1914</sup>, dispõe sobre a articulação entre a efectivação da responsabilidade disciplinar e a da responsabilidade penal<sup>1915</sup>, a suspensão preventiva do trabalhador<sup>1916</sup> e o procedimento disciplinar<sup>1917</sup>. Dispôs, igualmente, no sentido de um maior estabilidade no emprego: suprimiu a “dispensa” com fundamento na oposição às directivas políticas do governo e com fundamento no interesse do serviço e eliminou os efeitos da “destituzione” e da “decadenza” sobre a remuneração<sup>1918</sup>. O juiz administrativo foi contribuindo para essa maior estabilidade, ao otimizar o controlo exercido no contencioso de anulação e ao estender regras previstas para o procedimento disciplinar às outras causas extintivas da relação jurídica de emprego.

---

vários os regimes especiais.

<sup>1912</sup>. Edoardo Ghera, *Il Pubblico Impiego*, cit., pp. 10 a 12.

<sup>1913</sup>. Ivone Cacciavillani, *Il Diritto Disciplinare*, Cedam, 1994, p. 62.

<sup>1914</sup>. Cfr. artigos 79.º a 84.º do “d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3”, que integra o «apêndice de normas» constante do livro de Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, Giuffrè Editore, 2002, pp. 615 e 617.

A responsabilidade disciplinar é referida à violação de deveres “del proprio ufficio” segundo as concretizações categoriais dos factos correspondentes, o que é considerado ser uma forma de tornar mais eficaz de tutela do trabalhador e assegurar o exercício mais homogéneo do poder disciplinar nos diversos serviços e organismos - cfr. Alfredo Contieri, “In tema di sanzioni disciplinare”, in Mario Rusciano e Tiziano Treu, *La Legge-quadro sul Pubblico Impiego (Commentario della legge 29 marzo 1983, n. 93)*, Padova, 1985, pp. 126 e 127, e Gianfranco Bronzetti, *Casi Tipici di Responsabilità nella Pubblica Amministrazione*, Cedam, 1997, pp. 11 e 12.

<sup>1915</sup>. Cfr. artigos 85.º, 88.º, 90.º, 91.º, 98.º e 99.º do “d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3”, loc. cit., pp. 616 a 620.

<sup>1916</sup>. Cfr. artigos 92.º, 94.º e 96.º do “d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3”, loc. cit., pp. 618 e 619.

<sup>1917</sup>. Cfr. artigos 100.º a 123.º do “d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3”, loc. cit., pp. 620 a 626.

<sup>1918</sup>. Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo, Volume Terzo (L'Organizzazione Amministrativa)*, Sesta Edizione, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1958, pp. 347 a 351.



O “Decreto do presidente da Republica de 28 de Dezembro de 1970, n.º 1077”, emanado em virtude da delegação contida na “Lei de 18 de Março de 1968, n.º 249, modificou várias normas do Texto Único”, que não as normas relativas à disciplina. O “Decreto do presidente da República de 30 de Junho de 1972, n.º 748” instituiu a “carreira dirigente”. A “Lei de 11 de Julho de 1980, n.º 312 suprimiu o regime de carreiras regulado pelo Texto único de 10 de Janeiro de 1957, n.º 3, e institui uma nova organização retributiva-funcional do pessoal civil e militar do pessoal do Estado, com exclusão dos dirigentes e do pessoal com as qualificações de inspector-geral e de director de divisão”. A “Lei de 29 Março de 1983, n.º 93”<sup>1919</sup>, que “contém disposições com valor de princípios fundamentais... introduziu institutos dirigidos à redefinição do sistema unitário de emprego público”<sup>1920</sup>, como, por exemplo, a contratação colectiva da disciplina de alguns aspectos das relações de emprego público<sup>1921</sup>. O seu artigo 22.º, sob a epígrafe “Principi in tema di responsabilità”, contém quatro parágrafos, respectivamente, sobre a delimitação da infracção disciplinar (“O trabalhador que viola os deveres da sua função fica sujeito às sanções disciplinares previstas na lei só pelos factos subsumíveis a categorias determinadas.”), a coexistência com a responsabilidade “administrativo-financeira”), a garantia dos direitos de defesa (“Ao trabalhador deve ser garantido o exercício do direito de defesa com a assistência, eventualmente, de uma associação sindical”) e a garantia de emissão por um “órgão constituído de modo a assegurar a imparcialidade”, de um parecer prévio à aplicação de uma sanção disciplinar<sup>1922</sup>.

Com o Decreto Legislativo n.º 29, de 3 de Fevereiro de 1993, na sequência do artigo 2.º da Lei n.º 421, de 23 de Outubro de 1992, o emprego público é deslocado para a alçada do

---

<sup>1919</sup>. Cfr. texto integral da lei in Mario Rusciano e Tiziano Treu, *La Legge-quadro sul Pubblico Impiego*, *Commentario della legge 29 marzo 1983*, n. 93, com a colaboração de vários autores e *Appendice di Documentazione*, Cedam, 1985, pp. 189 a 198.

<sup>1920</sup>. Salvatore Terranova, *Il Rapporto di Pubblico Impiego*, Milano, 1991, pp. 18 a 21.

<sup>1921</sup>. Salvatore Terranova, *Il Rapporto di Pubblico Impiego*, cit., pp. 7, 8 e 28 (“... o sindicato obteve plena afirmação. É-lhe conferida legitimidade para participar na emanação de normas sobre o emprego público mediante a estipulação de acordos colectivos, não respeitantes tão somente às matérias remuneratórias mas também a aspectos de organização dos serviços, e assumiu o papel de centro de referência dos interesses colectivos, assim como a representação e tutela da categoria” dos trabalhadores).

<sup>1922</sup>. Cfr. artigo 22.º da Lei n.º 93, de 29 de Março de 1983, loc. cit., p. 195.

Direito do Trabalho, passando aí a ter o seu centro de gravidade<sup>1923</sup>. Os moldes («acomodação pública») desta «privatização» – *rectius*, aplicação do “regime característico da relação de trabalho privado” – e contratualização – *rectius*, constituição por contrato da relação jurídica e peso determinante da “fonte colectiva” na definição do respectivo regime<sup>1924</sup> – foram estabelecidos por aqueles diplomas e estão hoje explicitados num texto único – o Decreto Legislativo n.º 165, de 30 de Março de 2001 (que «absorveu» as alterações introduzidas àqueles, com destaque para o Decreto Legislativo n.º 80, de 31 de Março de 1998 e o Decreto Legislativo n.º 387, de 29 de Outubro de 1998 – correspondentes à designada “seconda stagione” da privatização do emprego público<sup>1925</sup>). A generalidade das relações de trabalho é disciplinada por normas do Código Civil e pelas “leis relativas às relações de trabalho na empresa”<sup>1926</sup>, nos termos e limites estabelecidos pelo decreto legislativo referido, que matizam publicisticamente aquele regime (v.g., na dependência de concurso da constituição e, nalguns casos, da modificação da relação jurídico de emprego, na definição legal dos efeitos das reorganizações orgânico-funcionais sobre a relação de trabalho<sup>1927</sup>). A contratação colectiva é elevada a “fonte directa de regulação de todas as matérias relativas à relação laboral e às relações sindicais”<sup>1928</sup>.

---

<sup>1923</sup>. Joan Prats i Català, “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público”, Documentación Administrativa, n.ºs 241-242, Janeiro-Agosto, 1995, pp. 42 e 43, nota 45.

<sup>1924</sup>. Para a explicitação do significado da expressão privatização e contratualização da relação jurídica de emprego público, ver Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., p. 32.

<sup>1925</sup>. Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., p. 9 e 10.

<sup>1926</sup>. Cfr. artigo 2.º, n.º 2, do Decreto Legislativo n.º 165, de 30 de Março de 2001: “I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto.”

<sup>1927</sup>. De destacar ainda a previsão, em convenção colectiva, da “nulidade do procedimento de recrutamento” como “condição resolutive do contrato de trabalho individual”. Ver Stefano Battini, “Il licenziamento del dipendente nell’impiego pubblico e nell’impiego (privato) con le pubbliche amministrazioni”, in *Dall’ Impiego Pubblico al Rapporto di Lavoro con le Pubbliche Amministrazioni*, Organizado por Stefano Battini e Sabino Cassese, Giuffrè Editore, 1997, pp. 58 a 60, e Diritti, Doveri e Responsabilità degli Impiegati dello Stato, XIII Edizione, Edizione Giuridiche Simone, 1999, p. 90.

<sup>1928</sup>. Silvia Del Saz, “La privatización de las relaciones laborales en las Administraciones Públicas”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, *Studia Iuridica*, 60, Colloquia, pp. 152 a 154, e Ilaria Antonini, “Le fonti regolatrici del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche” (sítio na internet).

Pretendeu-se “valorizar a distinção entre organização da administração pública, cujo regime é confiado em primeira linha à lei, e a gestão das relações de trabalho dos trabalhadores públicos, tendencialmente remetida para a contratação colectiva”<sup>1929</sup>.

Excluídos deste regime estão os magistrados, os militares e os agentes das forças de segurança, os funcionários da carreira diplomática, o “pessoal da carreira perceptorial”, os professores e investigadores universitários<sup>1930</sup>, cuja responsabilidade disciplinar é regulada pelo Capítulo VII (artigos 78.º a 123.º) do D. P.R. n.º 3, de 10 de Janeiro de 1957, o qual contém o regime jurídico geral (para o qual os regimes jurídicos especiais frequentemente remetem), substantivo e procedimental<sup>1931</sup>.

A responsabilidade disciplinar também foi abrangida na «órbita privatística», embora na versão primeira do artigo 59.º do Decreto Legislativo n.º 29/1993 tal não fosse líquido, assim como “a possibilidade de regular o instituto mediante as normas de direito privado e aquelas da contratação colectiva, em lugar da velha disciplina do texto único dos empregados civis do Estado”<sup>1932 1933</sup>. O Decreto Legislativo n.º 546, de 23 de Dezembro de

---

A Lei de 15 de Março de 1997, n.º 59, conhecida como “legge Bassanini”, renovou a “legge n. 421 del 1992”, “concretizada pela emanção do decreto legislativo 3 febbraio 1993 n. 29”. A alínea a) do n.º 4 do seu artigo 11.º comete ao Governo o encargo de “completar a integração da disciplina do emprego público com aquela do trabalho privado e a consequente extensão ao emprego público das disposições do código civil e das leis sobre as relações de trabalho privado na empresa; estender o regime de direito privado da relação de emprego aos dirigentes gerais e equiparados das administrações públicas”.

<sup>1929</sup>. Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., pp. 12 e 13.

<sup>1930</sup>. A partir de 1996, a “categoria dos dirigentes foi contratualizada” “em sede de contratação colectiva” O pessoal dirigente, a partir do Decreto legislativo 80/1998, deixou de estar submetido ao regime funcional. São celebrados contratos de trabalho que estipulam, no respeito dos parâmetros colectivamente contratados, “o objecto da prestação laboral, a duração que pode ir de dois a sete anos, os objectivos e a retribuição”, contratos que são denunciáveis por incumprimento das directivas superiores ou dos objectivos fixados. A denúncia pode ser seguida da colocação em cargo directivo de nível inferior ou menor prestígio e, no caso de reiteração ou de desrespeito grave de directivas políticas, pode o dirigente ficar impedido de ser provido em cargo dirigente por período não inferior a dois anos e mesmo nas situações de maior gravidade ser despedido segundo o Estatuto dos trabalhadores. Para além do diploma, ver Pietro Virga, *Il Pubblico Impiego dopo la Privatizzazione*, quarta edizione, completamente rifata, Giuffrè Editore, 2002, p. 34.

<sup>1931</sup>. Eugenio Mele, *La Responsabilità dei Dipendenti e degli Amministratori Pubblici*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, Quinta Edizione, pp. 113 e segs.

<sup>1932</sup>. Constante do “d.p.r. n.º 3, de 10 de Janeiro de 1957”. Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., pp. 12 e 13, Vincenzo Cerulli Irelli, *Corso di Diritto Amministrativo*, Ristampa aggiornata al 31 dicembre 2001, G. Giappichelli Editore – Torino, p. 128, e Stefano Di Iorio, *Diritti, Doveri e Responsabilità degli Impiegati dello Stato*, XIII Edizione, Edizioni Giuridiche Simone, 1999, pp. 137, 190 e 191. Cfr. artigos 59.º e artigo 20.º, n.º 10, do Decreto Legislativo n.º 29, de 3 de Fevereiro de 1993, e artigo 43.º, n.º 1, do Decreto Legislativo n.º 80, de 31

1993 deu nova redacção ao artigo 59.º daquele (que corresponde hoje ao artigo 55.º do Decreto Legislativo n.º 165, de 2001). O n.º 2 do (hoje) artigo 55.º prevê a aplicação das “normas fundamentais em matéria disciplinar da relação de trabalho privado”<sup>1934</sup>, as do artigo 2106.º do Código Civil e do artigo 7.º, n.ºs 1, 5 e 8, da “Lei n.º 300, de 20 de Maio de 1970”<sup>1935</sup>. A aplicação de normas jus-privatísticas, incluindo as normas estipuladas em sede de contratação colectiva, não se fez sem a sua qualquer acomodação jus-administrativistas<sup>1936</sup>, segundo o disposto, hoje, no Decreto Legislativo n.º 165, de 2001<sup>1937</sup>.

---

de Março de 1998.

<sup>1933</sup>. O artigo 72.º, n.º 2, do Decreto Legislativo n.º 29, de 3 de Fevereiro de 1993, manteve a aplicação, até à “adopção da uma diversa disciplina contratual”, em matéria de infracções e sanções disciplinares, das disposições dos capítulos I e II do Título VII do Decreto do Presidente da República n.º 3, de 10 de Janeiro de 1957 (cuja aplicação, no entanto, sempre se manteve para o “pessoal não contratualizado”). A norma foi depois revogada pelo artigo 43.º, n.º 1, do Decreto Legislativo n.º 80 de 1998, de 30 de Março, a que corresponde o artigo 71.º, n.º 1, do Decreto Legislativo n.º 165, de 30 de Março de 2001. Ressurgiu, em alguma medida, nos contratos colectivos nacionais sectoriais. E com a disciplina de fonte negocial foram coexistindo e sendo ajustadas específicas normas de fonte legal. Ver Diritti, Doveri e Responsabilità degli Impiegati dello Stato, cit., pp. 203 e 204, e Giustina Noviello e Vito Tenore, La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato, cit., pp. 357 e 358.

<sup>1934</sup>. Giustina Noviello e Vito Tenore, La Responsabilità e Il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato, cit., p. 13.

<sup>1935</sup>. Na versão primeira do artigo 59.º do Decreto Legislativo 29/1993, o artigo 7.º da Lei 300/1970 foi deixado de fora, com os seus limites à aplicação das sanções da multa e da suspensão do serviço (§ 4) e a proibição de aplicação das sanções que importem “alteração definitiva da relação de trabalho” (§ 4). O artigo foi, no entanto, sendo recebido e aplicado através dos contratos colectivos. Ver o artigo 7.º no apêndice ao livro de Giustina Noviello e Vito Tenore, La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato, cit., p. 627, e Pier Matteo Lucibello, “La Responsabilità Disciplinare nel Pubblico Impiego: Nodi e Questioni”, in La Responsabilità Pubbliche, Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale, a cura di Domenico Soace, Cedam, 1998, pp. 343 a 345.

<sup>1936</sup>. A Lei n.º 97, de 8 de Março de 2001 disciplina, nos capítulos IV e V, as relações entre direito penal e direito disciplinar, a Lei n.º 55, de 19 de Março de 1990, dispõe sobre a «suspensão cautelar obrigatória», a Lei n.º 19, de 7 de Fevereiro de 1990 dispõe sobre os prazos do procedimento disciplinar e o artigo 1.º, n.º 6, da Lei n.º 662, de 23 de Dezembro de 1996, respeita às consequências disciplinares da inobservância das regras de incompatibilidade. Importa igualmente referir o Código de comportamento que elenca os deveres do trabalhador - Giustina Noviello e Vito Tenore, La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato, cit., p. 40.

<sup>1937</sup>. Nas palavras de Giustina Noviello e Vito Tenore, usa “uma técnica normativa ‘mista’, chamando à colação algumas normas civilísticas fundamentais (e, assinaladamente, o artigo 2106 Código Civil e o artigo 7.º, n.ºs 1, 5 e 8 do Statuto del Lavoro) e prevendo depois uma disciplina ad hoc para outros aspectos do instituto, decalcando quase integralmente as regras próprias do trabalho privado” (La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato, cit., p. 13).

O n.º 3 do artigo 55.º remete a definição da “tipologia das infracções e das respectivas sanções” para a contratação colectiva<sup>1938</sup>. A norma é interpretada no sentido de não excluir a definição contratual de outros aspectos da responsabilidade disciplinar. Argui-se que o objectivo foi tornar inequívoca a possibilidade de disposição pactícia sobre uma matéria anteriormente objecto de exclusiva disposição unilateral, deixando entreaberto o artigo 7.º, n.º 1, do *Statuto del Lavoro*<sup>1939</sup> a inclusão de outros aspectos, ao prever a aplicação das normas de acordos e contratos colectivos que disponham sobre a matéria. A Administração não pode, é enfatizado, deixar de submeter à contratação colectiva a matéria disciplinar, embora não necessariamente toda, e deve respeitar o acordado quando disponha por via unilateral nos espaços que não sejam de contratação necessária<sup>1940</sup>.

O primeiro contrato colectivo celebrado (*del comparto ministeri*)<sup>1941</sup> estabeleceu um novo leque de sanções disciplinares, entre as quais o despedimento sem pré-aviso e o despedimento com pré-aviso; regulou o procedimento disciplinar; enunciou as infracções disciplinares e as *fattispecie* de despedimento por “motivo subjectivo disciplinar”, isto é, por manifesto incumprimento das obrigações contratuais do trabalhador<sup>1942</sup>. Neste plano, é

---

<sup>1938</sup>. “Salvo quanto previsto dagli articoli 21 e 53, comma 1, e ferma restando la definizione dei doveri del dipendente ad opera dei codici di comportamento di cui all’articolo 54, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni e’definita dai contratti collettivi.”

<sup>1939</sup>. Aplicável por força do n.º 2 do artigo 55.º do Decreto Legislativo n.º 165, de 2001.

<sup>1940</sup>. Assim, “hoje, no sector do emprego público privatizado - diferentemente do sector do trabalho privado - a matéria disciplinar (e, assinaladamente, a norma de conteúdo preceptivo) deve necessariamente (mas não exclusivamente) ser regulamentada em sede de contratação colectiva” - Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., pp. 41 e 42.

<sup>1941</sup>. “Prov. P.C.M. 3 marzo 1995 – Autorizzazione del Governo alla sottoscrizione (...) degli identici testi del contratto collettivo nazionale di lavoro del comparto del personale dipendente dai «Ministeri» ..., concordati: a) il 10 febbraio 1995 ....; b) il 14 febbraio 1995 (...).”, in apêndice ao livro de Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., pp. 636 a 641.

<sup>1942</sup>. Cfr. artigos 23.º a 28 do “Prov. P.C.M. 3 marzo 1995 – Autorizzazione del Governo alla sottoscrizione (...) degli identici testi del contratto collettivo nazionale di lavoro del comparto del personale dipendente dai «Ministeri» ..., concordati: a) il 10 febbraio 1995 ....; b) il 14 febbraio 1995 (...)”, loc. cit., pp. 636 a 641. De acordo com este contrato, constituem causas extintivas da relação de trabalho por “motivo subjectivo justificado”, a situação de “persistente rendimento insuficiente ou qualquer facto grave que demonstre total incapacidade para cumprir adequadamente as obrigações funcionais” e a incapacidade física, reconduzíveis à “dispensa” prevista no artigo 129.º do Decreto do Presidente da República n.º 3/1957; a recusa expressa de transferência por exigências do serviço, a ausência arbitrária e injustificada por período superior a 10 dias consecutivos e a constituição da relação jurídica de emprego com base em documentos falsos ou outros meios fraudulentos, reconduzíveis, no artigo 127.º do Decreto do Presidente da República n.º 3/1957, à “decadenza”.

referido ter saído reforçada a estabilidade da relação jurídica de emprego, quando ocorra violação grave de deveres relativos à prestação de trabalho, na medida em que deixou de implicar necessariamente a respectiva cessação<sup>1943</sup>.

Do ponto de vista substantivo, destacam-se os seguintes aspectos:

- a) O ilícito disciplinar é fundamentalmente concebido como incumprimento do contrato, mais do que a inobservância de norma do estatuto ou de certo regime jurídico especial.
- b) São, por princípio, irrelevantes disciplinarmente os comportamentos do trabalhador exteriores ao serviço<sup>1944</sup>.
- c) Os ilícitos disciplinares foram sendo contratuamente confinados aos comportamentos patológicos do ponto de vista deontológico em detrimento dos aspectos ligados à eficiência e eficácia da prestação do trabalhador<sup>1945</sup>.
- d) Os deveres dos trabalhadores são definidos através de convenção colectiva<sup>1946</sup> e especificados num “código de comportamento”<sup>1947</sup> aprovado através de circular do Departamento da Administração Pública, ouvidas as confederações sindicais representativas<sup>1948</sup>.

---

O Decreto legislativo n.º 29/1993 manteve a “decadência” do emprego por “violação do regime legal sobre incompatibilidades”, prevista no Decreto do Presidente da República n.º 3/1957. Nada disse sobre a “decadência” por perda de “cidadania, italiana ou europeia, ou por aceitação não autorizada de missão ou função para com administração estrangeira”, a qual, porém, não foi afastada por contrato colectivo.

Ver Stefano Battini, “Il licenziamento del dipendente nell’impiego pubblico e nell’impiego (privato) con le pubbliche amministrazioni”, cit., pp. 49 a 55, e Diritti, Doveri e Responsabilità degli Impiegati dello Stato, XIII Edizione, Edizione Giuridiche Simone, 1999, pp. 90 e 91.

<sup>1943</sup>. Stefano Battini, “Il licenziamento del dipendente nell’impiego pubblico e nell’impiego (privato) con le pubbliche amministrazioni”, cit., pp. 55 a 58, e artigos 25.º e 26.º do Prov. P.C.M. 3 marzo 1995 ...”, citado, loc. cit., pp. 638 e 639.

<sup>1944</sup>. Pier Giorgio Lignani, “La responsabilità disciplinare dei dipendenti dell’ Amministrazione Statale”, in La Responsabilità Pubbliche, Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale, a cura di Domenico Soace, Cedam, 1998, pp. 383 e 384. O autor entende que a irrelevância disciplinar, por princípio, dos factos exteriores é inspirada por uma óptica garantística mais do que pela preocupação de dar à Administração poderes de tutela em face de comportamentos que lesam a sua imagem e o crédito (p. 384).

<sup>1945</sup>. Pier Giorgio Lignani, “La responsabilità disciplinare dei dipendenti dell’ Amministrazione Statale”, cit., p. 382.

<sup>1946</sup>. Cfr. artigo 23.º (“Doveri del dipendente”), “Prov. P.C.M. 3 marzo 1995 ...”, loc. cit., pp. 636 e 637.

<sup>1947</sup>. Cfr. artigo 54.º do Decreto Legislativo n.º 165, de 2001.

<sup>1948</sup>. Circular de 12 de Julho de 2001, n.º 2198, in Gazzetta. Ufficiale n.º 84, de 10.04.2001, e in apêndice normativo à obra de Giustina Noviello e Vito Tenore, La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel

- e) Quanto às sanções, rege o “princípio da tipicidade ‘contratual’”, com referência “às hipóteses delineadas em abstracto nos códigos disciplinares de fonte pactícia e à coincidência das *fattispecie* concretas com tais hipóteses”. É admitida, não obstante, a “aplicação em concreto de uma sanção mais leve do que aquela fixada em abstracto em relação a determinado ilícito disciplinar”<sup>1949</sup>, designadamente, por via de acordo.
- f) O princípio da proporcionalidade entre infracção e sanção e a concomitante gradualidade desta, segundo o disposto no artigo 2106.º do Código Civil, é considerado uma norma essencial da “matéria disciplinar no sector privado”, cuja violação é juridicamente censurada por jurisprudência constante<sup>1950</sup>. Esta determinação é considerada emblemática da privatização do emprego público, porque sendo o princípio da proporcionalidade um parâmetro fundamental da actividade administrativa e de controlo da legalidade do acto administrativo punitivo<sup>1951</sup>, é visto, fundamentalmente, como “especificação sectorial das importantes disposições civilísticas da correcção e da boa fé”<sup>1952</sup> e serve de base à discussão sobre a possibilidade de redução judicial da sanção julgada desproporcionada<sup>1953</sup>.

No que se refere aos aspectos procedimentais, é de salientar o seguinte:

- a) “No respeito das leis e dos actos organizativos nela fundados, ... as decisões relativas à organização dos serviços e as medidas inerentes à gestão das relações de

---

Pubblico Impiego Privatizzato, cit., pp. 660 a 663.

<sup>1949</sup>. Giustina Noviello e Vito Tenore, La Responsabilità e Il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato, cit., pp. 108 e 109.

<sup>1950</sup>. E, por força da previsão do artigo 55.º, n.º 2, do Decreto Legislativo n. 165, que manda aplicar tal norma: “Ai dipendenti di cui all’ articolo 2, comma 2, si applicano l’articolo 2106 del codice civile e l’articolo 7, commi primo, quinto e ottavo, della legge 20 maggio 1970, n. 300.”

<sup>1951</sup>. Giustina Noviello e Vito Tenore, La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato, cit., pp. 14 e segs., maxime, pp. 31 a 33.

<sup>1952</sup>. Giustina Noviello e Vito Tenore, La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato, cit., p. 37.

<sup>1953</sup>. Giustina Noviello e Vito Tenore, La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato, cit., p. 35.

trabalho cabem aos órgãos de gestão, dotados da capacidade e dos poderes do empregador privado”<sup>1954</sup>.

Os aspectos que antecedem e esta disposição<sup>1955</sup> levam a doutrina a afirmar a “natureza privada dos actos do procedimento disciplinar” e o poder disciplinar como “poder gestor do dador de trabalho de tipo privatístico”<sup>1956</sup>: “o empregador público aplica a sanção disciplinar num contexto que [diz-se]... é em tudo idêntico (em relação aos poderes, às posições subjectivas e aos efeitos dos actos) ao contexto no qual se move o empregador privado (...) *não exercendo mais poderes autoritários e unilaterais*” (itálico nosso)<sup>1957</sup>.

Não obstante, o Conselho de Estado, no parecer n.º 9, de 10 de Junho de 1999, ao arrepio da jurisprudência anterior, sustentou, no que foi criticado, a recorribilidade administrativa dos “actos de gestão da relação de emprego público ‘privatizada’”, qualificando-os como “actos subjectivamente administrativos”<sup>1958</sup>.

- b) A fundamentação da decisão punitiva existe não por força do dever geral de fundamentar os actos administrativos<sup>1959</sup>, mas na medida da previsão legal ou contratual que o exija.

De todo o modo, o carácter não arbitrário, proporcionado e razoável da sanção é triável, destaca-se, em sede judicial, porquanto aí o empregador tem de demonstrar a conformidade legal e contratual da aplicação da sanção. Para a Administração oferece-se, assim, diz-se, a alternativa entre a fundamentação contemporânea à prática do acto e a fundamentação deferida para a fase judicial, tendo aquela a

---

<sup>1954</sup>. O artigo 5.º, n.º 2, do Decreto-Legislativo n.º 165, de 2001.

<sup>1955</sup>. E já anteriormente o artigo 4.º do Decreto-Legislativo n.º 29/1993.

<sup>1956</sup>. Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., pp. 14 e segs., maxime, pp. 14 e 18.

Actos administrativos são apenas os «actos macro-organizativos», como por exemplo, o acto que fixa a hora de abertura e de fecho do serviço, sendo acto gestor jus-privatístico o acto que fixa o horário de trabalho de certo funcionário.

<sup>1957</sup>. Pier Matteo Lucibello, “La Responsabilità Disciplinare nel Pubblico Impiego: Nodi e Questioni”, cit., p. 344.

<sup>1958</sup>. Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., pp. 19 e 20.

<sup>1959</sup>. Cfr. artigo 3.º da Lei n.º 241, de 7 de Agosto de 1990, sobre o procedimento administrativo.



vantagem de se adequar melhor à transparência da acção administrativa e de prevenir o recurso aos tribunais<sup>1960</sup>.

Nesta linha, o despedimento do trabalhador público deixa de ser corporizar num acto sujeito ao controlo da legalidade, passando a corresponder ao exercício do direito de rescisão, por justa causa, sindicável pelo juiz ordinário.

Quanto ao procedimento de aplicação de sanção disciplinar, importa referir o seguinte:

1. Cada Administração dispõe de um serviço responsável pela realização do procedimento disciplinar: instaurado este pelo dirigente máximo do serviço, cabe àquele instruir o processo, deduzir a acusação e aplicar a pena, salvo a repreensão verbal e censura, que pode ser aplicada pelo dirigente de cada unidade orgânica<sup>1961</sup>. A preterição das “comissões disciplinares e similares”, em detrimento da intervenção “de um serviço no âmbito de cada administração pública”, é interpretado como uma escolha legislativa a favor de um procedimento de parte: “o empregador público aplica a sanção através do apuramento instrutório levado a cabo por um seu serviço, sem alguma pretensão de imparcialidade”<sup>1962</sup>.
2. A jurisprudência constitucional sempre afirmou a necessidade de um procedimento justo em matéria disciplinar<sup>1963</sup>. As garantias fundamentais do trabalhador assentam no direito de audiência e defesa. Notificado para apresentar a defesa à acusação que lhe é dirigida no prazo de quinze dias - podendo para tal fazer-se assistir por advogado ou por um representante da associação sindical em que está filiado ou a que confira mandato; a decisão deverá ser tomada no prazo de quinze dias<sup>1964</sup>.

---

<sup>1960</sup>. Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., pp. 20 a 25 e pp. 309 e 310 (entendido como acto sancionatório como acto de natureza privada privado, a obrigação de fundamentação não existe senão, como para o empregador privado, relativamente às sanções expulsivas. Os autores destacam que, no entanto, a Administração têm vantagem em fazê-lo para evitar o risco de impugnações sistemáticas dirigidas a erros procedimentais, à existência de “vícios lógicos, manifesta irrazoabilidade ou ausência de proporcionalidade” (p. 310).

<sup>1961</sup>. Cfr. artigo 55.º, n.º 5, do Decreto Legislativo n.º 165, de 2001.

<sup>1962</sup>. Pier Matteo Lucibello, “La Responsabilità Disciplinare nel Pubblico Impiego: Nodi e Questioni”, in *La Responsabilità Pubbliche, Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, a cura di Domenico Soace, Cedam, 1998, p. 344.

<sup>1963</sup>. Diego Vaiano, *La Riserva di Funzione Amministrativa*, cit., p. 302, nota 58.

<sup>1964</sup>. Cfr. artigo 55.º, n.º 5, do Decreto Legislativo n.º 165, de 2001, e Pier Matteo Lucibello, “La Responsabilità Disciplinare nel Pubblico Impiego: Nodi e Questioni”, cit., p. 344.

3. A «privatização» do poder disciplinar afastou algumas das garantias anteriormente reconhecidas ao trabalhador no procedimento disciplinar, por estar excluída, por princípio, a aplicação das normas jurídicas relativas aos procedimentos administrativos que terminem pela emissão de acto administrativo. Entre estas, por exemplo, a notificação do início do procedimento e a indicação da entidade e prazo para impugnar a decisão<sup>1965</sup>.

Quanto aos meios de tutela do trabalhador em face de decisão disciplinar punitiva, retêm-se os seguintes aspectos:

- a) A sanção aplicada pode ser reduzida mediante acordo com o trabalhador, tornando-se, neste caso, inimpugnável<sup>1966</sup>.
- b) Na falta de acordo, nos vinte dias subsequentes à aplicação da sanção, o trabalhador pode impugná-la junto do “colégio arbitral de disciplina” da Administração onde trabalha – composto por dois representantes da Administração, dois representantes dos trabalhadores e presidido por terceira pessoa exterior à Administração, com comprovada experiência e independência –, o qual deve decidir no prazo de noventa dias (prazo durante o qual a sanção fica suspensa), sendo a respectiva decisão de acatamento obrigatório para a Administração<sup>1967</sup>.
- c) Caso as convenções colectivas não prevejam processos de conciliação e arbitragem, as sanções disciplinares podem ser impugnadas pelo trabalhador junto do “colégio de conciliação” existente no âmbito da “direcção provincial do trabalho” da circunscrição a que pertence o serviço do trabalhador<sup>1968</sup>. Em 23 de Janeiro de

---

<sup>1965</sup>. Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., pp. 26 a 30.

<sup>1966</sup>. Cfr. artigo 55.º, n.º 7, Decreto Legislativo n.º 165, de 2001. Sem prejuízo para a deverosidade inerente ao exercício da competência, esta é uma das possibilidades de «contratar» ou convencionar com o arguido a decisão punitiva, assim como o é o acordo do funcionário sobre a aplicação de censura em alternativa à realização de procedimento disciplinar ou à tomada de decisão neste - Ivone Cacciavillani, *Il Diritto Disciplinare*, Cedam, Padova, 1994, pp. 68 e 98, e Diritti, Doveri e Responsabilità degli Impiegati dello Stato, cit., p. 50.

<sup>1967</sup>. Cfr. artigo 55.º, n.ºs 7 e 8, do Decreto Legislativo n.º 165, de 2001.

<sup>1968</sup>. Cfr. artigos 55.º, n.º 9, e 56.º do Decreto Legislativo n.º 165, de 2001, Diritti, Doveri e Responsabilità degli Impiegati dello Stato, cit., p. 50.

2001, foi celebrado contrato colectivo nacional em matéria de procedimento de conciliação e arbitragem<sup>1969</sup>.

- d) Recorrer aos tribunais. O conhecimento das controvérsias relativas à aplicação de sanções disciplinares cabe aos tribunais comuns<sup>1970</sup>, que exercem um controlo de plena jurisdição.

O controlo jurisdicional tornou-se mais denso: não se queda pela *ragionevolezza* do exercício do poder e legalidade do acto final e do procedimento, mas controla também a verificação da justa causa ou motivo justificado<sup>1971</sup>, com amplos poderes de valoração dos factos<sup>1972</sup>. O reforço das garantias jurisdicionais é referido como sendo um reajustamento ou reequilíbrio justificado pela diminuição das “garantias internas ao procedimento disciplinar”<sup>1973</sup>.

Quanto à relação entre a responsabilidade criminal e a responsabilidade disciplinar, a mesma afirma-se como uma relação de estreita correlação mas também de autonomia. Nesta relação, três aspectos há que destacar:

- a) Da disciplina normativa contratual emerge um princípio da prevalência do processo penal sobre o procedimento disciplinar em três situações. Uma vez apurados factos com relevância penal, a administração deve dar início ao procedimento disciplinar, confrontando o agente com as respectivas imputações, fazer a respectiva participação criminal (obrigatória), data a partir da qual se suspende o procedimento até que seja proferida sentença penal definitiva. Esta previsão é criticada por se entender que pode prejudicar a eficácia da indagação penal. Igual dever de suspensão do procedimento disciplinar existe quando a relevância criminal dos factos emerge no decurso daquele

---

<sup>1969</sup>. Cfr. contrato em apêndice ao livro, de Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., pp. 664 a 669.

<sup>1970</sup>. Cfr. artigo 63.º do Decreto-Legislativo n.º 165, de 2001, e *Diritti, Doveri e Responsabilità degli Impiegati dello Stato*, pp. 196 e 197.

<sup>1971</sup>. Stefano Battini, “Il licenziamento del dipendente nell’impiego pubblico e nell’impiego (privato) con le pubbliche amministrazioni”, cit., pp. 55 a 58.

<sup>1972</sup>. Pier Matteo Lucibello, “La Responsabilità Disciplinare nel Pubblico Impiego: Nodi e Questioni”, in *La Responsabilità Pubbliche, Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, a cura di Domenico Soace, Cedam, 1998, pp. 346 e 347.

<sup>1973</sup>. Pier Matteo Lucibello, “La Responsabilità Disciplinare nel Pubblico Impiego: Nodi e Questioni”, cit., p. 347.

procedimento. De igual modo, quando no decurso do mesmo sobrevenha o conhecimento da pendência de processo penal – ou, nalguns casos, e na interpretação considerada preferível, da decisão de submissão a julgamento penal do trabalhador – pelos mesmos factos objecto de procedimento disciplinar.

Na hipótese do conhecimento de facto com relevância disciplinar na sequência de uma sentença penal definitiva de condenação, a Administração tem, como em qualquer outra situação de conhecimento de factos disciplinarmente relevantes, um prazo certo, curto, para a reactivação do procedimento suspenso<sup>1974</sup>.

- b) Quanto aos efeitos do caso julgado penal sobre o procedimento disciplinar, a decisão judicial, condenatória ou de absolvição (que não determinada pela prova de que os factos, também sob apreciação disciplinar, não foram praticados ou que o agente não os cometeu), impõe “a (deverosa e tempestiva) activação ou reassunção e prosseguimento do procedimento disciplinar”<sup>1975</sup>.
- c) A sentença transitada em julgado vincula a Administração, na efectivação da responsabilidade disciplinar, quanto aos factos provados, à ilicitude penal e autoria<sup>1976</sup>.

---

<sup>1974</sup>. Cfr. artigos 24.º, n.º 2, e 25.º, n.ºs 6 a 8, do “contratto collettivo nazionale di lavoro del comparto del personale dipendente dai «Ministeri» ...”, cuja celebração foi autorizada pelo Governo pelo “Prov. P.C.M. 3 marzo 1995” (apêndice à obra de Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., pp. 637 e 640). Segundo dispõe a fonte contratual, vinte dias para instaurar procedimento disciplinar, entendendo-se que afasta tal sentido dispositivo os cento e oitenta dias contados após a notícia da sentença definitiva, previstos no n.º 8 do citado artigo 25.º e no artigo 9.º, da Lei n.º 19 de 7 de Fevereiro de 1990, Sem prejuízo, o artigo 5.º, n.º 4, da Lei n.º 97, de 27 de Março de 2001, prevê, para certos casos, um prazo de 90 dias a contar do conhecimento do julgado penal condenatório. Ver Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., pp. 276 a 290, *Diritti, Doveri e Responsabilità degli Impiegati dello Stato*, cit., p. 51, e Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, Volume Terzo, p. 310.

<sup>1975</sup>. As decisões de absolvição que não obstem à instauração ou prosseguimento do procedimento disciplinar são:

a) a que conclui pela improcedibilidade da acção penal, por, designadamente, extinção do crime, por ausência de condições de procedibilidade, por amnistia ou por prescrição;

b) a que conclui que o facto não constitui crime, porque por exemplo falta o elemento subjectivo da culpa ou porque não está previsto na lei como crime.

Cfr. Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., pp. 292 a 295, e Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, Volume Terzo (*L’Organizzazione Amministrativa*), Sesta Edizione, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1958, p. 310.

Inclusive a “sentenza di patteggiamento” tem eficácia de caso julgado no juízo sobre a responsabilidade disciplinar quanto ao accertamento da existência dos factos, à ilicitude penal e ao nexo de imputação (Giustina Noviello e Vito Tenore, cit., p. 314).

<sup>1976</sup>. O artigo 1.º da “L. 27 marzo 2001, n.º 97”. Introduce um “1-bis” ao artigo 653.º do Código Penal, com

dispõe que Esta determinação é fundamentada no princípio da economia dos meios jurídicos, que impõe que não se perca em sede disciplinar “o património de aquisições feitas pelo juiz penal”, cujos poderes instrutórios são referidos como “bem mais amplos e intensos do que os que dispõe a administração pública”<sup>1977</sup>.

d) Em particular, quanto aos efeitos disciplinares da decisão judicial condenatória, destacam-se os seguintes:

d.1) A extinção do “automatismo sancionatório-expulsivo de natureza disciplinar” subsequente à condenação penal por alguns crimes<sup>1978</sup>, automatismo que foi considerado, pelo Tribunal Constitucional, contrário à necessidade de uma valoração prévia em sede disciplinar dos factos objecto do julgado penal e da gradualidade ou proporcionalidade das sanções disciplinares<sup>1979</sup>.

d.2) No entanto, há que considerar a previsão em contratos colectivos sectoriais da aplicação da sanção disciplinar de “despedimento sem pré-aviso” em resultado da condenação por certos crimes, o que é criticado, porque, diz-se, embora não

---

o seguinte teor: “A sentença penal irrevogável de condenação tem eficácia de caso julgado na avaliação para efeito de responsabilidade disciplinar perante as autoridades públicas quanto ao accertamento da subsistência do facto, da ilicitude e da afirmação que aquele a quem é imputado o cometeu.” Cfr. diploma in apêndice ao livro de Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., pp. 671 a 674.

<sup>1977</sup>. Cfr. Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., pp. 305 e segs., maxime, p. 308, e Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, Volume Terzo (*L’Organizzazione Amministrativa*), Sesta Edizione, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1958, p. 310.

Mesmo quando os elementos fixados em sede penal não sejam significativos sempre podem ser aproveitados, para efeitos de apuramento da responsabilidade disciplinar, os elementos probatórios do processo penal, como, por exemplo, os autos de inquirição do arguido e das testemunhas, os documentos, os relatórios e pareceres de peritos, sem prejuízo de poder justificar-se que as respectivas diligências sejam repetidas em sede de procedimento disciplinar (p. 315).

<sup>1978</sup>. Cfr. artigo 9.º, n.º 1, da Lei de 7 de Fevereiro de 1990, n. 19, e artigo 5.º, n.º 4, da “Lei de 27 de Março de 2001, n.º 97”: “... no caso em que seja pronunciada sentença penal definitiva de condenação de trabalhadores..., ainda que com pena condicionalmente suspensa, a extinção da relação de trabalho ou emprego pode ser pronunciada a seguir a um procedimento disciplinar”. Cfr. diploma in ao livro de Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., p. 672, e a análise, pelos autores, do preceito a pp. 296 a 297.

<sup>1979</sup>. Cfr. Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., pp. 296 a 299. Para conferir regime jurídico anterior, ver Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, Volume Terzo, cit., pp. 310 e 311.

dispense a realização de procedimento disciplinar, acaba este por ser meramente formal, na medida em que à Administração se impõe a aplicação de tal sanção<sup>1980</sup>.

- d.3) A relação jurídica de emprego pode cessar por aplicação das penas acessórias de “interdição perpétua de exercer cargos ou empregos públicos”<sup>1981</sup> e, bem assim, no caso dos militares há “(automática) cessação do serviço continuativo na sequência de condenação penal que aplique a pena acessória de demissão (remozione)”. O entendimento geral é o de que a constitucionalidade do respectivo carácter automático não se coloca, porque se tratam de “penas acessórias” e não de “medidas disciplinares”<sup>1982</sup>.
- e) A suspensão cautelar do trabalhador, para além de ocorrer com a aplicação de medida restritiva de liberdade, pode verificar-se quando se tratem de “factos directamente relacionados com a relação de trabalho”, objecto de participação criminal, ou quando sejam susceptíveis de virem a importar, se provados, a aplicação da sanção disciplinar de despedimento, a qual, pode prolongar-se por cinco anos; e pode ainda verificar-se, nas mesmas condições, depois de cessar a situação de restrição de liberdade, até ser proferida a sentença definitiva<sup>1983</sup>.

### 3. O Direito disciplinar da função pública alemã

---

<sup>1980</sup>. Cfr. Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., pp. 297 a 299.

<sup>1981</sup>. Cfr., v.g., artigo 25.º, n.º 5, alínea e).2), do “contratto collettivo nazionale di lavoro del comparto del personale dipendente dai «Ministeri», celebrado em Fevereiro de 1995, entre a ARAN e várias organizações representativas dos trabalhadores, cuja subscrição foi autorizada pelo Governo em Março de 1995 (cfr. contrato no apêndice ao livro de Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., p. 640).

<sup>1982</sup>. “... não se trata de uma sanção disciplinar coarctada aplicada sem uma reponderação dos factos em sede interna, mas de uma pena acessória, consequente de um crime de relevante gravidade, e dirigida a tutelar valores constitucionalmente relevantes”. Cfr. Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., pp. 299 a 304.

A “L. 27 marzo 2001, n. 97”, no seu n.º artigo 5.º, n.ºs 2 e 4, adita duas outras previsões de “extinção da relação de trabalho ou de emprego”, como pena acessória à condenação criminal (nalguns casos) em pena de prisão não inferior a três anos.

<sup>1983</sup>. Cfr. artigo 27.º do *contratto collettivo nazionale di lavoro del comparto del personale dipendente dai «Ministeri», celebrado em Fevereiro de 1995, entre a ARAN e várias organizações representativas dos trabalhadores, cuja subscrição foi autorizada pelo Governo em Março de 1995 (cfr. contrato no apêndice normativo ao livro de Giustina Noviello e Vito Tenore, *La Responsabilità e il Procedimento Disciplinare nel Pubblico Impiego Privatizzato*, cit., p. 641) e Diritti, Doveri e Responsabilità degli Impiegati dello Stato, cit., pp. 51 e 52.*

A função pública alemã é herdeira da função pública prussiana<sup>1984</sup>. No *PreuBische Allgemeines Landrecht*”, de 1 de Junho de 1794, que “constituiu a primeira regulação legal da relação de serviço ao Estado (Parte II, Título 10, § 1 e segs. e 68.º e segs.)”, no título dedicado aos “direitos e deveres dos funcionários”, dispunha-se, por um lado, que “[n]inguém pode ser nomeado para um emprego sem que possua os devidos títulos e sem que haja dado provas da sua capacidade”<sup>1985</sup> e, por outro lado, que “[n]enhum superior pode despedir por seu livre arbítrio (*einseitig*) um empregado do Estado”<sup>1986</sup>. Tendo as suas raízes no século XVIII, “quando os funcionários dos príncipes passaram a ser funcionários do Estado”, foi no século XIX que se desenvolveu, acompanhando o processo de profissionalização da administração pública<sup>1987</sup>. Desde “1851”, que o despedimento passou “a estar vinculado de maneira exclusiva a um procedimento disciplinar formal”<sup>1988</sup>.

A lei dos funcionários civis do Império data de 31 de Março de 1873<sup>1989</sup>. A respectiva “relação de serviço” era titulada pelo designado “contrato de nomeação”, cujos efeitos se produziam “no momento da recepção da patente da nomeação”. O princípio do mérito estruturava a admissão e a evolução na carreira de forma proporcionalmente crescente ao grau hierárquico<sup>1990</sup>.

---

<sup>1984</sup>. A primeira função pública na Europa, segundo referência de Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, Vol. II, Lisboa, 2001, p. 68.

<sup>1985</sup>. No artigo 70.º.

<sup>1986</sup>. No artigo 98.º. Ver Martinho Nobre de Melo, O Estado dos Funcionários, Estatuto legal, Lisboa, 1914, pp. 95 e 96, e Klaus Stern, Derecho del Estado de la Republica Federal Alemanha, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, tradução do original *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 642.

<sup>1987</sup>. The public service in Germany, pp. 36 e 37, [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de).

<sup>1988</sup>. Klaus Stern, Derecho del Estado de la Republica Federal Alemanha, cit., p. 642.

<sup>1989</sup>. Georges Dellis e Spyros A. Pappas, “Le droit disciplinaire et son application dans les administrations publiques des Etats Membres”, in The Meetings of the Directors General for Public Administration. Recalling the past and considering the future, European Institute of Public Administration, DGAP, Portugal, 2000, p. 124, nota 5, Fausto de Quadros, Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa, cit., p. 328, e Klaus Stern, Derecho del Estado de la Republica Federal Alemanha, cit., p. 643.

<sup>1990</sup>. A “preparação científica [foi] ... levada tão longe que o resultado foi a Alemanha ficar dotada de uma qualidade de administradores verdadeiramente notável”, segundo observava Alberto Xavier - Estatuto dos Funcionários (Justificação Jurídico-Política da Questão e Projecto de Lei), Lisboa, Portugal-Brasil Limitada, Sociedade Editora, p. 61.

Os “empregos dos funcionários” eram vitalícios, “a não ser que [fossem] instituídos sob condição expressa de demissibilidade”<sup>1991</sup>. Neste caso, a “relação de serviço” podia cessar pela aplicação da sanção disciplinar de demissão, de que resultava “a perda do título e do direito à pensão”. A aplicação desta e das outras sanções disciplinares legalmente previstas – “as penas simples” de advertência, censura e multa, e as de “revogação”, nas formas de transferência, com efeito sobre o vencimento, e demissão – importava a necessária audição do funcionário sobre a infracção cometida. No entanto, enquanto as “penas simples” apenas requeriam uma decisão escrita motivada, as segundas implicavam também um prévio processo disciplinar, compreensivo de um “inquérito prévio” e de um debate oral, cujos termos corriam perante uma das “Câmaras Disciplinares” (com sete membros, quatro da magistratura, incluindo o presidente), de cuja decisão cabia recurso para o “Tribunal de disciplina” (onze membros, quatro pelo menos do *Bundesrat* e seis pelo menos, incluindo o presidente, do Tribunal Supremo do Império). Não obstante a jurisdicionalização do processo, com a «acusação disciplinar» a cargo inclusive do Ministério Público, a lei permitia que o imperador agravasse ou minorasse as penas<sup>1992</sup>. O funcionário sujeito a processo disciplinar podia ser suspenso “pela autoridade” administrativa, sendo-lhe restituído, em caso de absolvição, “o vencimento integralmente”<sup>1993</sup>.

Com Bismarck, a “nacionalização dos caminhos-de-ferro e a criação de diversos serviços públicos industriais ou sociais, nacionais ou locais, trouxe para a administração trabalhadores em grande número que se mantiveram sob um regime de direito privado”, situando-se aí a distinção entre funcionários e empregados ou operários da Administração Pública<sup>1994</sup>.

---

<sup>1991</sup>. Martinho Nobre de Melo, *O Estado dos Funcionários, Estatuto legal*, Lisboa, 1914, p. 100, e Alberto Xavier, *Estatuto dos Funcionários*, cit., pp.61 a 63.

<sup>1992</sup>. Martinho Nobre de Melo, *O Estado dos Funcionários, Estatuto legal*, Lisboa, 1914, pp. 103 a 106, e Fausto de Quadros, *Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa*, cit., pp. 328 e 329.

Michel Stassinopoulos referencia o “facto histórico de que o direito disciplinar derivou do direito penal”. Cfr. *Le Droit de la Défense Devant les Autorités Administratives*, cit., pp. 81 e 120.

<sup>1993</sup>. Martinho Nobre de Melo, *O Estado dos Funcionários, Estatuto legal*, Lisboa, 1914, pp. 103 a 106.

<sup>1994</sup>. Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, P.U.F., 1986, p. 54.



A Constituição de 1919 consagrou o direito à igualdade no acesso aos empregos públicos<sup>1995</sup>. Os funcionários eram nomeados como “servidores da colectividade..., sendo-lhes garantida a liberdade das suas opiniões políticas e a liberdade de associação”<sup>1996</sup>. O vínculo funcional era tido por vitalício e conferidas aos funcionários várias garantias. Designadamente, “[n]enhum funcionário pod[i] ser destituído das suas funções, colocado na situação de reforma e noutro emprego de vencimento inferior se não nas condições estabelecidas previamente na lei. O direito de recurso e de revisão em matéria disciplinar [era] assegurado a todos os funcionários que t[inham] também o direito de tomarem conhecimento das informações dos seus chefes”<sup>1997</sup>.

O “Regulamento Disciplinar do *Reich*” de 26 de Janeiro de 1937 manteve, no essencial, a “organização judiciária disciplinar” existente, a qual foi depois reestruturada pelo “Regulamento Disciplinar Federal” de 28 de Novembro de 1952<sup>1998</sup>.

A Constituição da República Federal da Alemanha (1949), no artigo 33.º, enuncia aspectos estruturais do Direito da função pública. O n.º 2 do artigo 33.º estabelece o direito à igualdade no acesso a qualquer emprego público, de acordo com as suas aptidões, qualificações ou realizações profissionais<sup>1999</sup>. De acordo com o n.º 4 do artigo 33.º, o “exercício de poderes de autoridade pública deve ser confiado a título permanente a membros da função pública no âmbito de relação de serviço e de fidelidade fundada no direito público”<sup>2000</sup>. A “lei federal da função pública”, de 1985, na decorrência da reserva

---

<sup>1995</sup>. Cfr. artigo 128.º.

<sup>1996</sup>. Cfr. artigo 130.º.

<sup>1997</sup>. Cfr. artigo 129.º e ver Alberto Xavier, *Estatuto dos Funcionários*, cit., pp. 63 e 64, E Klaus Stern, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemanha*, cit., p. 644.

<sup>1998</sup>. O processo disciplinar é instaurado pelo superior hierárquico e depois de instruído – se a infracção indiciada for abstractamente punível com sanção superior à multa – é remetido para a Câmara Disciplinar competente, a quem compete formular a nota de culpa e conduzi-lo até à decisão final; no processo, o Procurador Disciplinar Federal representa “o interesse público da disciplina”. As Câmaras Disciplinares são expressões distritais do Tribunal Disciplinar Federal. A segunda instância é assegurada pelo Tribunal Administrativo Federal, o qual se organiza nos Senados Disciplinares e no Grande Senado Disciplinar (a quem cabe a uniformização da jurisprudência). As sanções disciplinares de advertência, repreensão e multa, da competência dos superiores hierárquicos, são recorríveis para as Câmaras Disciplinares. Cfr. Fausto de Quadros, *Os Conselhos de Disciplina na Administração Consultiva Portuguesa*, cit., pp. 328 a 334.

<sup>1999</sup>. Cfr. *La fonction publique en Allemagne*, Ministère fédéral de l’intérieur, pp. 42 e 43, e *The public service in Germany*, p. 27, [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de).

<sup>2000</sup>. *The public service in Germany*, p. 27, [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de).

constitucional, estabelece que só podem ser desempenhadas por funcionários públicos as funções que impliquem o "desempenho permanente de poderes públicos e o exercício de autoridade ou de tarefas que por razões de segurança do Estado ou da vida pública não possam ser cometidas ao pessoal laboral"<sup>2001</sup>. As demais relações de trabalho são reguladas pelo regime laboral privado<sup>2002</sup>. Não sendo segura a delimitação de tais funções, a reserva afasta a coexistência de exercício das mesmas funções por parte de trabalhadores com regimes jurídicos diferentes. Têm-se verificado, sem prejuízo, uma aproximação de regimes jurídicos<sup>2003</sup>. O n.º 5 do artigo 33.º dispõe que "[o] direito da função pública deve ser regulado e evoluir considerando os princípios tradicionais de funcionalismo", princípios em relação aos quais se afirma corporizarem uma garantia institucional, embora não haja consenso sobre os mesmos<sup>2004</sup>. Entre estes, inclui-se um "direito disciplinar próprio assim como a perda do cargo, demissão ou descida a um posto com menor remuneração unicamente nos casos e nas formas previstas expressamente na lei"<sup>2005</sup>.

Os trabalhadores da Administração Pública dividem-se em funcionários (*Beamte*) – "agentes detentores de autoridade pública ou de prerrogativas estaduais", sujeitos a um regime de trabalho jus-administrativista, de natureza estatutária<sup>2006</sup> –, em empregados (*Angestellte*) e em operários do Estado (assalariados), cujas relações de trabalho se fundam

---

<sup>2001</sup>. "O artigo 33.4 prevê para o exercício de competências soberanas uma chamada reserva de função a favor do funcionariado profissional. Esta reserva não é obrigatória; só está pensada como norma geral (...). De acordo com o Tribunal Constitucional Federal declarou que o exercício constante de competências soberanas em grande escala por não funcionários é incompatível com a Lei Fundamental. Os trabalhadores e empregados da função pública só podem executar estas competências em casos excepcionais objectivamente fundamentados". Cfr. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemanha*, cit., pp. 616 e 617.

<sup>2002</sup>. Silvia Del Saz, "La privatización de las relaciones laborales en las Administraciones Públicas", in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, *Stvdia Ivridica*, 60, Colloquia, p. 151, e Klaus Stern, *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemanha*, cit., p. 679..

<sup>2003</sup>. Silvia Del Saz, "La privatización de las relaciones laborales en las Administraciones Públicas", pp. 151 e 152, *The public service in Germany*, p. 30, [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de), e *Principes Européens d' Administration Publique*, Documents SIGMA, n.º 27, CCNM/SIGMA/Puma (99)44, p. 24.

<sup>2004</sup>. Cfr. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemanha*, cit., pp. 617 e segs.

<sup>2005</sup>. Cfr. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemanha*, cit., p. 626.

<sup>2006</sup>. Os funcionários públicos, incluindo os juízes, perfaziam, em 30 de Junho de 2000, 33% do conjunto daqueles que tinham um emprego público. Cfr. *The public service in Germany*, p. 27, [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de). Já, em 1986, os trabalhadores em regime de direito privado perfaziam cerca de metade do conjunto (Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, P.U.F., 1986, p. 54).

num contrato de trabalho, disciplinado pelas leis gerais do trabalho e pelo disposto em convenções colectivas<sup>2007</sup>.

Sobre o funcionário impende o dever de exercer as suas funções “de forma justa e imparcial, desinteressada e leal, levando sempre em linha de conta o interesse geral”, com dedicação permanente (o que prejudica ou limita o exercício do direito à greve e obriga à reserva, no exercício de funções, na expressão das suas ideias políticas) e respeito dos comandos hierárquicos, sem prejuízo do dever de velar pela legalidade. Em contrapartida, para além do direito a uma remuneração apropriada e de direitos assistenciais, goza de particular estabilidade<sup>2008</sup>. Sobre o trabalhador em regime de direito privado, impende também um dever de fidelidade, de execução do seu trabalho de acordo com o interesse geral, de forma imparcial e justa<sup>2009</sup>. Não obstante, os deveres dos funcionários públicos dão expressão à especial relação de lealdade que os vincula ao empregador e são iguais para todos, dependendo, antes, “os deveres dos empregados públicos ... da sua função”<sup>2010</sup>. A específica segurança no emprego conexas-se com um sistema de ingresso e evolução na carreira exigente e estreitamente regulado<sup>2011</sup>. A «relação funcional» pode cessar por

---

<sup>2007</sup>. Cfr. La fonction publique en Allemagne, Ministère fédéral de l'intérieur, pp. 41 e segs. e 64 e segs., e M. Manzoor Alam, Public Personnel Policy in Europe, cit., p. 74, Marcel Pochard, “Quel avenir pour la fonction publique?”, cit., p. 6 (“Près de la moitié des agents de l'Etat fédéral et des Länder et l'immense majorité du personnel des communes et des organismes autonomes relèvent de ce fait du droit privé”), Principes Européens d'Administration Publique, Documents SIGMA, n.º 27, CCNM/SIGMA/Puma (99)44, p. 25, e Jean-Michel de Forges, Droit de la fonction publique, P.U.F., 1986, p. 55.

<sup>2008</sup>. Cfr. La fonction publique en Allemagne, Ministère fédéral de l'intérieur, pp. 44 a 46, considerandos 60 e 61 do BverfG, 2 BvR 1436/02 of 09/23/2003, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/-rs20030924\\_2bvr143502en.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/-rs20030924_2bvr143502en.html)), e Klaus Stern, Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana, cit., pp. 649 e 650.

<sup>2009</sup>. Cfr. La fonction publique en Allemagne, Ministère fédéral de l'intérieur, pp. 64 a 66.

<sup>2010</sup>. The public service in Germany, p. 30, [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de).

<sup>2011</sup>. O recrutamento faz-se segundo um procedimento de selecção que, embora não seja objecto de uma disciplina jurídica geral, obedece aos princípios da igualdade, do mérito e da publicidade (The public service in Germany, pp. 27, 34 a 36 e 43 a 47, [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de)). Uma vez admitidos, a integração é progressiva, dependendo da superação de períodos longos de prova e de um “exame de carreira” (Christoph Demmke, “Systems of grading staff in the public administrations of the European Union”, in The Meetings of the Directors General for Public Administration, Institut Européen d'Administration Publique, DGAP, Portugal 2000, pp. 17, 18 e 21, e The public service in Germany, p. 47, [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de)). A promoção tem lugar segundo regras predefinidas, com valorização necessária da classificação de serviço, da formação profissional feita e, em muitos casos, da rotação nos postos de trabalho (Cfr. La fonction publique en Allemagne, Ministère fédéral de l'intérieur, pp. 54 e 68, e M. Manzoor Alam, Public Personnel Policy in Europe – A Comparative Analysis of Seven European Countries, Ministry of Finance, Finland, State Employer's Office, 11/98, pp. 75 e 76, 79 e 80, e The public service in Germany, pp. 47 a 49, [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de)); fica sujeita a

aposentação, perda de nacionalidade (ou cidadania da União Europeia), por recusa de prestação de juramento, por condenação a uma pena privativa de liberdade pelo período mínimo de um ano por crime cometido dolosamente e por aplicação, por decisão judicial e pela sanção disciplinar de demissão. Pode ainda ocorrer por iniciativa do funcionário, caso em que deve observar um pré-aviso de três meses, sob pena de perder os direitos à pensão de aposentação e ser oficiosamente adstrito ao regime geral de protecção social na velhice. Contra a vontade do funcionário, o vínculo só pode verdadeiramente cessar com base num procedimento disciplinar por “faltas graves no serviço”<sup>2012</sup>.

A reforma do sector público, associada à unificação da RDA à RFA, no plano da administração federal<sup>2013</sup>, incluiu a adopção de um plano de redução de efectivos para um nível anterior à reunificação<sup>2014</sup> e de reforma das estruturas administrativas (*v.g.*, “descentralização de serviços” e “redução das hierarquias”) e da respectiva função pública. Em Fevereiro de 1997, foi alterado o “Estatuto dos trabalhadores da Administração Pública”, de que se destaca a “introdução de um período probatório para os cargos dirigentes”, a melhoria do sistema de avaliação, a “expansão do emprego em *part-time*” e “alteração do regime remuneratório”<sup>2015</sup>.

Ao Direito disciplinar da função pública da Federação e dos *Länders* é reconhecida uma dupla função: serve o interesse geral, porque ordena-se a “remediar a perturbação da relação de serviço e de fidelidade ocasionada pela falta disciplinar e, portanto, a integridade, o funcionamento do serviço, o desempenho e o prestígio do funcionário”; e

---

período de prova e, por vezes, a um exame no seu termo (The public service in Germany, pp. 47 e 48, [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de), e Jean-Michel de Forges, Droit de la fonction publique, P.U.F., 1986, p. 55).

<sup>2012</sup>. Klaus Stern chama-lhe “procedimento judicial disciplinar”. Cfr. Derecho del Estado de la Republica Alemana, cit., p. 659.

<sup>2013</sup>. A reforma traduziu-se, designadamente, na redução do número e dimensão das estruturas administrativas da administração directa, com a privatização de algumas tarefas e a transferência de outras para a administração indirecta, corporizada em agências ou institutos públicos. Ao nível dos Estados federados, a reforma é no sentido da descentralização administrativa, com a transferência de tarefas administrativas para as comunidades municipais - M. Manzoor Alam, Public Personnel Policy in Europe - A Comparative Analysis of Seven European Countries, Ministry of Finance, Finland, State Employer's Office, 11/98, pp. 72 e 73, e The public service in Germany, pp. 23 a 26, [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de).

<sup>2014</sup>. Cfr. Développements récents de la gestion des ressources humaines dans les pays membres de l'OCDE”, Réunion du Groupe de travail sur la Gestion des ressources humaines, Paris, 25-26 juin 2001, p. 5, e The public service in Germany, p. 31, [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de).

assegura a protecção do funcionário no procedimento de apuramento da responsabilidade disciplinar<sup>2016</sup>.

A responsabilidade disciplinar dos funcionários da Federação e dos *Länder* é regulada por lei federal e por lei destes, relativas ao regime disciplinar e quanto aos deveres, também pelo disposto nos respectivos estatutos gerais<sup>2017</sup>. Vigora desde 1 de Janeiro de 2002 um novo regime disciplinar federal para os funcionários públicos (constante da *Bundesdisziplinargesetz*, BGBl I 2001, 1510)<sup>2018</sup>.

Constitui infracção disciplinar a violação, intencional ou negligente, dos deveres funcionais. Indiciada a prática de infracção, o “empregador é obrigado a iniciar procedimento disciplinar e a apurar os factos em questão” (salvo prescrição)<sup>2019</sup>, excluindo-se, pois, um juízo de oportunidade.

A condução do procedimento disciplinar está sujeita a um dever de celeridade<sup>2020</sup>. No procedimento deve ser obrigatoriamente considerada a matéria de facto apurada em sentença transitada em julgado, em sede de processo judicial penal, contra-ordenacional e administrativo<sup>2021</sup>.

O procedimento termina ou com uma decisão de arquivamento ou pela aplicação, considerando as circunstâncias e a gravidade da infracção, de uma de cinco sanções, a saber: repreensão, multa, redução da remuneração, passagem a categoria inferior e a demissão; a demissão só pode ser aplicada no caso em que o “funcionário perdeu a confiança do empregador ou do público em geral na sequência de uma grave violação do

---

<sup>2015</sup>. M. Manzoor Alam, *Public Personnel Policy in Europe*, cit., pp. 73 a 77, e *La fonction publique en Allemagne*, Ministère fédéral de l’intérieur, pp 37 e 38.

<sup>2016</sup>. Cfr. *Développements récents de la gestion des ressources humaines dans les pays membres de l’OCDE*, cit., p. 5, e *The public service in Germany*, p. 31, [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de).

<sup>2017</sup>. *The public service in Germany*, p. 42, [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de).

<sup>2018</sup>. In [www.juris.de](http://www.juris.de).

<sup>2019</sup>. Cfr. § 17.º, n.º 1, e § 15, da *Bundesdisziplinargesetz*, e *The public service in Germany*, p. 42, [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de).

<sup>2020</sup>. Cfr. § 4.º da *Bundesdisziplinargesetz*.

<sup>2021</sup>. Cfr. § 21.º, n.º 2, da *Bundesdisziplinargesetz*.

dever”<sup>2022</sup>. Aos funcionários aposentados só podem ser aplicadas as sanções de redução ou perda dos “benefícios da aposentação”<sup>2023</sup>.

Quando o empregador equacionar como adequadas as sanções de descida de categoria, demissão ou privação dos “benefícios da aposentação”, ao invés de ele próprio aplicar qualquer uma delas, intenta uma acção no tribunal administrativo competente, que “regulará então a medida disciplinar a aplicar”<sup>2024</sup>. Desta decisão cabe recurso quanto às questões de facto e, mediante certas condições, só sobre questões de direito<sup>2025</sup>. A feição jurisdicional do exercício do poder disciplinar é uma das características tradicionais da função pública alemã, traduzida na subtracção substancial do mesmo ao empregador público e no seu cometimento a órgãos jurisdicionais ou para-jurisdicionais<sup>2026</sup>.

Antes de uma decisão disciplinar final, o empregador pode suspender provisoriamente o funcionário de funções, o que deve especialmente considerar se, numa análise preliminar do caso, for provável a aplicação de uma sanção de demissão. Pode ainda “temporariamente suspendê-lo de alguns deveres”<sup>2027</sup>.

O acesso à via jurisdicional, concretamente às câmaras e senados da jurisdição administrativa<sup>2028</sup>, depende de prévio recurso hierárquico<sup>2029</sup>, do qual não pode resultar o agravamento da sanção<sup>2030</sup>. Na pendência do processo jurisdicional, a Administração pode

---

<sup>2022</sup>. The public service in Germany, p. 42, [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de).

<sup>2023</sup>. The public service in Germany, p. 42, [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de).

<sup>2024</sup>. Cfr. § 34 da Bundesdisziplinalgesetz.

The public service in Germany, pp. 42 e 43, [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de). No regime jurídico anterior, o superior hierárquico podia suspender o procedimento disciplinar, eventualmente, com uma advertência, ou aplicar uma repreensão; se, porém, estivesse em causa uma falta disciplinar grave, era obrigatória a instauração de um “processo disciplinar contencioso” cometido aos “tribunais disciplinares independentes”, externos à Administração, o qual podia dar lugar à sanção de redução temporária de remuneração, de despromoção e de demissão; e, no caso do funcionário estar aposentado, a uma redução temporária ou a uma privação da pensão de aposentação. La fonction publique en Allemagne, Ministère fédéral de l’intérieur, cit., pp. 66 e 67.

<sup>2025</sup>. The public service in Germany, pp. 42 e 43, [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de).

<sup>2026</sup>. Sobre o regime disciplinar quasi-jurisdicionalizado, anteriormente ao actual regime disciplinar, ver Ramon Parada, Derecho Administrativo, II, Organización y Empleo Público, Marcial Pons, 1995, p. 397.

<sup>2027</sup>. The public service in Germany, p. 43, [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de).

<sup>2028</sup>. São compostos, as câmaras e os senados, por três juízos, coadjuvados por dois adjuntos, que são funcionários públicos de carreira, que funcionam como juizes honorários, com domicílio profissional na área de jurisdição do tribunal (cfr. §§ 46, n.º 1, e 47 da Bundesdisziplinalgesetz).

<sup>2029</sup>. Cfr. § 41 da Bundesdisziplinalgesetz.

<sup>2030</sup>. Cfr. § 42, n.º 2, da Bundesdisziplinalgesetz.

trazer a juízo novos factos que indiciem a prática de outra infracção. Neste caso, ou o juiz suspende o processo judicial e o procedimento disciplinar em avaliação, fixando um prazo para que a dedução da acção impugnatória, ou o juiz decide rejeitar a relevância disciplinar da nova matéria de facto<sup>2031</sup>.

O regime disciplinar dos trabalhadores com contrato de trabalho é o das leis gerais do trabalho e o das regras específicas constantes das convenções colectivas pertinentes<sup>2032</sup>, negociadas de forma unitária, entre os empregadores da federação, dos Estados federados e das comunas. Como os demais trabalhadores do sector privado, podem exercer o direito de greve, como último recurso, quando estejam esgotadas as possibilidades de entendimento<sup>2033</sup>. A relação de trabalho pode cessar: i) por despedimento mediante pré-aviso, variável em função dos anos de serviço, e ser justificado por razões objectivas que não digam respeito à pessoa do trabalhador; ii) verificar-se “despedimento modificativo”<sup>2034</sup>; iii) despedimento excepcional sem aviso prévio, por motivo grave relativo ao comportamento do trabalhador; iv) por acordo; v) por limite de idade; vi) diminuição da capacidade de ganho (incapacidade permanente), caso em que tem direito a uma pensão de invalidez nos termos do regime geral; vii) por caducidade sendo o contrato de duração determinada; e viii) e durante o período experimental se o seu desempenho não foi satisfatório<sup>2035</sup>. No caso de inobservância dos deveres contratualmente fixados, o empregador pode repreender o trabalhador, colocá-lo sob a advertência de despedimento e, em caso de reincidência, despedi-lo<sup>2036</sup>.

---

<sup>2031</sup>. Cfr. § 53 da Bundesdisziplinargesetz.

<sup>2032</sup>. M. Manzoor Alam, Public Personnel Policy in Europe, cit., p. 80, e La fonction publique en Allemagne, Ministère fédéral de l'intérieur, cit., p. 68.

<sup>2033</sup>. Cfr. La fonction publique en Allemagne, Ministère fédéral de l'intérieur, p. 67.

<sup>2034</sup>. Depois de 15 anos de serviço e 40 anos de idade, o trabalhador não pode ser despedido ou então, se ele não está em condições de assegurar a prestação de trabalho para a qual ele foi contratado, ele pode ser despedido para ser reclassificado num nível mediatamente inferior (despedimento modificativo).

<sup>2035</sup>. Cfr. La fonction publique en Allemagne, Ministère fédéral de l'intérieur, pp. 70 a 72.

<sup>2036</sup>. La fonction publique en Allemagne, Ministère fédéral de l'intérieur, pp. 66 e 67.

#### 4. O Direito disciplinar da função pública espanhola

O Real Decreto de 18 de Junho de 1852<sup>2037</sup>, conhecido como Estatuto de Bravo Murillo, é tido como o diploma que contribuiu decisivamente para a formação de uma função pública profissionalizada em Espanha. Instituiu as bases gerais do ingresso e acesso nos serviços da Administração do Estado, procurando estruturá-los segundo critérios de mérito; procedeu à «categorização» dos respectivos trabalhadores; e à enunciação dos respectivos direitos e obrigações. Tratava-se de afastar a função pública da ingerência política, em benefício da estabilidade e eficácia da Administração<sup>2038</sup>. A projecção no domínio disciplinar não foi, porém, expressiva: o Estatuto não identificava os deveres e as infracções disciplinares; cometia a órgãos colegiais<sup>2039</sup> a aplicação de sanções disciplinares que elencava (repreensão, suspensão de funções e remuneração, privação de remuneração durante dois meses); a aplicação destas não implicava a observância de qualquer procedimento prévio; o arguido não dispunha de garantias de defesa (como a do acesso ao processo e a de “pedir formação de causa”)<sup>2040</sup>. O estatuto teve pouca capacidade conformativa, porque avulsas alterações legislativas sobrepuseram-se à “pretendia racionalização da função pública” e porque deixou de fora as carreiras especiais, cujo leque foi-se sendo alargado<sup>2041</sup>.

---

<sup>2037</sup>. O Real Decreto de 7 de Fevereiro de 1827, designado por Estatuto de López Ballesteros, é reconhecido como “a primeira tentativa de regulamentação moderna dos funcionários” - Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, editorial Lex Nova, 1999, p. 38, maxime, nota 61.

<sup>2038</sup>. Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., p. 38.

<sup>2039</sup>. Cujas composições eram determinadas por cada Ministério e funcionava junto destes e junto da “oficina geral ou de província”.

<sup>2040</sup>. Cfr. §§ 1 e 2 do ponto 1 do preâmbulo do Projecto de Estatuto Básico da Função Pública n.º 121/000177, publicado no Boletim Oficial das Cortes Gerais, Congresso dos Deputados, VI Legislatura, Série A: 5 de Julho de 1999, n.º 177-1, Projectos de Lei e in [www.igsap.map.es/cia/dispo/ProEstatutoFP](http://www.igsap.map.es/cia/dispo/ProEstatutoFP), p. 1.

V. também Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., pp. 37 a 40, Federico A. Castillo Blanco, “¿Es precisa una reforma del sistema retributivo de los funcionarios públicos?: una reflexión mirando a la historia”, *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, Outubro/Diciembre, 112, 2001,, pp. 500 e 501, e Antonio Martínez Martín, *Régimen Jurídico de los Funcionarios*, segunda edición, Tecnos, 2001, p. 118.

<sup>2041</sup>. Cfr. §§ 1 e 2 do ponto 1 do preâmbulo do Projecto de Estatuto Básico da Função Pública n.º 121/000177, publicado no Boletim Oficial das Cortes Gerais, Congresso dos Deputados, VI Legislatura, Série A: 5 de Julho de 1999, n.º 177-1, Projectos de Lei e in [www.igsap.map.es/cia/dispo/ProEstatutoFP](http://www.igsap.map.es/cia/dispo/ProEstatutoFP), p. 1.

Ver, também, Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., pp. 37 a 40, Federico A. Castillo Blanco, “¿Es precisa una reforma del sistema retributivo de los funcionarios públicos?: una reflexión mirando a la historia”, cit., pp. 500 e 501, e Antonio Martínez Martín, *Régimen Jurídico de los Funcionarios*, cit., p. 118.



Seguiu-se o Estatuto de O'Donnell (Real Decreto de 4 de Março de 1866, revogado pelo Real Decreto de 13 de Junho de 1866), que, não só aperfeiçoou a arquitectura da função pública em torno do princípio do mérito, como constituiu uma evolução significativa no plano do direito disciplinar, ao elencar, ainda que de forma simples, as situações constitutivas de infracção disciplinar, ordenar as faltas disciplinares em muito graves, graves e leves, elencar as sanções que correlativamente lhe poderiam corresponder<sup>2042</sup> e ao fazer depender a aplicação de qualquer sanção, salvo a advertência, de procedimento disciplinar com necessária audiência escrita do arguido; tornou ainda a cessação da relação jurídica de emprego dependente da “existência de justa causa”<sup>2043</sup>. Revogado três meses após o início da sua vigência, foi reposto em vigor o Estatuto Bravo Murillo<sup>2044</sup>. O Estatuto Maura, que lhe sucedeu, de 22 de Julho de 1918, é considerado como aquele que marca o início da história legal do regime disciplinar da função pública, por, de forma mais completa, apresentar um elenco de infracções disciplinares, de sanções correspondentes, definir o respectivo procedimento administrativo e estabelecer garantias impugnatórias<sup>2045</sup>. No início da década de sessenta, o esforço de racionalização por via do mérito não tinha sido atingido<sup>2046</sup>. Com a Lei n.º 129/1963, de 20 de Julho, que estabeleceu “Bases do Regime Jurídico dos Funcionários Cíveis do Estado”, desenvolvidas pelo Decreto n.º 315/1964, de 7 de Fevereiro (*Ley de Funcionarios Civiles del Estado*, de 7 de Fevereiro de 1964), as disfunções deixaram de ter argumento na pulverização de categorias. A ênfase passou a caber ao posto de trabalho: os funcionários de certo corpo de pessoal “podiam ocupar qualquer posto dos que lhe estavam adstritos” por força do enquadramento num

<sup>2042</sup>. Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., p. 41.

<sup>2043</sup>. Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., pp. 40 e 41, e Antonio Martínez Martín, *Régimen Jurídico de los Funcionarios*, cit., p. 118.

<sup>2044</sup>. Antonio Martínez Martín, *Régimen Jurídico de los Funcionarios*, cit., p. 118.

<sup>2045</sup>. Antonio Martínez Martín, *Régimen Jurídico de los Funcionarios*, cit., p. 118.

<sup>2046</sup>. A Lei de Bases de 22 de Julho de 1918 (Estatuto Maura) e o Real Decreto de 7 de Setembro de 1918 quiseram por termo à pulverização categorial e retributiva que os anteriores Estatutos não conseguiram evitar, apesar das suas disposições relativas às categorias e situação remuneratória anunciaram-se aplicáveis a todos os grupos ou corpos de pessoal, fossem especiais ou gerais, correspondendo a cada categoria uma remuneração independentemente do grupo ou corpo de integração.

A ordenação funcional da função pública que se pretendia foi perturbada pela introdução paulatina de novas categoria criadas para justificar maiores remunerações e o acesso profissional facilitado com o mesmo objectivo, de tal forma que, no começo de 1960; a categoria do funcionário estava reduzida a um índice

dado corpo de funcionários<sup>2047</sup>. O Capítulo VIII da referida Lei, relativo ao regime disciplinar, foi desenvolvido por Regulamento de 16 de Agosto de 1969. A Lei tipificava as infracções muito graves, deixando, segundo os critérios de gravidade que estabelecia, para o Regulamento a tipificação das infracções graves e leves.

A Constituição de 1978 definiu as bases da Administração e da função pública no artigo 103.º. O seu n.º 1 estabelece que a “Administração Pública prossegue com objectividade os interesses gerais e actua de acordo com os princípios da eficácia, hierarquia, descentralização e coordenação, com sujeição plena à lei e ao Direito”. O n.º 3 do artigo 103.º prevê a existência de um estatuto legal dos funcionários públicos que estruture o acesso à função pública segundo os “princípios do mérito e capacidade”, defina “o sistema de incompatibilidades e as garantias de imparcialidade no exercício das suas funções”. Entre estas garantias, é incluído o regime disciplinar<sup>2048</sup>. A partir desta articulação sistemática entre organização administrativa e regime de função pública é afirmado constituir finalidade do poder disciplinar, a “tutela da organização” administrativa e dos valores de um “serviço público eficaz, imparcial e conforme à lei”<sup>2049</sup>.

O regime jurídico da função pública sempre foi “peculiar e distinto do regime laboral”, tendo até ao início da década de oitenta, a “contratação laboral” de empregados públicos um carácter excepcional. Evoluiu de forma crescente a partir de então, em particular, na Administração local, depois nas “novas Administrações autonómicas” e, “em menor medida e em sectores mais concretos, na Administração do Estado e nos seus organismos

---

retributivo, assente na antiguidade. Proliferaram, também, os suplementos remuneratórios.

<sup>2047</sup>. A racionalidade não chegou, mais uma vez, a existir no ordenado de postos de trabalho, por os quadros de pessoal e o acesso a cada posto de trabalho se terem desprendido do mérito para se espalhar a livre designação, principalmente, nos postos superiores - pontos 2 e 3 do preâmbulo do Projecto de Estatuto Básico da Função Pública n.º 121/000177, cit., p. 2, e Federico A. Castillo Blanco, “¿Es precisa una reforma del sistema retributivo de los funcionarios públicos?: una reflexión mirando a la historia”, pp. 502 e segs.

<sup>2048</sup>. Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., pp. 42 e 47 (: À imparcialidade é necessária “um minucioso sistema de garantias que abranja todo o sistema de emprego público”, desde o ingresso até à cessação da relação de trabalho e ao regime disciplinar).

<sup>2049</sup>. O reconhecimento constitucional do poder disciplinar é extraído, por Belén Marina Jalvo, do artigo 25.º, n.º 1, da Constituição espanhola (Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., p. 44). A norma dispõe: “Ninguém pode ser condenado ou sofrer sanções por acusações e omissões que no momento da sua prática não constituam delito, falta ou infracção administrativa, segundo a legislação vigente nesse momento” - *Constituições de Diversos Países, Organização, Tradução e Nota Prévia de Jorge Miranda*, 1.º Vol., 3.º edição, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, Lisboa, 1986, p. 290.

autónomos”<sup>2050</sup>. A Lei n.º 30/1984, de 2 de Agosto, remeteu, inicialmente, para instrumento regulamentar a identificação dos postos de trabalho passíveis de provimento por “pessoal laboral”<sup>2051</sup>. O Tribunal Constitucional espanhol, na STC 99/1987, de 11 de Junho, declarou inconstitucional tal remissão por violação da reserva material de lei<sup>2052</sup>. O Tribunal manifestou ainda o entendimento de que a Constituição espanhola impõe com carácter geral o “regime estatutário”, sem prejuízo da possibilidade da previsão legal do recurso a outros vínculos laborais. A Lei n.º 23, de 2 de Julho de 1988, alterando a Lei n.º 30/1984, especificou, embora em alguns casos de forma aberta, pelo emprego de conceitos indeterminados, as situações passíveis de contratação laboral, elenco que veio a ser alargado pela Lei do Orçamento para 1995 (Lei 42/1994), pelas leis de função pública das Comunidades Autónomas, pela Lei de Bases do Regime Local e por leis avulsas, para certos organismos públicos autónomos. Da aplicação destes normativos resultou o crescimento exponencial do número de “contratados laborais” e das situações de coexistência de trabalhadores com regimes de trabalho diferentes a desempenharem as

---

<sup>2050</sup>. Miguel Sánchez Morón, (Régimen estatutario y laboralización), Derecho Público y Derecho Privado en la Actuación de la Administración Pública, Seminario, Barcelona, 7 de mayo, Institut d’Estudis Autònoms, Marcial Pons, 1999, pp. 76 e 77. A Lei do Regime Local de 1955 previa a contratação laboral apenas para o desempenho de “trabalhos manuais similares aos dos ofícios, artes ou indústrias compreendidos na legislação do trabalho”. Hoje, mais de metade do pessoal das entidades locais e uma percentagem elevada o pessoal das Comunidades Autônomas está vinculado por um contrato de trabalho. Na Administração local, o regime jurídico funcional não é estabelecido como o regime jurídico regra. A obrigatoriedade da sua utilização apenas existe quando às “funções que impliquem um exercício de autoridade, as de fé pública e assessoria legal preceptiva, as de controlo e fiscalização interna da gestão económico-financeira e orçamental, as de contabilidade e tesouraria e, em geral, aquelas em que o exercício por funcionários sejam uma melhor garantia de imparcialidade, objectividade e independência no desenvolvimento da função” (idem, p. 79; e artigo 92.º, n.º 2, da Lei n.º 7/1985, de 2 de Abril, “reguladora de las bases del Régimen Local”).

<sup>2051</sup>. Cfr. artigo 15.1.c), da Lei 30/1984 (<http://www.igsap.map.es>).

O posto de trabalho continuou a ser protagonista, depois da Constituição de 1978, no âmbito da Lei n.º 30/1984 (v.g., artigos 15.º, 16.º e 21.º): o desempenho de postos de trabalho determina a mais importante expressão na articulação da carreira administrativa, o denominado “grau pessoal”, que se subjectiva na esfera jurídica do funcionário pelo desempenho em certos termos de um ou mais postos de nível similar, devidamente classificados. A ocupação efectiva de um posto de trabalho é que determina a retribuição, ajuizada em função das características destes e do desempenho. Os postos de trabalho são classificados e ordenados numa relação. Pretende-se retribuir «o que faz», o «modo» e a «intensidade» com que o funcionário cumpre as tarefas inerentes ao seu posto de trabalho. Cfr. Diploma citado e Federico A. Castillo Blanco, “¿Es precisa una reforma del sistema retributivo de los funcionarios públicos?: una reflexión mirando a la historia”, cit., p. 607

<sup>2052</sup>. Na medida em que o legislador dava um «cheque em branco» à Administração para definir os postos de trabalho prováveis pela contratação laboral, não determinando “em que casos e em que condições” seria possível o recurso a vínculos distintos dos de funcionário público. Cfr. sentença proferida no “recurso de

mesmas funções. De fora da contratação ficaram as funções que importem o exercício de funções de autoridade, embora seja a *Ley de Bases do Regime Local* que estabelece essa reserva para os funcionários, alargada às funções de fiscalização e controlo económico-financeiro e orçamental, de certificação pública, aconselhamento jurídico conformativo, contabilidade e tesouraria<sup>2053</sup>. Na Administração instrumental ou institucional, incluindo a empresarial, essa reserva não se verifique e quanto às Administrações autonómicas, umas, seguem o «modelo funcional» e, outras, o «modelo laboral» privado<sup>2054</sup>. Por outro lado, tem-se verificado um fenómeno de «funcionarização» do pessoal contratado em regime de direito privado, seja pela aplicação de aspectos de regime jurídico aos dos funcionários, por via da negociação colectiva, seja no que toca à estabilidade dos respectivos vínculos, seja ainda pela aquisição da qualidade de funcionário público através de procedimentos selectivos mais ou menos limitados e de constitucionalidade duvidosa<sup>2055</sup>.

O regime disciplinar constante da *Ley de Funcionarios Civiles del Estado*, Decreto n.º 315/1964, de 7 de Fevereiro, manteve a sua aplicação, mesmo depois da *Ley de Medidas*

---

inconstitucionalidade n.º 763/1984”, in [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es).

<sup>2053</sup>. Cfr. artigo 92.º, n.º 2, da Lei n.º 7/1985, de 2 de Abril, “reguladora de las bases del Régimen Local”: “Son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al estatuto funcional, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función.”

<sup>2054</sup>. O que se fica a dever ao facto de a norma da alínea c) do n.º 1 do artigo 15.º da Lei n.º 30/1984 não ser uma norma de base. Cfr. artigo 1.º, n.º 3 (“Âmbito de aplicação”): “Consideram-se bases do regime estatutário dos funcionários públicos, ditadas ao abrigo do artigo 149.1.18, da Constituição, e em consequência aplicáveis ao pessoal de todas as Administrações Públicas, os seguintes preceitos ...”, entre os quais não figura o artigo 15.º.

<sup>2055</sup>. Miguel Sánchez Morón, “El régimen jurídico del personal al servicio de la Administración Pública”, cit., pp. 77 a 81, Silvia Del Saz, “La privatización de las relaciones laborales en las Administraciones Públicas”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, *Stydia Ivridica*, 60, Colloquia, 7, BFDUC, 2001, pp.147 e segs., maxime, pp. 154 a 158, preâmbulo da Lei n.º 7/2007, de 12 de Abril (“Estatuto Básico del Empleado Público, in BOE núm 89, de 13 de Abril de 2007, p. 16271).

Hoje, a tendência é para o surgimento de um regime essencial comum aos funcionários e “pessoal laboral” (sem prejuízo da diversidade de regimes), ancorado no estatuto constitucional do empregador público. Sem prejuízo das diferenças requeridas por “razões funcionais”, “há já uma parte crescente do regime jurídico dos empregados público que se rege por normas comuns, e outra, em que o conteúdo das legislações aplicáveis se vai aproximando”, como por exemplo, a legislação sobre incompatibilidades, sobre a submissão a provas selectivas do pessoal laboral e relativa a vários deveres e direitos. O projecto de um novo Estatuto da Função Pública, embora não concretize ainda essa unidade, prevê a extensão das normas da função pública

para la Reforma de la Función Pública, Ley n.º 30/1984, de 2 de Agosto, e do Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, Real Decreto n.º 33/1986, de 10 de Janeiro. Ao “pessoal contratado laboral” aplica-se o Estatuto de los Trabajadores, de 24 de Março de 1995, as normas da Ley 8/1988, de 7 de Abril, “sobre Infracciones e Sanciones de Orden Social” e as que derivam das convenções colectivas e algumas disposições gerais do “estatuto da função pública”.

Em 16 de Setembro de 2004 (*Orden APU/3018/2004*), foi constituída uma Comissão para o estudo e preparação de um “Estatuto Básico del Empleado Público”, com a incumbência de “llevar a cabo as análises e estudos prévios assim como a elaboración de um documento que sirva de base para a posterior elaboración do anteproyecto”<sup>2056</sup>.

O relatório apresentado pela Comissão para o estudo e preparação de um “Estatuto Básico del Empleado Público”, relativamente ao regime disciplinar observa que se, “em termos gerais, do ponto de vista da tipificação das infracciones e outros aspectos legais substantivos”, se pode dizer que cumpre a sua finalidade, em termos práticos é mais duvidoso. Assinala serem dois os aspectos negativos fundamentais, a insuficiente tipificação das infracciones disciplinares e “a aplicación de principios e de procedimientos excesivamente garantísticos, que dificultan o exercício do poder disciplinar”, o que fica a dever-se, explica, “à aplicación mecânica ao regime disciplinar de principios e regras próprias do direito administrativo sancionatório geral, inspirados por sua vez no direito penal”<sup>2057</sup>.

Propõe, sem prejuízo das necessárias adaptações, “a flexibilização da legislação vigente e a sua aproximación ao direito laboral”, a aplicação de principios comuns de regime disciplinar ao “pessoal funcional” e ao “pessoal laboral” (o que já vem ocorrendo por via da negociação colectiva), subsequentemente desenvolvidos, respectivamente, através de leis e regulamentos e através de convenções colectivas<sup>2058</sup>.

---

(stricto sensu) em vários aspectos - Miguel Sánchez Morón, “El régimen jurídico del personal al servicio de la Administración Pública”, cit., pp. 83 a 85.

<sup>2056</sup>. In [www.map.es](http://www.map.es).

<sup>2057</sup>. Relatório da Comissão para o estudo e preparação de um “Estatuto Básico del Empleado Público”, pp. 214 e 215, in [www.map.es](http://www.map.es).

<sup>2058</sup>. Relatório da Comissão para o estudo e preparação de um “Estatuto Básico del Empleado Público”, pp. 215 e 216, in [www.map.es](http://www.map.es).

As “bases do regime estatutário dos funcionários públicos” constam, hoje, da “*Ley 7/2007*, de 12 de Abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”, o qual determina também “as normas aplicáveis ao pessoal laboral ao serviço das Administrações Públicas”<sup>2059</sup>. O “Estatuto” é norteado pelas ideias de racionalidade na densidade normativa da “legislação básica”, de reconhecimento da pluralidade organizativa da Administração Pública e dos sujeitos públicos empregadores e da justificabilidade de uma maior autonomia dos mesmos seja na configuração da sua própria política de pessoal seja na regulação diferenciada de certos sectores do emprego público<sup>2060</sup>.

O Estatuto acolhe o adquirido no tratamento dogmático da matéria disciplinar, actualizando o regime. Destacam-se os seguintes aspectos:

- a) Pela primeira vez, é estabelecida “uma regulação geral dos deveres fundamentais dos empregos públicos” (“funcionários de carreira”, “funcionários interinos”, “pessoal laboral, seja fixo, por tempo indeterminado ou temporário” e “pessoal eventual”)<sup>2061</sup>.
- b) Os deveres são de três tipos: i) o dever de “desempenhar com diligência as tarefas cometidas”; ii) o dever de “velar pelos interesses gerais”, no respeito da Constituição e do ordenamento jurídico; e o dever de “actuar de acordo com os princípios” que enuncia, que “inspiram o Código de Conduta dos empregados públicos configurado pelos princípios éticos e de conduta” que também enuncia.
- c) Estes “princípios éticos e de conduta” e as regras associadas “informarão a interpretação e a aplicação do regime disciplinar”<sup>2062</sup>; para além da sua “finalidade pedagógica e orientadora”, constituem um “limite às actividades lícitas”, podendo “ter consequências disciplinares”<sup>2063</sup>.

---

<sup>2059</sup>. BOE núm 89, de 13 de Abril de 2007, pp. 16270 e segs.

<sup>2060</sup>. Ver preâmbulo da Lei n.º 7/2007, de 13 de Abril, STC 87/1985, de 16/7/1985, número de registo 707/1983, in [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es).

<sup>2061</sup>. Cfr. preâmbulo e artigos 8.º e 52.º Lei n.º 7/2007, de 13 de Abril (loc. cit., pp. 16271, 16275 e 16285).

<sup>2062</sup>. Cfr. artigo 52 (“Deveres dos empregados públicos. Código de Conduta”) e artigos 53.º (“Princípios éticos”) e (“Princípios de conduta”) e 54.º da Lei n.º 7/2007, de 13 de Abril.

<sup>2063</sup>. Cfr. Preâmbulo da Lei n.º 7/2007, de 13 de Abril (loc. cit., p. 16271).

- d) Ao “pessoal laboral” aplica-se o disposto na “legislação laboral”, sem prejuízo do disposto no “estatuto básico”<sup>2064</sup>.
- e) O exercício do poder disciplinar é parametrizado pelos seguintes princípios:
  - i) Princípio da legalidade e princípio da tipicidade das infracções e das sanções, o que significa predeterminação normativa ou através de convenção colectiva (pessoal laboral) dos mesmos, constando, de todo o modo, desde logo, do “estatuto básico” a enumeração de várias “faltas disciplinares”<sup>2065</sup>.

A “predeterminação normativa das condutas ilícitas e das sanções correspondentes mediante preceitos jurídicos que permitem predizer com suficiente grau de certeza as condutas que constituem uma infracção e as penas e sanções aplicáveis”<sup>2066</sup> é entendida ser devida, não só por força do citado artigo

---

<sup>2064</sup> . Cfr. artigo 93.º, n.º 4, da Lei n.º 7/2007, de 13 de Abril (loc. cit., p. 16293).

<sup>2065</sup> . Cfr. artigos 94.º, n.º 2, alínea a) e 95 Lei n.º 7/2007, de 13 de Abril (loc. cit., pp. 16293 e 16294).

O Direito disciplinar do emprego público foi inicialmente percebido através da noção de “relações de especial sujeição” (Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, Novena Edición, Thomson Civitas, 2004, p. 169) e alguns autores referenciam, ainda, o “poder disciplinar da Administração constitui uma manifestação do vínculo especial de sujeição do funcionário”, uma “técnica de reforçar o conteúdo dos deveres que comporta aquele vínculo” (Luis Morell Ocaña, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I (El Derecho Administrativo y sus Fuentes. La Organización Administrativa y sus Medios), Cuarta Edición, Aranzadi Editorial, p. 464) ou de diminuir o alcance dos princípios da legalidade e da tipicidade (Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, Novena Edición, Thomson Civitas, 2004, p. 170 (O poder disciplinar exercido sobre os agentes - correlato do poder de assegurar “a «disciplina» interna da sua organização e que valoriza com forte recorte deontológico as condutas sancionáveis” – era de forma rarefeita juridicamente condicionado. A “tradição do Direito Público pretendeu dispensar o exercício deste tipo de poder dos requisitos gerais da legalidade e da tipicidade, substituindo estas regras por uma espécie de poder doméstico, legitimada pela simples posição de prévio consentimento (...) dos destinatários das medidas disciplinares”) e Relatório da Comissão para o estudo e preparação de um “Estatuto Básico del Empleado Público”, p. 215, in [www.map.es](http://www.map.es). As Sentenças do Tribunal Constitucional de 29 de Março de 1990 e de 15 de Novembro de 1990 alteram aquela compreensão, com arrimo no artigo 25.1. da Constituição espanhola: “não tolera a aplicação analógica in peius das normas penais e exigem a sua aplicação rigorosa ... a condutas que reúnam todos os elementos do tipo descrito e sejam objectivamente perseguíveis” (De acordo com a segunda das Sentenças citadas apud Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, Novena Edición, Thomson Civitas, 2004, p. 171). O poder disciplinar participa, segundo vários autores, da mesma natureza punitiva do Direito penal. Seja a partir de uma afirmada identidade substancial ou independentemente dela, os princípios fundamentais do Direito penal, como os da legalidade, tipicidade, proporcionalidade, irretroactividade, non bis in idem e da presunção de inocência, foram-se afirmando como princípios do Direito administrativo sancionador e do Direito disciplinar (Jesús Jordano Fraga, Nulidad de los Actos Administrativos y Derechos Fundamentales, Madrid, 1997, pp. 31 a 34, Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, cit., pp. 98 e segs., e De acordo com a segunda das Sentenças citadas apud Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, Novena Edición, Thomson Civitas, 2004, p. 171).

<sup>2066</sup> . Jesús Jordano Fraga, Nulidad de los Actos Administrativos y Derechos Fundamentales, Marcial

25.1<sup>2067</sup>, mas também por força do artigo 103.º, n.º 3, da Constituição, que estabelece uma reserva de lei para o “estatuto dos funcionários públicos [no qual é incluído o regime disciplinar], o acesso à função pública segundo os princípios de mérito e capacidade, o sistema de incompatibilidades e as garantias de imparcialidade no exercício das suas funções”<sup>2068</sup>.

Por força da exigência da tipicidade legal e da proibição constitucional expressa dos “tribunais de honra no âmbito da administração civil e das organizações profissionais”<sup>2069</sup>, são postergadas “infracções quando puramente deontológicas”<sup>2070</sup> e superadas “posições iniciais permissivas de tipificações regulamentares”<sup>2071</sup>, *maxime*, preconstitucionais<sup>2072</sup>.

As infracções continuam a ser divididas em faltas muito graves, graves e leves, o que tem relevância desde logo quanto aos prazos de prescrição de, respectivamente, três, dois e seis meses, a contar da data da prática ou do seu termo, tratando-se de infracções continuadas<sup>2073</sup>.

---

Pons, Madrid, 1997, p. 294, nota 319.

<sup>2067</sup>. Jesús Jordano Fraga, Nulidad de los Actos Administrativos y Derechos Fundamentales, cit., p. 294, nota 319.

<sup>2068</sup>. Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, cit., pp. 121 e 122.

<sup>2069</sup>. Cfr. artigo 26.º da Constituição espanhola.

<sup>2070</sup>. Foi questionada a compatibilidade com o princípio da legalidade de “infracções não tanto legais, quanto puramente deontológicas” - Federico A. Castillo Blanco, Función Pública y Poder Disciplinario del Estado, Madrid, 1992, p. 268.

<sup>2071</sup>. Jesús Jordano Fraga, Nulidad de los Actos Administrativos y Derechos Fundamentales, cit., p. 31.

<sup>2072</sup>. Jordano Fraga, Nulidad de los Actos Administrativos y Derecho Fundamentales, cit., pp. 46 e 47, e Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, cit., p. 178: “o artigo 26 da Constituição proíbe formalmente os chamados Tribunais de Honra no âmbito da Administração Civil, que julgavam «em consciência» se o acusado era «indigno de continuar a desempenhar as suas funções» (Ley 17 de Outubro de 1941), juízo aberto e imotivado que resulta, portanto, excluído do nosso ordenamento e não só por razões de procedimento”.

<sup>2073</sup>. Sobre a prescrição das infracções, ver artigo 97.º da Lei n.º 7/2007, de 13 de Abril, e Belén Mariana Jalvo, El Régimen Disciplinario, cit., p. 261.

A lei não contém uma definição de infracção disciplinar. As infracções disciplinares estão divididas em muito graves, graves e leves. A jurisprudência contribuiu “de forma decisiva para concretizar os elementos objectivos e subjectivos de cada uma das infracções” (Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, cit., p. 313). Escassa relevância disciplinar é atribuída à vida privada do funcionário (artigo 7.º, n.º 1, alínea c), do “Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado” (1986), e o artigo 11.º, n.º 1, da “Ley de Funcionarios Civiles del Estado” (1964)).



As sanções disciplinares traduzem-se numa afectação negativa da situação remuneratória e profissional do trabalhador ou prejudicam a subsistência da relação jurídica de emprego<sup>2074</sup>.

- ii) “[P]rincípio da irretroactividade das disposições sancionatórias não favoráveis e retroactividade das favoráveis ao presumido infractor”.
- iii) Princípio da proporcionalidade na definição e aplicação das infracções e das sanções; conexo com este, está o princípio da igualdade, que impõe, designadamente, que por “um mesmo facto, um funcionário ou um cidadão não podem ser sancionado de forma distinta sem existir ao menos um fundamento racional para isso”<sup>2075</sup>.
- iv) Princípio da culpa.
- v) Princípio da presunção de inocência.
- vi) Princípio da obrigatoriedade de procedimento prévio (especialmente regulado, tratando-se de faltas muito graves e graves, e de forma simplificada, tratando-se de faltas leves), procedimento que se rege pelos seguintes princípios: (1) princípio da eficácia, (2) princípio da celeridade e da economia processual; (3)

---

<sup>2074</sup>. Assentando a função pública sobre o posto de trabalho, algumas das sanções disciplinares caracterizam-se pelos efeitos que sobre ele projectam. Assim, por exemplo, a sanção da suspensão do exercício de funções, quando superior a seis meses, determina a perda do posto de trabalho. Decorrido o prazo de suspensão, o trabalhador deve requerer o reingresso no serviço activo e caso não o faça em certo prazo passa à situação de excedentário, a partir do termo da suspensão (Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., pp. 366 e 367, José Luis Rivero Ysern, *Manual de Derecho Local*, Quinta Edición, Civitas, 2004, pp. 404 e 406, e artigo 89.º, n.º 2, da Lei n.º 7/2007, de 13 de Abril). A sanção de “transferência forçada”, com possível mudança de residência (não sendo essência da sanção não é a de impor ao funcionário uma mudança forçada de residência (A mudança de residência conexas-se com a existência de um dever de residência em sentido funcional, ou seja, aceder a certo emprego público implica o ter que residir em lugar que permita ao trabalhador cumprir as suas obrigações - Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., pp. 368 a 369). No regime disciplinar de 1986, a sanção obsta a que o funcionário obtenha nova colocação na localidade de onde foi transferido, pelos períodos de três e um anos a contar da data em que se efectuou a transferência, respectivamente, para as infracções muito graves e para as infracções graves. Do que se trata é de, por um lado, transferir o funcionário para um serviço onde não tenha a oportunidade de voltar a cometer nova infracção pela qual está a ser sancionado (função de prevenção especial) - é o caso da transferência de um «guarda costeiro» para serviço sito em localidade onde não lhe seja possível reiterar na prática de contrabando - Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., pp. 369 e 370, nota 82 - e, por outro lado, de acautelar “um certo efeito depurativo em favor do serviço que beneficiará com o não exercício de funções do funcionário ou com esse não exercício por certo tempo” (Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., p. 369, nota 81).

<sup>2075</sup>. Jesús Jordano Fraga, *Nulidad de los Actos Administrativos y Derechos Fundamentales*, Madrid,

princípio do “pleno respeito dos direitos e garantias de defesa do presumível responsável”; (4) princípio da separação entre o órgão que instrui e o órgão que decide e das correspondentes fases.

O artigo 24.º, n.º 2, da Constituição é uma referência essencial do direito sancionatório. No quadro da afirmação, no n.º 1, do direito à tutela judicial efectiva, o n.º 2 concretiza o “direito ao juiz ordinário determinado previamente pela lei”, o direito “à defesa e à assistência de advogado”, o direito a “ser informados da acusação contra si deduzida”, o direito a “um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias”, o direito a “utilizar os meios de prova adequados à sua defesa”, o direito a “não prestar declarações contra si próprios, a não se confessarem culpados” e o direito “à presunção da inocência”. “Constitui doutrina assenta do Tribunal Constitucional (...) que as exigências derivadas do artigo 24.2 CE se cumprem quando a sanção é aplicada depois de um procedimento no qual seja garantida a audiência do administrado e se lhe permita fazer prova e exercer o contraditório na defesa dos seus direitos e interesses”<sup>2076</sup>. O conhecimento da acusação tem um papel fundamental no exercício do direito de defesa, sendo elementos indispensáveis a “inalterabilidade ou identidade dos factos que se imputam, a qualificação da falta e as suas consequências punitivas”<sup>2077</sup>. A inobservância destas exigências, na medida em que fica prejudicada a efectiva defesa (“indefensión real”) importa, segundo “a jurisprudência dos Tribunais Superiores de Justiça”, seguindo os postulados da jurisprudência constitucional, a nulidade da sanção aplicada<sup>2078</sup>.

- f) Quanto à relação da responsabilidade disciplinar com a responsabilidade criminal, embora não seja excluída a aplicação cumulativa de ambos os tipos de sanções pela

---

1997, p. 41 e p. 45.

<sup>2076</sup>. Jesús Jordano Fraga, *Nulidad de los Actos Administrativos Y Derechos Fundamentales*, cit., p. 263.

<sup>2077</sup>. Jesús Jordano Fraga, *Nulidad de los Actos Administrativos Y Derechos Fundamentales*, cit., p. 265.

<sup>2078</sup>. Jesús Jordano Fraga, *Nulidad de los Actos Administrativos Y Derechos Fundamentales*, cit., pp. 264 e 265.

prática dos mesmos factos<sup>2079</sup>, a doutrina tenta aperfeiçoar a aplicação do princípio *non bis in idem* nesse relacionamento. Na linha da elaboração doutrinária, o “Estatuto” estabelece as seguintes regras: i) a instrução disciplinar deve ser suspensa se os elementos recolhidos indiciarem a prática de um crime, com comunicação obrigatória ao Ministério Fiscal<sup>2080</sup>; ii) a vinculação aos “factos declarados provados por decisões judiciais transitadas em julgado”<sup>2081</sup>; iii) a suspensão do exercício de funções no caso de aplicação de medida de coacção prisão preventiva e no caso da aplicação pelo juiz de outras medidas com esse

---

<sup>2079</sup>. García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, Novena Edición, Thomson Civitas, 2004, p. 185. Notam estes últimos autores que quando um notário faz um uso indevido da fé pública, um médico falseia os seus diagnósticos ou um funcionário trafica as informações que está obrigado a não divulgar afecta a ordem geral justificando-se a reacção penal, mas também revela-se a presença na organização de agente contra o qual se justifica uma actuação disciplinar que tutele aquela ou a depure.

<sup>2080</sup>. Cfr. artigo 94.º, n.º 3, da Lei n.º 7/2007, de 13 de Abril.

Considerando que a materialidade apurada em processo penal vincula a Administração, é advogado que a actividade probatória da Administração se deve centrar em determinar se o crime está ou não relacionado com o serviço e com a valoração dos danos que hajam resultado da sua prática (Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, cit., pp. 207 a 212, e Juan Manuel Trayter, Manual de Derecho Disciplinario de los Funcionarios Públicos, 1992, pp. 212 a 228). O Regulamento de Régimen Disciplinario espanhol, no seu artigo 23.º, apartado segundo, determina a suspensão do procedimento disciplinar até que seja proferida decisão no processo penal

Caso o crime seja típico de funcionários, é entendido que a sentença condenatória pode obstar à aplicação de sanção disciplinar. A admissibilidade de sanção disciplinar relativa a conduta já objecto de condenação penal pressupõe que o interesse juridicamente protegido seja distinto e que a sanção seja proporcionada a esta protecção (Jesús Jordano Fraga, Nulidad de los Actos Administrativos y Derechos Fundamentales, cit., p. 296). Pode igualmente obstar à aplicação de sanção disciplinar a sentença de absolvição, se os factos forem julgados como não verificados ou como não imputáveis ao funcionário.

Caso a sentença de absolvição se fique a dever à falta de provas, ora admite-se que a Administração diligencie pela prova que o Tribunal não obteve, ora se argúi que tal é contrário à segurança jurídica e pouco plausível, atendendo a que a jurisdição penal tem “técnicas mais refinadas” e disponibiliza “maiores garantias para a prova dos factos” (Belén Marina Jalvo, El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, cit., p. 206).

Relativamente aos «crimes comuns», a lei (apartado primeiro do artigo 23.º do Regulamento de Régimen Disciplinario) permite que o procedimento disciplinar decorra paralelamente ao processo penal. Postula, no entanto, a doutrina e a jurisprudência a sua suspensão se a autoridade administrativa verificar que existe identidade de sujeitos, objecto e fundamento entre a infracção disciplinar e a infracção penal, sem prejuízo de razões de eficácia e celeridade administrativa poderem aconselhar decisão diferente, embora nunca a decisão final possa ser tomada sem que seja proferida decisão penal.

<sup>2081</sup>. Cfr. artigo 94.º, n.º 3, da Lei n.º 7/2007, de 13 de Abril.

efeito, sem perda do emprego, mesmo quando dure para além dos seis meses comuns da suspensão preventiva administrativa<sup>2082</sup>.

- g) No controlo jurisdicional das sanções disciplinares, à contenção no controlo do respectivo espaço de discricionariedade sucedeu-se um activo controlo por via do princípio da proporcionalidade<sup>2083</sup>. Contra invocado excesso de intervenção judicial, a doutrina destaca que se trata ainda do controlo de legalidade, advertindo, não obstante, contra as “apreciações subjectivas [e “extrajurídicas”] da actividade disciplinar”, em prejuízo da eficácia administrativa<sup>2084</sup>.

## 5. O Direito disciplinar da função pública britânica

O *Civil Service* tem, a par da Coroa e do Parlamento do Reino Unido, relevância constitucional<sup>2085</sup>. Os “*civil servants*” são funcionários da Coroa e têm um dever de a servir lealmente como seu empregador. Uma vez que constitucionalmente a Coroa actua através do conselho dos Ministros, os quais são responsáveis pelos seus departamentos e agentes perante o Parlamento, aquele dever é, nos termos das disposições do *Civil Service Code* no seu Anexo A, efectivável para com o Governo devidamente constituído” do “Reino Unido, Executivo Escocês e Assembleia Nacional de *Wales*”<sup>2086</sup>. “Constitucionalmente, todas as

---

<sup>2082</sup>. A “suspensão provisional” tem lugar, com carácter preventivo, na pendência do procedimento disciplinar, por decisão da entidade que o instaurou. Não pode exceder seis meses, salvo no caso de paralisação do procedimento imputável ao interessado. O tempo de suspensão é considerado na decisão final. Ver José Luis Rivero Ysern, *Manual de Derecho Local*, Quinta Edición, Civitas, 2004, p. 407, A “Comisión para el estudio y preparación del Estatuto del Empleado Público” considera razoável que o prazo máximo de suspensão seja de 6 meses, salvo quando a paralisação seja imputável ao trabalhador (“Informe”, Abril de 2005, p. 222, in [www.map.es](http://www.map.es)) e artigo 98.º da Lei n.º 7/2007, de 13 de Abril.

<sup>2083</sup>. Converteu-se “numa regra de actuação dos tribunais do contencioso administrativo” Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., p. 241.

“A jurisprudência do Tribunal Supremo utilizou o princípio da proporcionalidade [“introduzido de forma diáfana no ... ordenamento pelo artigo 6.º do Regulamento de Serviços das Corporações Locais”] como instrumento de controlo jurisdicional frente ao excesso da acção administrativa em campos como os das sanções disciplinares aplicadas a funcionários, a disciplina do mercado, urbanismo, vivendas de protecção oficial” - Jesús Jordano Fraga, *Nulidad de los Actos y Derechos Fundamentales*, cit., p. 100, nota 177.

<sup>2084</sup>. Belén Marina Jalvo, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, cit., pp. 249 a 254, maxime, pp. 249 e 250.

<sup>2085</sup>. A par da Coroa e do Parlamento, integra “*The Constitution of United Kingdom*” - Oliver James, “Evaluating Executive Agencies in UK Government”, *Public Policy and Administration*, Vol. 16, n.º 3, Autumn 2001, p. 24.

<sup>2086</sup>. Cfr. 4.1.1 do *Civil Service Management Code* e n.º 1 do 4.1 do Anexo A, in <http://www.civilservicecommissioners.gov.uk>, e John Alder, *Constitutional & Administrative Law*,

Administrações fazem parte da Coroa”, devendo, como tal, os *civil servants* lealdade para com a Administração que servem<sup>2087</sup>.

O *Civil Service* abrange também os militares das forças armadas, os elementos da polícia, os trabalhadores da Administração local, das empresas nacionais e do serviço nacional de saúde. As relações de trabalho são qualificadas como relações contratuais e os tribunais comuns competentes para dirimir os respectivos litígios<sup>2088</sup>.

Na Inglaterra, a “compra e venda dos ofícios públicos” foi proibida pelo *Sale of offices Act*, de 1551, mas o *patronage system* só começou a ser decididamente afastado, na sequência de um forte “movimento de opinião” e pressão parlamentar, iniciado em 1830, a partir de 1855, com o Governo a adoptar um conjunto de medidas, que foi “completando e melhorando sucessivamente até 1870”<sup>2089</sup>. Neste ano, através da *Order in Council*, de 4 de Junho de 1870, estabeleceu o sistema dos concursos públicos<sup>2090</sup>.

Os trabalhadores não gozavam de “uma situação juridicamente estável” – em nome da prerrogativa da Coroa de prescindir dos seus empregados quando já não fossem necessários<sup>2091</sup> –, mas, “na prática, milita[va] em seu favor um sem número de *conventions* que as necessidades e exigências do serviço impuseram e que ninguém se atrevia a desrespeitar”, podendo de acordo com as mesmas ser o funcionário demitido por

---

Macmillan Professional Matters, 1989, pp. 213 e 222.

<sup>2086</sup>. Serge Salon e Jean Charles Savignac, *Fonction Publique, Agents de l'État, des Collectivités Locales*.

<sup>2087</sup>. Cfr. 4.1., n.º 2, do Anexo A Civil Service Management Code.

<sup>2088</sup>. A qualificação como contratual da relação jurídica de emprego do civil servant não é, no entanto, pacífica (John Alder, *Constitutional & Administrative Law*, Macmillan Professional Matters, 1989, pp. 213 e 215, Martinho Nobre de Melo, *O Estado dos Funcionários*, Estatuto legal, Lisboa, 1914, pp. 59 e 68, e Harry Calvert, *An Introduction to British Constitutional Law*, Blackstone Press Limited, 1985, pp. 169 e 170).

<sup>2089</sup>. Alberto Xavier, *Estatuto dos Funcionários*, cit., pp. 57 e 58.

<sup>2090</sup>. Martinho Nobre de Melo, *O Estado dos Funcionários*, Estatuto legal, Lisboa, 1914, pp. 61 e 62. Não obstante serem rarefeitas as regras jurídicas disciplinadoras, as promoções escapavam “à influência dos partidos” observa Martinho Nobre de Melo (pp. 65 e 66). Ver, também, Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, P.U.F., 1986, p. 51.

<sup>2091</sup>. Eva Nieto Garrido, “El New Public Management y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 162, Septiembre/Diciembre, 2003, p. 402. Decisivo foi o relatório Northcote-Trevelyan, de 1854, pedido pelo “Chancellor of the Exchequer, William Gladstone”, que identificou um conjunto de valores para o civil service, que perduraram como uma sua referência, a saber os da integridade, da imparcialidade e do mérito (; destaca-se, também, entre as principais recomendações se destaca a do recrutamento dos civil servants através de exame competitivo e aberto (com as provas realizadas por um independent central board) e o da realização das promoções através do mérito e não da antiguidade. Ver “PM speech on reforming the Civil Service”, de 24/02/2004, in <http://www.pm.gov.uk> e “Select

“incompetência notória, muito rara” e por “misconduct”, referida a actos de “oposição passiva ou activa ao governo e ao regime”<sup>2092</sup>. Em 1922, Alberto Xavier informava que “[e]m matéria disciplinar não há um texto expresso, mas os abusos são reprimidos pela Coroa e pelo Parlamento. As questões entre os servidores e a Coroa são decididas por juizes de direito comum que também têm competência para estatuir sobre a responsabilidade civil e penal dos funcionários nas reclamações contra estes formuladas pelos particulares”<sup>2093</sup>

<sup>2094</sup> ..

Nos anos sessenta, “quatro importantes casos foram discutidos nos tribunais”, sinalizados por traduzirem, também, um controlo judicial mais substantivo dos actos da Administração. Um desses casos é o “Ridge v. Baldwin”, em que o tribunal afirmou que o direito a “justa audição” existia também nos procedimentos administrativos, referenciando-o como um elemento de justiça natural<sup>2095</sup>.

Em 1967, o «Tesouro» controlava a política de recrutamento e salários e emanava “circulares e formulários nos assuntos de disciplina”. As referências de mudança foram estudadas pelo *Fulton Committee* e estabelecidas no *Report of the Committee on the Civil Service*, de 1968, que advogou um “civil service aberto e eficiente”<sup>2096</sup>. A evolução verificada foi no sentido do reajustamento da *convention of ministerial responsibility*, segundo a ideia de que não deveria funcionar como um “ecran protector” dos *civil servants* e de que o respectivo trabalho deveria ser publicamente conhecido, para o que se entendeu seria decisivo o princípio do arquivo aberto<sup>2097</sup>.

---

Committee on Public Service Report” (1998), in <http://www.parliament-stationery-office.co.uk>.

<sup>2092</sup>. Martinho Nobre de Melo, *O Estado dos Funcionários, Estatuto legal*, Lisboa, 1914, p. 68.

<sup>2093</sup>. Alberto Xavier, *Estatuto dos Funcionários*, cit., p. 59.

<sup>2094</sup>. A partir de finais dos anos cinquenta, o prestígio do civil service inglês começou a ser posto em causa. Criticando-se a “exclusividade social no recrutamento, a desadequação da sua estrutura ... e a filosofia de [funcionários] generalistas”, assim como a influência, considerada excessiva, nas decisões ministeriais (Philip Norton, *The Constitution in Flux*, Basil Blackwell, 1989, reimpressão, pp. 82 a 86). A “Comissão do Civil Service recrutava todos os civil servants permanentes”. Uma “Order in Council, de 1956, atribuiu competência aos “Departments authority” para seleccionar o seu pessoal temporário. Ver “Select Committee on Public Service Report” (1998), in <http://www.parliament-stationery-office.co.uk>.

<sup>2095</sup>. Philip Norton, *The Constitution in Flux*, Basil Blackwell, 1989, reimpressão, p. 136 (no caso, o direito à ‘justa audição’ não foi assegurado na demissão de um oficial de policia).

<sup>2096</sup>. Philip Norton, *The Constitution in Flux*, cit., pp. 82, 86 e 93, e “Select Committee on Public Service Report” (1998), in <http://www.parliament-stationery-office.co.uk>.

<sup>2097</sup>. Ver Philip Norton, *The Constitution in Flux*, Basil Blackwell, 1989, reimpressão, pp. 92 a 94 (; “The

Em 1978, o *Employment Protection (Consolidation) Act* veio prever a aplicação da legislação em matéria de segurança no emprego aos *civil servants* (Secção 138 da Parte V)<sup>2098</sup>. Apesar da possibilidade de serem despedidos por ineficiência, aplicação de sanções disciplinares e supressão de postos de trabalho, gozam, na prática, de grande estabilidade<sup>2099</sup>. É-lhes reconhecido o direito a uma compensação pelo despedimento ilícito<sup>2100</sup>.

A nova forma de entender a gestão dos assuntos públicos – traduzida na máxima “economia, eficácia e eficiência” –, designada por *New Public Management*, adoptada nos anos oitenta e noventa, repercutiu-se sobre o emprego público, com a passagem significativa de um número de trabalhadores para as agências executivas<sup>2101</sup> e para, embora em menor medida, para o sector privado<sup>2102</sup>. A contratação e gestão dos respectivos trabalhadores estão sujeitas ao controlo de diversos organismos públicos, entre eles o *Public Appointments Unit of the Civil Service Department* e o *Commissioner for Public Appointments*, respectivamente, quanto ao número de admissões (incluindo o provimento

---

reforms posited to achieve this end are the enactment of a Freedom of Information Act and a revision of the Official Secrets Act” – p. 93).

<sup>2098</sup>. “For some purposes, such as unfair dismissal (...) civil servants are treated as employees, but some other employment law purposes they are not.” Michael Jefferson, *Employment Law*, Lecture Notes, Cavendish Publishing Limited, 1995. p. 61, Colin R. Munro, *Studies in Constitutional Law*, Butterworths, London, 1987, pp. 183 e 184, e Harry Calvert, *An Introduction to British Constitutional Law*, Blackstone Press Limited, 1985, pp. 169 e 170.

<sup>2099</sup>. Eva Nieto Garrido, “El New Public Management y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido”, *Revista de Administración Pública*, n.º 162, Septiembre/Diciembre, 2003, p. 402, John Alder, *Constitutional & Administrative Law*, Macmillan Professional Maters, 1989, p. 214, e Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, P.U.F., 1986, pp. 52 e 53.

<sup>2100</sup>. Harry Calvert, *An Introduction to British Constitutional Law*, Blackstone Press Limited, 1985, p. 170.

<sup>2101</sup>. O “controlo da realização das actividades públicas conforme determinados standards deixou de ser um controlo realizado através de relações de hierarquia, típico do modelo burocrático do governo” para assentar no cometimento de funções às agências executivas e na «contratualização» (entre o Departamento a que está adstrito a agência executiva e o Treasury Department) do respectivo serviço e resultados (através de documentos que são qualificados de quase-contratos). Ver Eva Nieto Garrido, “El New Public Management y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido”, cit., pp. 394, 395 e 409.

<sup>2102</sup>. Em Outubro de 2001, 126 agências empregavam cerca de 60% do civil service - Oliver James, “Evaluating Executive Agencies in UK Government”, *Public Policy and Administration*, Vol. 16, n.º 3, Autumn 2001, p. 24, e Eva Nieto Garrido, “El New Public Management y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido”, *Revista de Administración Pública*, n.º 162, Septiembre/Diciembre, 2003, pp. 392 e 405.

em cargos directivos) e quanto ao respeito dos princípios da não discriminação, da igualdade de acesso baseado no mérito e da representação das minorias<sup>2103</sup>.

O regime jurídico fundamental do *Civil Service* consta do *Civil Service Order in Council* de 1995, do *Civil Service Code*, de 1996 (revisto em 13 de Maio de 1999<sup>2104</sup>) - que estabelece os parâmetros constitucionais e éticos da obrigação de prestação de trabalho, que inclui o exercício imparcial de funções que consubstanciam a execução pela Administração Pública das legítimas políticas governamentais -, do *Civil Service Pay and Conditions of Service Code* (que trata, em particular, dos direitos dos respectivos trabalhadores), adaptável por Departamento, do *Civil Service Commissioners' Recruitment Code*, no que se refere ao recrutamento<sup>2105</sup>, e do *Civil Service Management Code*, que regula vários aspectos da relação jurídica de emprego, entre os quais o da “conduta e disciplina” (capítulo 4)<sup>2106</sup>.

Quanto ao regime disciplinar, destacam-se<sup>2107</sup> os seguintes aspectos:

- a) Cada departamento e agência pode, nos limites das regras constantes do *Civil Service Management Code*, definir as suas próprias disposições disciplinares substantivas e procedimentais<sup>2108</sup>, sem prejuízo da prévia audição das associações sindicais<sup>2109</sup>.

---

<sup>2103</sup>. Eva Nieto Garrido, “El New Public Management y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido”, *Revista de Administración Pública*, n.º 162, Septiembre/Diciembre, 2003, pp. 408 e 409.

<sup>2104</sup>. “to take account of devolution to Scotland and Wales”.

<sup>2105</sup>. Eva Nieto Garrido, “El New Public Management y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido”, cit., pp. 401 e 402.

<sup>2106</sup>. Richard Parry diz que *Civil Service Management Code* prescreve um civil service competitivo, estruturado sobre o princípio do mérito. Cfr. “Devolution, Integration and Modernisation in the United Kingdom Civil Service”, *Public Policy and Administration*, Vol. 16, n.º 3, Autumn 2001, pp. 56 e 57. Em 1999, foi apresentado ao Primeiro-Ministro um relatório relativo à reforma do *Civil Service* (*Civil Service Reform*), centrado nas seguintes temáticas: i) dirigentes mais activos e centrados na realização de objectivos; ii) melhor planeamento do trabalho; iii) promoção do exercício da função gestão; iv) polivalência; v) desempenho orientado para os clientes e aberto ao espírito do tempo; vi) melhor distribuição do pessoal (*ibidem*, p. 61).

Sobre as semelhanças do Direito administrativo francês e inglês, cfr. “Regard sur les évolutions du droit administratif italien. A propos du Traité de droit administratif dirigé par Sabino Cassese”, de Delphine Costa, *AJDA*, n.º 37/2004, de 1 de Novembro de 2004, p. 2031.

<sup>2107</sup>. A partir, fundamentalmente, *Civil Service Management Code*.

<sup>2108</sup>. Cfr. 4.1.2, 4.1.6, 4.5.1 e 4.5.2 do *Civil Service Management Code*.

<sup>2109</sup>. Cfr. 4.5.4 do *Civil Service Management Code*.



- b) Devem diligenciar pelo efectivo conhecimento pelo trabalhador dos seus deveres e obrigações e das sanções para a sua violação<sup>2110</sup>.
- c) Particular atenção é dada aos deveres de integridade, honestidade, imparcialidade e objectividade, designadamente para com o Governo em exercício de funções e para com os cidadãos<sup>2111</sup>, enunciando o *Civil Service Management Code* um conjunto vasto de regras dirigidas à garantia dos respectivos valores<sup>2112</sup>.
- d) Outro dever estritamente regulado é o dever de sigilo<sup>2113</sup>, que se mantém mesmo depois de cessar a relação jurídica de emprego<sup>2114</sup>.
- e) Não se exige uma definição de cada conduta que pode levar à instauração de procedimento disciplinar, considerando-se bastante o recorte claro do tipo de conduta. Assim, são passíveis de sanção disciplinar a inobservância dos “*standards* de conduta da organização ou outras formas de actuação errónea”<sup>2115</sup>, a acção ou inacção que destrói ou prejudica o desempenho ou a reputação da organização<sup>2116</sup>.
- f) Ao nível de cada departamento e agência, é decidido quanto à instauração de procedimento disciplinar e quanto à tomada de uma decisão punitiva<sup>2117</sup>. No entanto, a decisão de não exercer acção disciplinar “nos casos de grave” e nos casos em que tenha sido instaurado procedimento disciplinar contra outros trabalhadores,

---

<sup>2110</sup>. Cfr. 4.1.6 do Civil Service Management Code.

<sup>2111</sup>. Cfr. 4.1.3 e 4.1, Anexo A, n.º 1 e 5 do Civil Service Management Code.

<sup>2112</sup>. Cfr. v.g., 4.1.3., 4.1 Anexo A, n.º 8 e n.º 10, 4.2.5, 4.2.6, 4.2.8, 4.3, 4.3 Anexo A, 4.4 do Civil Service Management Code.

Aos correspondentes valores do civil service, remontáveis ao Northcote-Trevelyan report, ajusta-se o valor do empreendedorismo (iniciativa, empenho, ...). Ver “PM speech on reforming the Civil Service”, de 24/02/2004, in <http://www.pm.gov.uk> e “Select Committee on Public Service Report” (1998), in <http://www.parliament-stationery-office.co.uk>.

<sup>2113</sup>. Cfr. v.g., 4.2 do Civil Service Management Code.

<sup>2114</sup>. Cfr. parte final do n.º 13 do 4.1. Anexo A do Civil Service Management Code.

Sobre o alcance do dever de sigilo em face do dever de lealdade para com o Governo e para com a Coroa e o princípio de responsabilidade em face do Parlamento, ver Harry Calvert, *An Introduction to British Constitutional Law*, Blackstone Press Limited, pp. 171 e 172, e Geoffrey Marshall, *Constitutional Conventions, The Rules and Forms of Political Accountability*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 225 e 226.

<sup>2115</sup>. Cfr. 4.5.6, a., e 4.1.4 do Civil Service Management Code.

<sup>2116</sup>. Cfr. 4.5.6., b, do Civil Service Management Code.

<sup>2117</sup>. Cfr. 4.5.5, 4.5.8 e 4.5.9 do Civil Service Management Code.

deve ser tomada pelo “Head of Department ou Chief Executive of agency”, após consulta ao Ministro responsável<sup>2118</sup>.

- g) Paralelamente a um processo criminal pode correr termos procedimento disciplinar. “Os departamentos e agências devem consultar os seus conselheiros legais antes de instaurar procedimento disciplinar em paralelo”<sup>2119</sup>.
- h) O trabalhador pode ser suspenso durante as “investigações criminais ou procedimento disciplinar se for necessário para proteger o interesse público”. Tem direito ao pagamento do quantitativo que receberia na situação de seis meses de doença, podendo a Administração empregador pagar a totalidade desse valor ou parte. Na decisão final, deve fazer o acerto correspondente<sup>2120</sup>.
- i) No procedimento disciplinar, o trabalhador tem direito à assistência de um representante sindical ou de um colega”<sup>2121</sup>.
- j) No caso de demissão por infracção que importe a subtracção ou perda de fundos públicos importa a retenção de quaisquer quantitativos devidos ao trabalhador pela Administração empregadora, mesmo no caso do trabalhador se ter exonerado antes da demissão disciplinar<sup>2122</sup>.
- k) Sempre que o *civil servant* seja solicitado a actuar de forma “ilegal, imprópria e não ética”, com violação de convenção constitucional ou código profissional, “envolvendo possível má administração” ou ao arrepio do disposto no *Civil Service Management Code*, deve reportar a situação, assim como deve participar “evidência de actividade criminal ou ilegal de outrem” e a “evidência” da prática de infracção disciplinar. Caso a resposta dada à respectiva participação não seja razoável, pode levar o caso ao *Civil Service Commissioners*”<sup>2123</sup>.

---

<sup>2118</sup>. Cfr. 4.5.12 do Civil Service Management Code.

<sup>2119</sup>. Cfr. 4.5.5. do Civil Service Management Code.

<sup>2120</sup>. Cfr. 4.5.15 do Civil Service Management Code.

<sup>2121</sup>. Cfr. 4.5.13 e 4.5.4 do Civil Service Management Code.

<sup>2122</sup>. Cfr. 4.5, Anexo A, n.º 1, do Civil Service Management Code.

<sup>2123</sup>. Cfr. 4.1 Anexo A, 11 e 12, do Civil Service Management Code.

- l) A “[e]quidade perante a lei também significa justiça processual, isto é, que todas as partes têm direito a justa audição perante um juiz imparcial”<sup>2124</sup>.
- m) “Até ao *leading case Ridge v. Baldwin* [1964] A. C. 40 [relativo à demissão de um oficial de polícia] o direito a ser ouvido era entendido existir só no caso das decisões ‘judiciais’”<sup>2125</sup>. “A maioria da House of Lords considerou que a demissão do apelante era nula porque não fora acusado ou informado dos respectivos fundamentos, ou não lhe foi dada a oportunidade adequada de se defender”<sup>2126</sup>. Desde então o princípio é o de que uma decisão administrativa lesiva ou desfavorável de um indivíduo importa a sua prévia audição<sup>2127</sup>.

## § 2 – No Direito da função pública dos Estados Unidos da América

A estruturação da função pública americana, concebida segundo a ideia de mérito, remonta ao *Pendleton Civil Service Act*, de 1883<sup>2128</sup>. Inspirou-se, em parte, nas “reformas do *civil service* britânico segundo o relatório Northcote-Trevelyan”<sup>2129</sup> e constitui uma reacção ao *spoil system*, que prevaleceu na primeira metade do século XIX<sup>2130</sup>. Estabeleceu o “sistema

<sup>2124</sup>. John Alder, *Constitutional and Administrative Law*, Mcmillan Professional Masters, 1989, pp. 49 e 50.

<sup>2125</sup>. John Alder, *Constitutional and Administrative Law*, cit., p. 297.

<sup>2126</sup>. R.F.V. Heuston, *Essays in Constitutional Law*, second edition, London, Stevens & Sons, 1964, pp. 189 e 190.

<sup>2127</sup>. John Alder, *Constitutional and Administrative Law*, cit., pp. 297 e 298.

<sup>2128</sup>. O “tenure office act”, de 1867, que ficou celebre na “história constitucional dos Estados Unidos, previa a necessidade de acordo do Senado para a “destituição dos funcionários cuja nomeação lhe tivesse sido submetida”, em virtude de cuja inobservância o presidente Johnson esteve em risco de ser afastado de funções. Gérard Conac, “Les fonctionnaires et les libertés publiques aux États-Unis”, in *Études Offertes a Claude-Albert Colliard, Droit et Libertés à la fin du XX.<sup>e</sup> siècle. Influence des Données Économiques et Technologiques*, Paris, Éditions A. Pedone, 1984, p. 435.

<sup>2129</sup>. Frederick c. Mosher, “The Evolution of American Civil Service Concepts”; in, do mesmo autor, *Democracy and the Public Service*, New York, Oxford University Press, 1968, reimpressão de 1978, p. 65.

O relatório, publicado em 1850, de Charles Edward Trevelyan e Stafford Northcote – sob o título “The Organisation of the Permanent Civil Service” – pôs fim ao system of patronage e institui o recrutamento e a promoção com base no mérito, assente na realização de exames de admissão competitivos e na exigência de níveis habilitacionais dados (“Part 2: Thirty years ago: na overview. Committee on Public Service Report”, in <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk>).

<sup>2130</sup>. Frederick S. Lane, “Public personnel Management” (p. 283) e E. S. Savas e Sigmund G. Ginsburg, “The Civil Service: A Meritless System?” (p. 284), in *Current Issues in Public Administration*, ST. Martin’s Press, New York, 1982, second edition, e Frederick c. Mosher, “The Evolution of American Civil Service Concepts”; cit., pp.53 a 65 (; significativas as palavras do autor a p. 64 – “The Pendleton Act climaxed one of the most vigorous and spirited reform campaigns in American history” – e a p. 65 – “Few reform movements

de mérito para o preenchimento de certas classes de empregos federais”, baseado em “exames competitivos e abertos” e na proibição de fazer cessar as correspondentes relações jurídicas por motivos políticas<sup>2131</sup>. As garantias foram reforçadas, para os “funcionários não políticos”, com uma “*executive order*, de 27 de Julho de 1897”, dispondo que a “destituição dos funcionários que entraram na administração sem concurso só poderia ocorrer por justa causa e devia ser motivada, devendo o agente ter a oportunidade de se defender”. A “lei Lloyd la Folette, de 1912, reiterou a regra”, precisando, sem prejuízo, a desnecessidade de organizar “um processo de inquérito e julgamento”<sup>2132</sup>.

Em 1926, o Acórdão “Myers v. United States”, que declarou inconstitucional o “tenure office act”; de 1867 (de acordo com o qual os funcionários nomeados pelo presidente com o acordo do Senado não podiam ser afastado senão nas mesmas condições), reforçou o poder de demissão do presidente, que o Acórdão “Humphrey’s Executor v. United States”, de 1935, limitou, no caso dos directores das agências, em nome da respectiva independência, aos casos previstos na respectiva “lei estatutária”<sup>2133</sup>.

Em 1944, no “Veterans Preference Act”, o “legislador federal” estabeleceu a possibilidade de recurso, perante a “comissão do ‘civil service’”, “contra as medidas disciplinares, incluindo as medidas de despedimento”, com base na ideia de que a eficácia da preferência que lhes atribuía no acesso às funções públicas ficaria prejudicada. O presidente Kennedy estendeu a garantia a todos os funcionários<sup>2134</sup>.

A densidade regulativa do regime jurídico, preocupada, num primeiro momento, sobretudo, com a “redução da influência dos ‘políticos’” – na qual se destaca o “Hatch Act”, de 1939, “que impôs aos funcionários federais um estrito dever de reserva no domínio da acção política”<sup>2135</sup>, modelado pela jurisprudência dos anos subsequentes segundo os parâmetros

---

in American history could draw so clear a distinction between right and wrong, between the ‘good guys’ and the ‘bad guys’. It was a campaign against evils that were clear and obnoxious” (itálico no original). Para o período anterior a 1883, ver James Q. Wilson, “The Rise of the Bureaucratic State”, Current Issues in Public Administration, ST. Martin’s Press, New York, 1982, second edition, pp. 55 a 74.

<sup>2131</sup>. “Civil Service”, David Bernstein, [http://encarta.msn.com/text\\_761552213\\_0/Civil\\_Service.html](http://encarta.msn.com/text_761552213_0/Civil_Service.html).

<sup>2132</sup>. Gérard Conac, “Les fonctionnaires et les libertés publiques aux États-Unis”, cit., p. 426.

<sup>2133</sup>. Gérard Conac, “Les fonctionnaires et les libertés publiques aux États-Unis”, cit., p. 434.

<sup>2134</sup>. Gérard Conac, “Les fonctionnaires et les libertés publiques aux États-Unis”, cit., pp. 430 e 431.

<sup>2135</sup>. Gérard Conac, “Les fonctionnaires et les libertés publiques aux États-Unis”, cit., p. 426.

da “razoabilidade” e da “justificação suficiente”<sup>2136</sup> –, tornou mais complexa a gestão das relações de trabalho, sem melhorar a organização do *civil service* como um sistema de mérito<sup>2137 2138</sup>. As “acções disciplinares” (como outros procedimentos, por exemplo, de recrutamento e promoção) prolongavam-se excessivamente no tempo, com tramitações densas, seguidas de impugnações, elas próprias demoradas, revelando-se pouco eficazes<sup>2139</sup>. No plano substantivo, “no exercício do poder disciplinar, nem sempre era fácil saber o que era permitido e o que era proibido”<sup>2140</sup>.

Nos anos quarenta e cinquenta, o dever de lealdade foi causa de limitações significativas à liberdade de expressão, de participação política dos funcionários, importando mesmo a “destituição”, com afectação gravosa do direito ao trabalho, do direito à honra e do direito ao bom nome, o que levou a jurisprudência a alterar sua descrição tradicional no que toca aos litígios em matéria de função pública e a abandonar a concepção do emprego público como um privilégio, em favor da “doutrina do interesse substancial”, de acordo com a qual se “não existem direitos a um emprego público, existem direitos constitucionais que não podem ser suprimidos, mesmo em nome das exigências do serviço público” e a convocar o direito constitucional ao “due process of law”, seja pela vertente punitiva subjacente, seja pelo carácter gravoso para os referidos (“dois bens mais precisos do que a propriedade”,

---

<sup>2136</sup>. Gérard Conac, “Les fonctionnaires et les libertés publiques aux États-Unis”, cit., pp. 435 a 438.

<sup>2137</sup>. E. S. Savas e Sigmund G. Ginsburg, “The Civil Service: A Meritless System?”, cit., pp. 284 a 295. Ver o elenco das disfunções ou deméritos do sistema, na sua configuração concreta, nos finais dos anos setenta e princípio dos anos oitenta (com muitas semelhanças com o regime português actual de função pública), ver Frederick S. Lane, “Public personnel Management”, ob. cit., pp. 281 a 284.

Sobre a evolução da função pública americana centrada num discurso teórico de separação entre “Políticas e Administração”, a percepção das suas limitações e as formas da respectiva, ver Frederick c. Mosher, “The Evolution of American Civil Service Concepts”, cit., pp. 68 a 98.

<sup>2138</sup>. Por via das subvenções federais, fornecidas aos Estados que reformassem no sentido de um sistema de mérito os serviços de saúde, educação, de defesa e sociais, e mantidas até 1981, o modelo federal da função pública foi-se estendendo às funções públicas locais os princípios. Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, P.U.F., 1986, p. 44.

<sup>2139</sup>. Alam K. Campbell, “Civil Service Reform as a Remedy for Bureaucratic Ills”, *Current Issues in Public Administration*, ST. Martin’s Press, New York, 1982, second edition, pp. 301 e 302, e Gérard Conac, “Les fonctionnaires et les libertés publiques aux États-Unis”, in *Études Offertes a Claude-Albert Colliard, Droit et Libertés à la fin du XX.<sup>e</sup> siècle. Influence des Données Économiques et Technologiques*, Paris, Éditions A. Pedone, 1984, p. 432.

<sup>2140</sup>. Gérard Conac, “Les fonctionnaires et les libertés publiques aux États-Unis”, cit., p. 432.

segundo o juiz Douglas, no caso “Bailey”)<sup>2141</sup>. O *due process of law* constitui uma das “forças vitais da vida pública”, impondo que um cidadão não seja privado de um emprego público sem um justo procedimento, contraditório, que envolva o “confronto das testemunhas ajuramentadas” (“cross examination”), a especificação dos factos que o motivam e a imparcialidade dos que o instruem e decidem<sup>2142</sup>.

No plano substantivo, a evolução foi no sentido da exigência da definição prévia e clara das infracções, na admissão restritiva das “discriminações negativas” fundadas no interesse do serviço, as quais devem ser “estritamente justificadas, com o Supremo Tribunal, no acórdão “Pickering v. Board of Education”, de 1969, a procurar o “equilíbrio” entre os interesses das partes na relação de trabalho, variável, fundamentalmente, segundo a natureza e as exigências da função<sup>2143</sup>.

A partir dos anos sessenta, o emprego público cresceu de uma forma muito acelerada, principalmente ao nível estadual e local, acompanhando a expansão do *welfare state*, assim como cresceu muito o valor individual e geral dos respectivos vencimentos<sup>2144</sup>. A expansão da organização associativa e sindical dos trabalhadores levou o Governo federal e os Estados a emitir legislação relativa à contratação colectiva, com peso crescente na “administração do pessoal”, e variando de Estado para Estado<sup>2145</sup>.

A partir do início dos anos 70, a constitucionalidade da “destituição” por motivos políticos foi fortemente contestada. Os tribunais se, num primeiro momento, destacaram o carácter político e, por isso, precário das nomeações postas em causa, num segundo momento,

---

<sup>2141</sup>. Gérard Conac, “Les fonctionnaires et les libertés publiques aux États-Unis”, cit., pp. 439 a 451.

O *due process of law* apoia-se no “princípio constitucional segundo o qual ninguém pode ser lesado sem ter sido ouvido”, cuja garantia no plano administrativo pode prevenir o recurso aos tribunais - Michel Stassinopoulos, *Le Droit de la Défense Devant les Autorités Administratives*, cit., pp. 66 e 67.

<sup>2142</sup>. Gérard Conac, “Les fonctionnaires et les libertés publiques aux États-Unis”, in *Études Offertes a Claude-Albert Colliard, Droit et Libertés à la fin du XX.<sup>e</sup> siècle. Influence des Données Économiques et Technologiques*, Paris, Éditions A. Pedone, 1984, pp. 444, 449 e 450.

<sup>2143</sup>. Gérard Conac, “Les fonctionnaires et les libertés publiques aux États-Unis”, cit., pp. 459 e 450.

<sup>2144</sup>. Raymond D. Horton, David Lewion e James W. Kuhn, “Some Impacts of Collective Bargaining on Local Government: A Diversity Thesis”, in *Current Issues in Public Administration*, ST. Martin’s Press, New York, 1982, second edition, pp. 325 e 326.

<sup>2145</sup>. Raymond D. Horton, David Lewion e James W. Kuhn, “Some Impacts of Collective Bargaining on Local Government: A Diversity Thesis”, cit., pp. 326 a 333, E. S. Savas e Sigmund G. Ginsburg, “The Civil Service: A Meritless System?”, cit., p. 291, e Gérard Conac, “Les fonctionnaires et les libertés publiques aux États-Unis”, cit., p. 457.

notaram que o “sistema de mérito” prejudica tais nomeações, impõe um dever de neutralidade, o qual deve ser “definido e sancionado de maneira razoável”<sup>2146</sup>.

O *Civil Service Reform Act*, de 1978, procurou assegurar a “continuidade no funcionamento do serviço público e uma boa articulação entre os responsáveis políticos da administração e os próprios administradores”<sup>2147</sup>. Cerca de um século depois *Pendleton Civil Service Act*, a lei de 1978 estabeleceu as bases legais para a reestruturação do *civil service*, segundo as ideias de “iniciativa, flexibilidade, e produtividade”, de “recuperação do mérito”<sup>2148 2149</sup>. No plano das dos “meios de garantia e das estruturas de investigação”, é referenciada, entre as reformas do *civil service* da “Administração Carter”, a separação entre as funções de controlo (investigação e decisão de recursos) e gestão das questões relativas ao pessoal: foi criado o *Merit Systems Protection Board*, “instância de recurso dos funcionários” e com “competências de investigação independente das condutas proibidas do pessoal, incumbindo-lhe desencadear investigações para tutela do interesse público” e o *Office of Personnel Management*, para execução das políticas de pessoal<sup>2150</sup>. Os “funcionários dispõem de garantias jurídicas dadas pelas autoridades de controlo da função pública, por

---

<sup>2146</sup>. Gérard Conac, “Les fonctionnaires et les libertés publiques aux États-Unis”, in *Études Offertes a Claude-Albert Colliard, Droit et Libertés à la fin du XX.<sup>e</sup> siècle. Influence des Données Économiques et Technologiques*, Paris, Éditions A. Pedone, 1984, pp. 452 a 457.

<sup>2147</sup>. Designadamente, com a criação do “senior executive service” e o provimento de “altos funcionários de carreira” em empregos de confiança política por períodos temporários”.

Gérard Conac, “Les fonctionnaires et les libertés publiques aux États-Unis”, in *Études Offertes a Claude-Albert Colliard, Droit et Libertés à la fin du XX.<sup>e</sup> siècle. Influence des Données Économiques et Technologiques*, Paris, Éditions A. Pedone, 1984, p. 458.

<sup>2148</sup>. Frederick S. Lane, “Public personnel Management”, cit., p. 283, E. S. Savas e Sigmund G. Ginsburg, “The Civil Service: A Meritless System?” (p. 284), Alam K. Campbell, “Civil Service Reform as a Remedy for Bureaucratic IIIs” (p. 295, sobre a expressão entre aspas, no texto, p. 299 e p. 300), in *Current Issues in Public Administration*, ST. Martin’s Press, New York, 1982, second edition.

<sup>2149</sup>. Num quadro em que a “generalidade dos trabalhadores da função pública dos Estados Unidos da América estão enquadrados segundo o sistema de mérito”. Ver Frederick S. Lane, “Public personnel Management”, cit., p. 281, e E. S. Savas e Sigmund G. Ginsburg, “The Civil Service: A Meritless System?”, cit., p. 284.

<sup>2150</sup>. Alam K. Campbell, “Civil Service Reform as a Remedy for Bureaucratic IIIs”, cit., pp. 300 e 301.

Um terceiro organismo foi criado, o “Spécial Counsel”, com a função de “procurador e de investigação”, “com vocação para perseguir as infracções às regras do «sistema de mérito» e mais latamente à deontologia da função pública” (Gérard Conac, “Les fonctionnaires et les libertés publiques aux États-Unis”, cit., p. 432).

um procedimento disciplinar quasi jurisdicional e de vias de recurso diante dos tribunais comuns”<sup>2151</sup>.

De 1993 a 1998, no quadro da iniciativa “Reinventar a Administração”, verificou-se um decréscimo acentuado do número de funcionários da Administração Federal<sup>2152</sup>.

Consolidando o adquirido anterior, o Direito disciplinar da função pública americana em geral atribui grande relevância, no plano substantivo, ao exercício imparcial e profissional das funções públicas, e, por um lado, à definição e realização de um justo procedimento.

Quanto ao primeiro aspecto, a par das “acções proibidas” dos trabalhadores em geral, centradas no exercício imparcial de funções, descreve as daqueles que têm “a autoridade para tomar, dirigir outros a tomar, recomendar, aprovar, qualquer acção” e as dos dirigentes máximos das agências. Estes últimos, para além de se deverem abster, em geral, de condutas parciais, obstativas do exercício de direitos, violadoras das regras relativas ao acesso à informação, “são responsáveis pela prevenção de práticas proibidas dos trabalhadores, pelo cumprimento e promoção da aplicação das leis, regras e regulamentações, e outros aspectos da gestão do pessoal, e por assegurar (com a ajuda do *Office Special Counsel*) que os trabalhadores são informados dos seus direitos e garantias”<sup>2153</sup>.

Sem prejuízo da relação com a gravidade das infracções, destaca-se a gradualidade na aplicação das sanções – entre as quais, advertência verbal, repreensão; suspensão por 14 dias ou menos; suspensão por mais de 14 dias, redução do salário e demissão<sup>2154</sup> –, na perspectiva da respectiva eficácia<sup>2155</sup>. De destacar, a figura da “disciplinary probation”, que

---

<sup>2151</sup>. Jean-Michel de Forges, *Droit de la fonction publique*, P.U.F., 1986, p. 43.

<sup>2152</sup>. Número apresentando, em 1998, “o nível mais baixo desde que o Presidente Kennedy ocupou o cargo”. Jody Zall Kusek, “Mudar a Administração: a experiência americana”, in *A Avaliação na Administração Pública*, Acta Geral do I.º Encontro INA, de 23 e 24 de Março de 1998, INA, 1998, p. 79.

<sup>2153</sup>. § 2302 – “Prohibited personnel practices” – do “Title 5, United States Code. Government Organization and Employees, Part III – Employees, Subpart F – Labor-Management and Employee Relations, Chapter 71, Labor-Management Relations”, in <http://www.flra.gov/statutes/fslmrs/fslmrs.html> e <http://www.opm.gov/omsoe/prohibit/legal.htm>.

<sup>2154</sup>. Estas as sanções aplicáveis aos funcionários federais. Cfr. “Deregulation and Delegation of Human Resources Management Authority in the Federal Government”, United States Office of Personnel Management, Office of Merit Systems Oversight and Effectiveness, July, 1998, p. 27.

<sup>2155</sup>. Assim, por exemplo, há lugar à aplicação da sanção de suspensão se uma anterior repreensão não produziu resultados satisfatórios na correcção da conduta do trabalhador. Ver, por exemplo, “7.6 Bexar



consiste em colocar o trabalhador durante determinado período de tempo com a advertência de que se a causa ou causas disciplinarmente relevante não forem corrigidas ou reparadas durante esse período, uma acção disciplinar subsequente será desencadeada<sup>2156</sup>.

Para as questões relativas ao pessoal, existem procedimentos administrativos específicos, de negociação e impugnatórios (“negotiated grievance procedure”, segundo o disposto nas convenções colectivas, e “appellate procedure”, objecto de definição legal), nalguns casos, “segundo a escolha do trabalhador”<sup>2157</sup>. Se o procedimento negocial não resultar, o assunto é submetido a arbitragem obrigatória, cujo árbitro pode impor, se for esse o caso, à agência ou departamento, o desencadeamento de uma acção disciplinar, se for esse o caso, decisão da qual o trabalhador visado pode apelar<sup>2158</sup>. Outras garantias previstas é o do trabalhador em relação ao qual um órgão administrativo equaciona desencadear acção disciplinar requerer que seja representado, junto daquele antes da tomada da decisão, por organização de trabalhadores reconhecida ou certificada, em que esteja filiado, para o que deve ser informado deste direito e, bem assim, uma vez manifestado que pretende exercê-lo, e a organização dispor de certo prazo para preparar a defesa do trabalhador. Caso venha a ser instaurado procedimento disciplinar, o trabalhador deve ser informado do facto e das razões que o justificam<sup>2159</sup>.

---

County Civil Service Commission Rules and Regulations”, de 16 de Março de 2007, “7.6.10: progressive discipline”, que estabelece “levels of disciplinary Action” e “7.6.11: Disciplinary Actions”, de 16 de Março de 2007”.

<sup>2156</sup>. Cfr. 1208 do Civil Service Rules, in <http://www.dscs.state.la.us/PROGASST/CSRULES.htm>.

<sup>2157</sup>. No quadro do “Civil Service Reform Act de 1978”, o trabalhador despedido ou punido por acções disciplinares graves pode requer a intervenção do “Merit Systems Protection Board” ou de um “negotiated grievance procedure”, mas não ambos. Cfr. “United States Postal Service, Petitioner v. Maria A. Gregory”, “certiorari to the united states court of appeals for the federal circuit”, n.º 00-758, decidido em 13 de Novembro de 2001 (in <http://caselaw.lp.findlaw.com>).

O “New York Court of Appeals” analisou a possibilidade de recurso de decisões disciplinares punitivas para o “New York City Civil Service Commission”, por exemplo, no caso “Peter Montella, Respondent, v. William J. Bratton & C., et Al., Appellants, in the matter of Howard Safir, & C., appellant, v. New York City Civil Service Commission et Al., respondents”, 93 N.Y.2D 424 (1999), de 8 de Junho de 1999, e no caso “Thomas Von Essen & C., et al., respondents, v. New York City Civil Service Commission, respondent, Robert Joel, appellant”, 2005 NY Int. 20, de 22 de Fevereiro de 2005 (in [http://www.law.cornell.edu/nyctap/199\\_0093.htm](http://www.law.cornell.edu/nyctap/199_0093.htm) e [http://www.law.cornell.edu/nyctap/I05\\_0020.htm](http://www.law.cornell.edu/nyctap/I05_0020.htm))

<sup>2158</sup>. “§ 7121. Grievance procedures”, “Laboral-Management Relations Statute”, cit., <http://www.flra.gov/statutes/fslmrs/fslmrs.html>.

<sup>2159</sup>. Civil Service Law, <http://public.leginfo.ny.us/LAWSEAF.cgi?QUERYTYPE=LAWS+&BROWS>” e 1206 do Civil Service Rules, in <http://www.dscs.state.la.us/PROGASST/CSRULES.htm>.

É assinalado como demérito do sistema a insuficiente delegação do poder disciplinar, principalmente, para punir e, neste, aplicar as sanções mais gravosas<sup>2160</sup>.

No caso de impugnação, a Administração tem de provar a ocorrência de infracção e que a sanção é razoável em face da mesma<sup>2161</sup> e das respectivas circunstâncias anteriores, contemporâneas e posteriores<sup>2162</sup>. O controlo judicial passa pela verificação da consistência decisória em face de decisões anteriores ou razões aduzidas para punir e pela verificação de eventual “abuso da discricionariedade” ou de qualquer forma de violação da lei, sem prejuízo da salvaguarda do espaço de apreciação e decisão administrativa<sup>2163</sup>.

### § 3 – Em ordenamentos jurídicos de Estados de expressão oficial portuguesa

A função pública é, em geral, objecto da atenção das constituições dos Estados de expressão oficial portuguesa, destacando-se, pela extensão, a brasileira. O Direito da função pública, incluindo o disciplinar, revela forte influência do Direito português.

#### 1. O Direito disciplinar da função pública do Brasil

As normas da Constituição brasileira não se limitam a enunciar os princípios rectores da função pública, mas têm, a maior parte delas, carácter regulamentar, versando, concretamente, sobre: o concurso como regra de “investidura em cargo ou emprego público” e sobre aspectos da respectiva tramitação, os requisitos e restrições no acesso a cargos públicos, sobre as formas de provimento ou exercício de emprego público, sobre “o direito à livre associação sindical” e o direito à greve dos “servidores públicos”, sobre as

---

<sup>2160</sup>. “Government”, United States Office of Personnel Management, Office of Merit Systems Oversight and Effectiveness, July, 1998, pp. 27 a 29.

<sup>2161</sup>. No processo “United States Postal Service, Petitioner v. Maria A. Gregory”, “certiorari to the united states court of appeals for the federal circuit”, n.º 00-758, decidido em 13 de Novembro de 2001 (in <http://caselaw.lp.findlaw.com>) foi discutida a questão de saber se o Merit Systems Protection Board podia aferir a razoabilidade de despedimento com base em infracções punidas pendentes de discussão em “negotiated grievance procedure”. Prevaleceu o entendimento afirmativo, por serem, no Civil Service Reform Act, de 1978, estruturas de revisão independentes.

<sup>2162</sup>. Considera, por exemplo, a gravidade da infracção, a qualificação e a “história profissional”, incluindo disciplinar, do mesmo, “outras acções disciplinares similares no mesmo serviço ou departamento” e se a “progressividade da disciplina” era aplicável. ver “7.6. Bexar County Civil Commission Rules and Regulations”, “7.6.10: progressive discipline”.

<sup>2163</sup>. “United States Postal Service, Petitioner v. Maria A. Gregory”, “certiorari to the united states court of appeals for the federal circuit”, n.º 00-758, decidido em 13 de Novembro de 2001 (in <http://caselaw.lp.findlaw.com>).

remunerações, a acumulação de cargos públicos e incompatibilidades, a protecção social, o regime da aposentação, afirma a “precedência sobre os demais sectores administrativos, na forma da lei” da “administração fazendária e seus servidores fiscais” e que as “administrações tributárias... serão exercidas por servidores de carreiras”<sup>2164</sup>. Com relevância em matéria disciplinar e na vigência da relação jurídica de emprego, destacam-se os seguintes aspectos:

- a) confere ao “usurário” da administração pública “a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”<sup>2165</sup>;
- b) determina que os “actos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e graduação previstas em lei, sem prejuízo da acção penal cabível”<sup>2166</sup>;
- c) determina que a “lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ao erário, ressalvadas as respectivas acções de ressarcimento”<sup>2167</sup>;
- d) afirma a garantia de defesa e contraditório nos processos disciplinares<sup>2168</sup>;
- e) elenca as causas de perda do cargo por “servidor público estável”, a saber: “em virtude de sentença transitada em julgado”, “mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa” e “mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada a ampla defesa”<sup>2169</sup>;
- f) dispõe, quanto aos efeitos da sentença judicial que invalide a “demissão do servidor estável”, que “será ele reintegrado” e o “eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indemnização, aproveitando em outro

---

<sup>2164</sup>. Cfr. artigos 37.º a 39.º, in André Ramos Tavares, Constituição do Brasil integrada, De acordo com a reforma do judiciário (Emenda Constitucional n.º 45/2004), 2005, Editora Saraiva, pp. 98 a 115.

<sup>2165</sup>. Cfr. artigo 37.º, XXII, § 3.º, II, da Constituição.

<sup>2166</sup>. Cfr. artigo 37.º, XXII, § 4.º, da Constituição.

<sup>2167</sup>. Cfr. artigo 37.º, XXII, § 5.º, da Constituição.

<sup>2168</sup>. Cfr. artigo 5.º, LV, da Constituição.

<sup>2169</sup>. Cfr. artigo 41.º, § 1, da Constituição.

cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço”<sup>2170</sup>.

O Direito disciplinar dos “servidores públicos” estrutura-se segundo os seguintes princípios:

- a) Afirma-se o princípio da legalidade, “em sede de cominação de ilícito e aplicação de penalidade”, sendo dimensões consensuais deste: i) a “proibição da retroactividade da lei (*nullum sanctio iuris sine lege praevia*)”; ii) a “proibição de criação de ilícitos administrativos e penas pelos costumes (*nullum sanctio iuris sine lege scripta*)”; e iii) a “proibição do emprego da analogia para definir ilícitos administrativos e fundamentar ou agravar penas (*nullum sanctio iuris sine lege stricta*)”<sup>2171</sup>.

“Os deveres, obrigações e proibições afectos aos servidores públicos estão alinhavados nos estatutos do serviço público (...) e alguns actos administrativos normativos, em capítulos normatizadores do regime-disciplinar a que estão sujeitos”<sup>2172</sup>. As “condutas ilícitas”, ora aparecem descritas com minudência, com “conteúdo preciso”, não permitindo senão circunscrita apreciação, ora segundo “padrões vagos”, “constituindo tipificações fluidas, abertas, flexíveis”<sup>2173</sup>, sendo a tendência favorável aos primeiros, *maxime*, seguindo a gravidade das sanções<sup>2174</sup>. Sobre a admissibilidade, à luz do princípio da legalidade, “de incriminações vagas e indeterminadas (*nullum sanctio iuris sine lege certa*)” não existe consenso na doutrina, mas é, em geral, aceitação pelos

---

<sup>2170</sup>. Cfr. artigo 41.º, § 2, da Constituição.

<sup>2171</sup>. Sandro Lúcio Dezan, “O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imputação subjectiva”, p. 6, in <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=6154>.

<sup>2172</sup>. Sandro Lúcio Dezan, “O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imputação subjectiva”, cit., pp. 2 e 3, e artigos 116.º a 120.º da Lei n.º 8.112, de 11 de Dezembro de 1990 (texto consolidado in [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm)).

<sup>2173</sup>. Sandro Lúcio Dezan, “O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imputação subjectiva”, pp. 3 e 8, e artigos 117.º e 132.º da Lei n.º 8.112, de 11 de Dezembro de 1990.

<sup>2174</sup>. Antônio Carlos Alencar Carvalho, “Contagem dos prazos prescricionais da lei penal para punições disciplinares de servidores públicos: reflexão crítica sobre os conceitos de tipicidade e discricionariedade das faltas administrativas para os fins do art. 142, § 2.º, da Lei n.º 8.112/90”, pp. 6, 7, 10, 11 e 25, Jus Navigandi, n.º 1237 (20.11.2006), in <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9181>”.

tribunais<sup>2175</sup>. Contra, uns argumentam que depõe: i) o princípio da segurança jurídica<sup>2176</sup>; ii) “o princípio da isonomia”<sup>2177</sup>; iii) o princípio do “devido processo legal substancial”, que assenta na “observância das formalidades legais devidas”, elas próprias materialmente justas e tendo por base restrições juridicamente fundadas<sup>2178</sup>; iv) o princípio da publicidade, que postula a transparência e o controlo da actuação administrativa; v) e a função de “coerção preventiva” da sanção<sup>2179</sup>. A favor depõe: i) a justeza da solução do caso concreto, que envolve a consideração dos interesses legítimos do empregador no exercício da acção disciplinar<sup>2180</sup>; ii) a possibilidade e a necessidade da subsunção a preceitos identificativos de infracção disciplinar, ainda que dotados de “fluidez”<sup>2181</sup>; iii) “uma precisão absoluta constitui um designo irrealista, bastando... verificar se é possível estabelecer com certeza um nexo entre a conduta descrita e a punição aplicável”<sup>2182</sup>.

---

<sup>2175</sup>. Sandro Lúcio Dezan, “O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imputação subjectiva”, pp. 6, 9 e 10, e Mário Franzon Filho, “A aplicação do processo administrativo disciplinar nas empresas públicas federais”, p. 3, in <http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=6807>.

<sup>2176</sup>. Eliezer Pereira Martins, “Segurança jurídica e certeza do direito em matéria disciplinar. Aspectos actuais”, in Jus Navigandi, n.º 63 (03.2003), <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3852>, p. 8. O autor enfaticamente argumenta que “a responsabilidade disciplinar em sede de conduta ‘não especificada’ transforma o administrador em legislador”.

<sup>2177</sup>. A “vinculação”, nas situações em que é essencial a “certeza jurídica”, é, argumenta-se, preferível à discricionariedade, por propiciar “decisões uniformes para os casos similares” - Sandro Lúcio Dezan, “O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imputação subjectiva”, cit., pp. 3, 5 e 7.

<sup>2178</sup>. Sandro Lúcio Dezan, “O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imputação subjectiva”, cit., pp. 3 e 4, e Eliezer Pereira Martins, “Segurança jurídica e certeza do direito em matéria disciplinar. Aspectos actuais”, cit., p. 5.

<sup>2179</sup>. Sandro Lúcio Dezan, “O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imputação subjectiva”, cit., p. 7.

<sup>2180</sup>. Sandro Lúcio Dezan, “O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imputação subjectiva”, cit., p. 8.

<sup>2181</sup>. Sandro Lúcio Dezan, “O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imputação subjectiva”, cit., p. 10.

<sup>2182</sup>. Eduardo Rocha Dias apud Sandro Lúcio Dezan, “O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imputação subjectiva”, p. 12.

- b) O princípio da deverosidade da representação de ilegalidade perante o superior hierárquico daquele que emana a ordem ou incorre em omissão ilegal e inexistência do dever de obediência no caso de ordens manifestamente ilegais<sup>2183</sup>.
- c) O “princípio da culpabilidade”, relativo à “imputação pessoal” (censura jurídica da “conduta do agente público”) e relativo à “imputação subjectiva”, traduzida na consideração do dolo e da culpa como “pressuposto (a) da subsunção do conceito do facto ao conceito do tipo ilícito disciplinar [o que é enfatizado pelos defensores da tipicidade da infracção<sup>2184</sup>] e (b) da aplicação da pena administrativa”<sup>2185</sup>.
- d) O princípio da realização do “processo legal devido”<sup>2186</sup>, que seja justo, isto é, “capaz de produzir resultados justos”<sup>2187</sup>.
- e) O princípio da obrigatoriedade do apuramento de responsabilidade disciplinar, temperada pelo excepcionar das sanções menos graves de advertência e suspensão até trinta dias e por, no caso de denúncia, ser admitido o arquivamento se não for evidente que “o facto narrado” configura infracção disciplinar<sup>2188</sup>.
- f) O princípio da prescritibilidade da acção disciplinar, cujos prazos variam em função da gravidade da sanção aplicável<sup>2189</sup> e da relevância criminal das infracções disciplinares<sup>2190</sup>; neste caso, “a tendência jurisprudencial é de somente permitir a

<sup>2183</sup>. Cfr. artigo 116.º, n.ºs IV e XII, Lei n.º 8.112, de 11 de Dezembro de 1990.

<sup>2184</sup>. Sandro Lúcio Dezan, “O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imputação subjectiva”, cit., p. 12.

<sup>2185</sup>. Sandro Lúcio Dezan, “O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imputação subjectiva”, cit., p. 2.

<sup>2186</sup>. Sandro Lúcio Dezan, “O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imputação subjectiva”, p. 13, e artigo 133.º da Lei n.º 8.112, de 11 de Dezembro de 1990.

<sup>2187</sup>. Sandro Lúcio Dezan, “O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imputação subjectiva”, p. 4.

<sup>2188</sup>. Cfr. artigos 127.º, 129.º, 130.º, 143.º a 146.º da Lei n.º 8.112, de 11 de Dezembro de 1990.

<sup>2189</sup>. Giselle Cibilla Silva, no “Direito Administrativo disciplinar” brasileiro, in “A prescrição no Direito Administrativo disciplinar”, [https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano\\_V\\_novembro\\_2005/-giselleprescricao.pdf](https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_V_novembro_2005/-giselleprescricao.pdf).

<sup>2190</sup>. Objecto de crítica é “a linha jurisprudencial ...[do] Supremo Tribunal de Justiça” que atende aos “prazos da lei penal para punições administrativas, ainda que os crimes comuns não sejam tipificados, expressa e especificamente, no estatuto dos servidores públicos, como falta funcional passível de punição”. Sobre o assunto Antônio Carlos Alencar Carvalho, “Contagem dos prazos prescricionais da lei penal para punições disciplinares de servidores públicos: reflexão crítica sobre os conceitos de tipicidade e discricionariedade das faltas administrativas para os fins do art. 142, § 2.º, da Lei n.º 8.112/90”, Jus

contagem dos prazos prescricionais, para punição disciplinar, pelos parâmetros da lei penal quando houver a tramitação de processo-crime ou o servidor for indiciado em inquérito policial, computando-se os marcos temporais ordinários do estatuto do funcionalismo em causa, não os da legislação criminal”<sup>2191</sup>.

- g) O princípio da instrução independente e imparcial, estando a condução do “processo disciplinar” a cargo de uma “comissão de três servidores estáveis”, em relação aos quais se enunciam um conjunto de garantias àquela ordenadas. Não obstante, autores há que entendem que, no procedimento disciplinar, existe uma “parcialidade estrutural dos sujeitos processuais”, dada pela não separação abstracta entre «Administração-acusadora» e «Administração-julgadora»<sup>2192</sup>.
- h) O princípio do contraditório e da ampla defesa<sup>2193</sup>. Destacam-se: i) a “publicação do acto que constituir a comissão” instrutória; ii) a previsão legal de que “é assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se trate de prova testemunhal”; iii) o “procurador do acusado poderá assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas,...reinquiri-las, por intermédio do presidente da comissão”; iv) ao “indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efectivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado”<sup>2194</sup>.

---

Navigandi, n.º 1237 (20.11.2006), in <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9181>”.

<sup>2191</sup>. Antônio Carlos Alencar Carvalho, “Contagem dos prazos prescricionais da lei penal para punições disciplinares de servidores públicos: reflexão crítica sobre os conceitos de tipicidade e discricionariedade das faltas administrativas para os fins do art. 142, § 2.º, da Lei n.º 8.112/90”, cit., p. 26.

<sup>2192</sup>. Eliezer Pereira Martins, “Segurança jurídica e certeza do direito em matéria disciplinar. Aspectos actuais”, cit., pp. 8 e 9. A autora critica a deficiente aplicação do princípio da presunção de inocência do trabalhador arguido e a não obrigatoriedade de defesa por advogado no processo (idem, pp. 6, 7 e 9).

<sup>2193</sup>. Sandro Lúcio Dezan, “O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imputação subjectiva”, cit., p.13, Raimundo Nonato Fernandes, “Do procedimento disciplinar na função pública”, in Revista de Direito Público, Ano XIV, Janeiro/Junho – 1981, n.º 57-58, editora revista dos tribunais, p. 59, e, numa perspectiva crítica, Eliezer Pereira Martins, “Segurança jurídica e certeza do direito em matéria disciplinar. Aspectos actuais”, cit., p. 4.

<sup>2194</sup>. Cfr. artigos 151.º, n.º I, 156.º-159.º, § 2.º e 164.º, § 2.º, da Lei n.º 8.112, de 11 de Dezembro de 1990.

- i) O princípio da obrigatoriedade de fundamentação do acto punitivo, “sob pena de nulidade”<sup>2195</sup>.
- j) O controlo jurisdicional centra-se na “regularidade do procedimento à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem examinar o mérito do acto administrativo”<sup>2196</sup>, sem prejuízo do “controle de legalidade dos actos administrativos disciplinares sob a óptica dos princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade, individualização da pena..., motivação, com o efeito de o Poder Judiciário anular penalidades impostas de forma exagerada, incompatível com a menor gravidade das condutas, ou à revelia das circunstâncias atenuantes e demais parâmetros de dosimetria das sanções, quando inadequada a penalidade infligida diante dos motivos fácticos que a determinaram...”<sup>2197</sup>.
- k) O princípio da independência relativa da responsabilidade disciplinar e penal: podendo cumular-se sanção disciplinar e criminal, a primeira “será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do facto ou da sua autoria”<sup>2198</sup>.

## 2. O Direito disciplinar da função pública de Cabo Verde

Na Constituição de Cabo-Verde<sup>2199</sup>, vários preceitos relevam na matéria de função pública:

- a) Sob a epígrafe “Restrições ao exercício de direitos”, dispõe que a “lei pode estabelecer deveres especiais decorrentes das exigências próprias” das funções dos “diplomatas, magistrados, oficiais de justiça e inspectores públicos em efectividade de serviço ou situação equivalente”, “por forma a salvaguardar o interesse público e legítimos interesses do Estado ou de terceiros”.

---

<sup>2195</sup>. Sandro Lúcio Dezan, “O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imputação subjectiva”, cit., p. 10.

<sup>2196</sup>. Sandro Lúcio Dezan, “O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imputação subjectiva”, cit., p. 13, e, Eliezer Pereira Martins, “Segurança jurídica e certeza do direito em matéria disciplinar. Aspectos actuais”, cit., p. 9 (crítica o facto de o controlo jurisdicional estar centrado na legalidade formal, o que prejudica, como refere, a verificação do suporte probatório dos actos punitivos).

<sup>2197</sup>. Antônio Carlos Alencar Carvalho, “Contagem dos prazos prescricionais da lei penal para punições disciplinares de servidores públicos: reflexão crítica sobre os conceitos de tipicidade e discricionariedade das faltas administrativas para os fins do art. 142, § 2.º, da Lei n.º 8.112/90”, cit., p. 19.

<sup>2198</sup>. Cfr. artigo 126.º da Lei n.º 8.112, de 11 de Dezembro de 1990.

<sup>2199</sup>. Cfr. <http://www.presidenciairepublica.cv>. Cfr. artigos 237.º a 239.º da Constituição da República de



- b) Afirma o princípio da “responsabilidade civil, criminal e disciplinar do pessoal da Administração Pública e demais agentes do Estado e de outras entidades públicas”.
- c) Articula o princípio de responsabilidade com o dever de obediência: i) exclui este dever “sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de crime”; ii) exclui a responsabilidade pelo cumprimento do dever de obediência, se respeitar a ordens ou instruções emanadas de legítimo superior hierárquico e em matéria de serviço.
- d) Inclui na reserva de competência legislativa relativa as “bases do regime da Função Pública” e o “regime geral de punição das infracções disciplinares”.
- e) Estabelece que “[n]a função pública, o acesso e o desenvolvimento profissional baseiam-se no mérito e na capacidade dos candidatos ou agentes”.

A redefinição do regime da função pública de Cabo Verde e as mudanças nesta, que incluíram a cessação de várias relações de trabalho, a partir dos anos noventa, têm por pano de fundo a reorganização do sistema económico e às restrições orçamentais advogadas pelo FMI e pelo Banco Mundial.

O “estatuto disciplinar dos agentes da Administração Pública”, de 1997, assim como a Constituição revelam uma mesma concepção do Direito da função pública portuguesa e, em particular, do Direito disciplinar. Aquele estatuto segue de perto o Estatuto disciplinar português, de 1984, actualizado, depurado e/ou corrigido<sup>2200</sup> em alguns dos seus traços. Concretamente, cumpre salientar os seguintes aspectos:

- a) A organização sistemática similar do diploma<sup>2201</sup>.
- b) Contém um elenco vasto de deveres, definido na perspectiva do exercício correcto e devido, incluindo do ponto de vista do mérito, das funções<sup>2202</sup>.

---

Cabo Verde (Lei Constitucional n.º 1/V/99, de 23 de Novembro).

<sup>2200</sup>. As alterações seguem ou incorporam num regime similar ao Estatuto disciplinar de 1984 a jurisprudência administrativa portuguesa na matéria. Cfr., v.g, artigos 43.º, 56.º, n.º 3, e 61.º, n.º 2, 72.º, n.º 2, 76.º, n.º 2, 90.º, n.º 2, do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio.

<sup>2201</sup>. À do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2202</sup>. Constituem, exemplificativamente, deveres gerais os seguintes: i) o de “assegurar a eficácia, o prestígio e a dignidade da Administração Pública”; ii) o dever de “dar prioridade, no atendimento, às pessoas idosas, doentes ou com deficiência, às grávidas, aos menores e a outras pessoas em situação de vulnerabilidade”; iii) o dever de “avaliar o desempenho dos seus subordinados e informar a respeito dos mesmos, com rigor, isenção e justiça”. Cfr. artigo 3.º, maxime, alíneas e), j) e n), do Decreto-Legislativo n.º

- c) Não separa inteiramente a esfera profissional da “vida pública e privada”, pois impõe o agir, nestas, “com probidade de modo a não desprestigiar a função que [o trabalhador] exerce”<sup>2203</sup>.
- d) Idêntico elenco e efeitos das sanções disciplinares similares (aos do Estatuto disciplinar de 1984), mas menos gravosos<sup>2204</sup>; de salientar a fixação, no caso da demissão, de um prazo, não inferior a cinco anos, para que o trabalhador volte a ser provido no exercício de funções que implique “as particulares condições de dignidade e de competência que o cargo de que [o trabalhador] foi demitido exigia”<sup>2205</sup>; e o facto de serem menos gravosos os efeitos das sanções aplicáveis a aposentados<sup>2206</sup>.
- e) Proibição do *non bis in idem* e princípio da unidade de punição pela prática de várias infracções contemporâneas imputáveis a um mesmo trabalhador<sup>2207</sup>.
- f) Diferenciação dos prazos de prescrição do direito de exigir responsabilidade disciplinar em função da gravidade da sanção para que apontarem os factos integrativos de infracção disciplinar indiciada, contados desde a data da sua prática<sup>2208</sup>.
- g) Define de forma clara as relações com o Direito e processo penais:
  - (1) Aplicação do Direito e processo penais como supletivos, “nos casos omissos”, mas desde que se “harmonizem com o processo disciplinar”<sup>2209</sup>;
  - (2) Delimitação do caso julgado, na sentença de condenação, quanto à “existência e qualificação de facto punível disciplinarmente e quanto à determinação do seu

---

8/97, de 8 de Maio.

<sup>2203</sup> . Cfr. artigo 3.º, alínea q), do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio.

<sup>2204</sup> . Cfr. artigos 14.º a 17.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio, e artigos 11.º a 13.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2205</sup> . Cfr. artigo 17.º, n.º 7, do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio, e o artigo 13.º, n.º 11, do Estatuto disciplinar de 1984, que dispõe, este último: “A pena de demissão ... não impossibilita o funcionário ou agente de ser nomeado ou contratado para lugar diferente que possa ser exercido sem que o seu titular reúna as particulares condições de dignidade e de confiança que o cargo de que foi demitido exigido”.

<sup>2206</sup> . Cfr. artigo 19.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio.

<sup>2207</sup> . Cfr. artigo 18.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio, e artigo 14.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2208</sup> . Cfr. artigo 6.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio, e artigo 4.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2209</sup> . Cfr. artigo 13.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio. O Estatuto disciplinar não afirma, com carácter geral, um regime supletivo.

- agente”; e, na sentença de absolvição, “à inexistência material dos factos ou à não imputação da sua autoria ao arguido”<sup>2210</sup>;
- (3) Suspensão de funções e do vencimento de exercício no caso de aplicação da medida de coacção preventiva e de “despacho de pronúncia ou equivalente com trânsito em julgado, relativo a crime especial de empregado público ou praticado com flagrante e grave abuso da função, ou a crime que determine incapacidade ou indignidade para exercer o cargo ou perda de confiança geral necessária ao exercício da função” e no caso de condenação em processo penal<sup>2211</sup>;
- (4) A “conduta disciplinar susceptível de ser qualificada como infracção penal” deve ser participada ao Ministério Público<sup>2212</sup>.
- h) Descrição das infracções disciplinares segundo elencos típicos, ainda que não estrita, correspondentes a cada espécie de sanção<sup>2213</sup>.
- i) Concepção hierárquica do poder disciplinar<sup>2214</sup>.
- j) Desconcentração das regras de competência<sup>2215</sup>.
- k) Identificação exaustiva das circunstâncias atenuantes e das circunstâncias agravantes<sup>2216</sup>.

---

<sup>2210</sup>. Cfr. artigo 10.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio.

<sup>2211</sup>. Cfr. artigos 9.º e 11.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio, e artigo 6.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2212</sup>. Cfr. artigo 12.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio.

<sup>2213</sup>. Cfr. artigos 24.º a 29.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio, que, comparativamente com os artigos 22.º a 27.º do Estatuto disciplinar de 1984, têm as seguintes diferenças: i) nomeia as infracções por géneros, que identifica em si e já não pela referência às sanções que lhes correspondem; ii) alarga e aperfeiçoa os elencos das infracções aglutinadas em cada uma das espécies, permitindo uma correspondência mais estreitas aos tipos de sanções. Como tal, os “critérios gerais” identificativos de cada género de infracção deixam de figurar no preceito relativo à “medida e graduação das penas” (artigo 30.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio) que, quanto aos demais critérios, adopta os previstos no artigo 28.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2214</sup>. Cfr. artigo 20.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio, e artigo 16.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2215</sup>. Cfr. artigos 21.º e 22.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio, e artigos 17.º a 21.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2216</sup>. Com destaque para, respectivamente, por um lado, a “intenção de evitar um mal ou de produzir um mal menor”, o “medo invencível”, a “concordância de superior hierárquico”, o “bom comportamento anterior” e os “diminutos efeitos que a falta tenha produzido em relação à Administração ou a terceiros” e, por outro lado, “a responsabilidade do cargo e o nível intelectual do infractor”, “a advertência por outro agente de que o acto constitui infracção” e a “intenção dolosa”. Cfr. artigos 31.º e 32.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio, e artigos 29.º a 31.º do Estatuto disciplinar de 1984.

Do ponto de vista procedimental, registam-se os seguintes aspectos:

- a) A caracterização do procedimento disciplinar como “sumário”, não dependente de “formalidades especiais” e célere<sup>2217</sup>.
- b) Circunscrição da competência para instaurar procedimento disciplinar<sup>2218</sup>.
- c) Clarifica que o trabalhador arguido pode constituir defensor “em qualquer fase do processo”<sup>2219</sup>.
- d) Acesso condicionado ao processo disciplinar<sup>2220</sup>.
- e) Clarifica o carácter procedimental das “nulidades” atinentes a falta ou deficiente cumprimento de actos, trâmites ou formalidades, pois, à excepção da “nulidade resultante da falta de acusação escrita” deduzida nos termos devidos, prevê o seu suprimimento “se não forem reclamadas pelo arguido até à decisão final”<sup>2221</sup>.
- f) Prevê a possibilidade de o instrutor ser exterior à Administração, caso em que a tarefa implica a celebração de um contrato de prestação de serviços<sup>2222</sup>.
- g) Identifica causas específicas de impedimento e de suspeição do instrutor<sup>2223</sup>.
- h) Expressa a possibilidade de impugnação contenciosa da suspensão preventiva<sup>2224</sup>.
- i) Promove a possibilidade de efectivo conhecimento da dedução da acusação por arguido ausente em parte incerta<sup>2225</sup>.

---

<sup>2217</sup>. Cfr. artigo 36.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio, e artigo 36.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2218</sup>. Cfr. artigo 41.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio, e, diferentemente, artigo 39.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2219</sup>. Cfr. artigo 38.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio, e artigo 37.º, n.º 6, do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2220</sup>. Cfr. 39.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio, e artigo 37.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2221</sup>. Cfr. artigo 43.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio, e artigo 42.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2222</sup>. Cfr. artigo 51.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio, e artigo 51.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2223</sup>. Cfr. artigos 54.º e 55.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio, e artigo 52.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2224</sup>. Cfr. artigo 56.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio, e artigo 54.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2225</sup>. Cfr. artigo 63.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio, e artigo 59.º, n.º 2, do Estatuto disciplinar de 1984.

- j) Estabelece o “dever de aplicação das penas”, que define como o dever das “autoridades com competência disciplinar... pronunciar[em]-se sobre os processos que lhes forem submetidos, para aplicarem as penas que estiverem dentro da sua competência ou para a declinarem, se as penas propostas ou que entenderem propor, estiverem fora dela”<sup>2226</sup>.
- k) Das decisões proferidas em procedimento disciplinar cabe recurso hierárquico necessário (e não também tutelar), o qual não pode implicar o agravamento da sanção disciplinar<sup>2227</sup>.

### 3. O Direito da função pública de Moçambique

O Direito disciplinar da função pública moçambicana revela influência do Direito disciplinar da função pública, quanto à estrutura do procedimento disciplinar, em certos conceitos e aspectos de regime. Em geral, no entanto, acolhe uma concepção bastante diferente, correspondente a um entendimento solidário-institucional da disciplina, o que parece não ser ajustado à “Estratégia Global da Reforma do Sector Público”, cuja segunda fase, relativa ao período de 2006-2011, foi aprovada em 2001<sup>2228</sup>.

O Direito da função pública moçambicana reflecte a perspectiva de um funcionário público empenhado e/ou comprometido com os interesses político-administrativos do empregador. No plano substantivo, são elucidativos: i) o elenco de deveres, gerais (que reforçam deveres de cidadania), especiais (determinados pela condição de funcionário e ligados à função exercida), de “civismo e urbanidade” no trabalho, e de “respeito pela precedência”; e ii) o acolhimento do entendimento “legalista” em matéria de obediência a ordens ilegais<sup>2229</sup>. Na

---

<sup>2226</sup>. Cfr. artigo 23.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio.

<sup>2227</sup>. Cfr. artigos 83.º a 89.º do Decreto-Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio, e artigos 73.º a 77.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2228</sup>. Em Junho de 2001, foi lançado o programa “Estratégia Global da Reforma do Sector Público”, cuja segunda fase, relativa ao período de 2006-2011, foi aprovada na 24.ª Sessão Ordinária do Conselho de Ministros, em 10 de Outubro de 2006. O Programa relativo a esta segunda fase assenta em quatro prioridades, duas das quais são a “governança e combate à corrupção” e “a profissionalização da função pública” no quadro da qual o Governo criou, em Julho de 2006, a Autoridade Nacional da Função Pública, entre cujas missões está a da “promoção e avaliação do desempenho profissional, no sentido de responsabilidade, dos princípios éticos e deontológicos e das boas práticas de liderança na função pública”. Cfr. “Programa da Reforma do Sector Público – Fase II (2006-2011), O funcionário – a Servir cada vez melhor ao Cidadão”. Cfr. [www.portaldogoverno.gov.mz](http://www.portaldogoverno.gov.mz).

<sup>2229</sup>. Cfr. artigos 98.º a 102.º e 104.º do “Estatuto Geral dos Funcionários do Estado”, aprovado pelo Decreto n.º 14/87, de 20 de Maio (República Popular de Moçambique, Conselho de Ministros, Imprensa

mesma linha, dispõe o “Regulamento da Lei dos órgãos Locais do Estado”, de 2005, relativamente aos “funcionários e agentes dos órgãos locais do Estado”. Distingue entre: i) os deveres atinentes aos “valores democráticos” – nos quais coloca o dever de obediência, que diz não prejudicar a “legalidade administrativa” –; ii) os deveres relativos aos “valores profissionais”, iii) e os deveres relativos aos “valores da pessoa humana”<sup>2230</sup>.

Expressivos são, também, no Estatuto: i) a definição da infracção disciplinar, como resultante da violação de deveres, de abuso de funções ou de comportamento que prejudique o “prestígio do Estado”, enunciado que é, no entanto, concretizado por um elenco de infracções por correspondência a cada tipo de sanções<sup>2231</sup>; ii) a referência à “finalidade principal da sanção” como sendo a “educação dos funcionários para uma adesão voluntária e consciente à disciplina bem como para o seu engajamento no esforço colectivo do aumento e melhoria constante da produtividade e dos métodos de trabalho”<sup>2232</sup>; iii) o elenco das sanções, destacando-se, pelo seu carácter especialmente gravoso, a “despromoção”, a “demissão” e, em particular, a “expulsão”, que importa a “perda de todos os direitos adquiridos no exercício das funções”, o que inclui a impossibilidade de ser readmitido para o exercício de funções públicas”; iv) o facto de, caracterizadas as sanções pelo respectivo efeitos principal, lhe serem ajustadas “efeitos acessórios” específicos<sup>2233</sup>.

No plano procedimental, destacam-se os seguintes aspectos: i) a obrigatoriedade de instauração de procedimento disciplinar, ii) a audiência do “presumível infractor” em relação ao “auto de declaração do participante ou queixoso ou outro documento equiparado a participação”; iii) a possibilidade de “suspensão do serviço e dos vencimentos”, com base

---

Nacional de Moçambique, 1987, Maputo, pp. 38 a 43 e 45).

<sup>2230</sup>. Cfr. artigo 6.º do Decreto n.º 11/2005, de 10 de Junho.

<sup>2231</sup>. Cfr. artigos 174.º, n.º 3 e artigos 179.º a 184.º “Estatuto Geral dos Funcionários do Estado”, aprovado pelo Decreto n.º 14/87, de 20 de Maio, cit., pp. 67 a 71

<sup>2232</sup>. Cfr. artigo 174.º do “Estatuto Geral dos Funcionários do Estado”, aprovado pelo Decreto n.º 14/87, de 20 de Maio. O portal do Governo, referencia em 19 de Março de 2007, o número de processos disciplinares instaurados em 2005, os respectivos resultados e as principais infracções cometidas (a saber, “o abandono do posto de lugar, o desvio de bens e fundos do Estado, a embriaguês no local de trabalho, a negligência, as cobranças ilícitas, o uso ilícito de medicamentos, a falsificação de documentos e o mau atendimento”. E explica o que o que se pretende com a punição disciplinar “é responsabilizar, reprimir, retrain e educar os funcionários para a adesão voluntária e consciente à disciplina assim como para o seu engajamento no esforço colectivo de melhoria constante da produtividade” (<http://portaldogoverno.gov.mz-italico> nosso).

<sup>2233</sup>. Cfr. artigos 178.º e 190.º do “Estatuto Geral dos Funcionários do Estado”, cit., pp. 66 e 67 e 73

na existência de “fortes indícios de culpabilidade”, pelo período máximo de sessenta dias, “prorrogável a título excepcional”; iv) a previsão de um prazo curto de defesa; v) a previsão da “falta de audição do arguido” como “a única nulidade insuprível em processo disciplinar”<sup>2234</sup>; vi) a interposição de recurso das sanções disciplinares, salvo de advertência e repreensão pública, tem efeito suspensivo<sup>2235</sup>.

A relação jurídica de emprego pode cessar por motivo não disciplinar, se o funcionário for considerado inadequado “em relação ao trabalho ou às exigências próprias do desenvolvimento das actividades no aparelho de Estado, comprovada em processo de avaliação” e pode cessar, igualmente, por “reestruturação ou remodelação orgânica que implique a compressão ou extinção de quadros de pessoal”<sup>2236</sup>.

#### **4. O Direito Disciplinar da função pública de São Tomé e Príncipe**

A República Democrática de S. Tomé e Príncipe adoptou, em 1997, um estatuto único para a função pública, optando por “um documento global e abrangente”, a complementar “nos aspectos de detalhe e nos aspectos específicos e particulares, por posterior legislação”<sup>2237</sup>. O regime disciplinar é inserido no “regime geral da gestão de recursos humanos na função pública”, sem prejuízo do autónomo enunciado dos deveres em sede de “princípios gerais”. O regime disciplinar é similar ao constante do estatuto disciplinar português, de 1984, quer quanto aos aspectos substantivos, quer quanto aos aspectos procedimentais.

No regime substantivo, são idênticos, essencialmente, os seguintes aspectos: i) o elenco e a definição dos deveres gerais, à excepção dos deveres especiais do pessoal dirigente<sup>2238</sup>; ii) a noção de infracção disciplinar<sup>2239</sup>; iii) o prazo de prescrição do procedimento disciplinar, contado a partir do conhecimento da infracção pelo dirigente máximo do serviço (, sendo

---

<sup>2234</sup>. Cfr. artigos 174.º, n.º 4, 203.º, n.º 1, alínea b), 198.º e 202.º do “Estatuto Geral dos Funcionários do Estado”, cit., pp. 66, 75 e 77.

<sup>2235</sup>. Cfr. 210.º do “Estatuto Geral dos Funcionários do Estado”, cit., p. 80.

<sup>2236</sup>. Cfr. artigo 231.º do “Estatuto Geral dos Funcionários do Estado”, cit., p. 85.

<sup>2237</sup>. Texto introdutório à publicação, pelo Gabinete do Secretário de Estado da Administração Pública e da Modernização Administrativa, da Lei n.º 5/97, aprovada em 29 de Agosto de 1997 e promulgada em 30 do mesmo mês.

<sup>2238</sup>. Cfr. artigos 8.º, 122.º, n.º 4, e 99.º da Lei n.º 5/97, citada, e o artigo 3.º, n.ºs 3 a 12 do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2239</sup>. Cfr. artigo 122.º, n.º 1, da Lei n.º 5/97, citada, e artigo 3.º, n.º 1, do Estatuto disciplinar de 1984.

mais alargado o prazo o termo *a quo* é o da data da verificação da infracção)<sup>2240</sup>, e a aplicação dos prazos penais quando a infracção constitua crime<sup>2241</sup>; iii) o regime da obediência a ordens ilegais<sup>2242</sup>; a remissão supletiva para o Direito penal mais ampla<sup>2243</sup>; iv) as regras de competência<sup>2244</sup>; v) as sanções disciplinares e os respectivos efeitos, sendo a de suspensão aplicável, no entanto, por períodos de tempo mais curtos e as sanções de multa, de aposentação compulsiva e de demissão quando aplicadas a aposentados têm efeitos bem menos gravosos<sup>2245</sup>; vi) o elenco das condutas infraccionais, sendo elementos distintivos essenciais a definição das infracções passíveis de repreensão escrita, a menor gravidade assacada às faltas dadas ao serviço sem justificação<sup>2246</sup>; vii) os critérios da “medida e graduação da sanção” e as circunstâncias atenuantes – destacando-se de diferente a referência à “falta de intenção dolosa” e à “pequena responsabilidade do cargo exercido ou o baixo nível de instrução” – e as agravantes, com aditamento da “responsabilidades do cargo exercido e o nível intelectual do infractor”<sup>2247</sup>; viii) o princípio da unidade da sanção<sup>2248</sup>; e ix) o regime de suspensão e prescrição das sanções<sup>2249</sup>.

No que toca ao regime procedimental, é acolhida a referência doutrinária do procedimento disciplinar como um procedimento expedito e dútil: “O processo disciplinar é sempre sumário, não dependendo de formalidades especiais e deve ser conduzido de modo a levar rapidamente ao apuramento da verdade, empregando-se todos os meios necessários para a

<sup>2240</sup>. Cfr. artigo 123.º, n.º 1, da Lei n.º 5/97, citada, e artigo 4.º, n.º 1, Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2241</sup>. Cfr. artigo 123.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 5/97, citada, e artigo 4.º, n.ºs 2 e 3.

<sup>2242</sup>. Cfr. artigo 126.º da Lei n.º 5/97, citada, e artigo 10.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2243</sup>. Cfr. artigo 125.º, n.º 5, da Lei n.º 5/97, citada (“Em tudo o que não estiver regulado no presente diploma quanto aos efeitos das penas impostas nos tribunais competentes são aplicáveis as disposições do Código Penal”) e artigo 9.º do Estatuto disciplinar de 1984 (“Em tudo o que não estiver regulado no presente Estatuto quanto à suspensão ou demissão por efeito de pena imposta nos tribunais competentes são aplicáveis as disposições do Código Penal”).

<sup>2244</sup>. Cfr. artigo 127.º da Lei n.º 5/97, citada, e artigos 16.º a 21.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2245</sup>. Cfr. artigos 128.º, 129.º e 134.º da Lei n.º 5/97, citada, e artigos 11.º a 13.º e 15.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2246</sup>. Cfr. artigo 130.º da Lei n.º 5/97, citada, e artigos 22.º a 27.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2247</sup>. Cfr. artigos 131.º e 132.º da Lei n.º 5/97, citada, e artigos 28.º a 31.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2248</sup>. Cfr. artigo 133.º da Lei n.º 5/97, citada, e artigo 14.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2249</sup>. Cfr. artigos 135.º da Lei n.º 5/97, citada, e artigo 34.º do Estatuto disciplinar de 1984.



sua pronta conclusão dispensando-se tudo o que for inútil, impertinente ou dilatatório”. A Lei segue de perto, também, o Estatuto disciplinar português de 1984, designadamente, quanto:

- a) tipologia dos procedimentos disciplinares<sup>2250</sup>;
- b) estrutura e tramitação do procedimento disciplinar<sup>2251</sup>;
- c) regime de acesso ao processo<sup>2252</sup>;
- d) competências instrutórias<sup>2253</sup>;
- e) regime impugnatório da decisão final do procedimento<sup>2254</sup>;
- f) regime de revisão e reabilitação<sup>2255</sup>.

Diversamente daquele, é clara no mesmo a natureza vinculada da acção disciplinar<sup>2256</sup>.

## 5. O Direito disciplinar da função pública de Angola

O Direito disciplinar da função pública angolana acolhe uma concepção colectivista-institucional do exercício de funções públicas expressa no “regime disciplinar dos funcionários públicos e agentes administrativos”<sup>2257</sup> e na “Pauta deontológica do serviço público”. Quanto a esta, é justificada, no respectivo preâmbulo, pela utilidade de juntar às “obrigações estabelecidas no estatuto disciplinar dos trabalhadores da Função Pública”, “os imperativos intrinsecamente entranhados no âmago da Coisa Pública, ditames que transformam a obrigação em devoção e que enobrecem o sentido e a utilidade da actuação dos órgãos e serviços da Administração”. A disciplina é, para esta perspectiva, “uma disciplina integral que procure contemplar deveres externos e internos na qual se interligam os comandos legal e moral e em que os poderes funcionais são acompanhados do

---

<sup>2250</sup>. Cfr. artigos 137.º, n.ºs 2 a 4, 164.º, 165.º, 174.º a 176.º da Lei n.º 5/97, citada, e artigos 35.º, n.ºs 1 a 3, e artigos 38.º e 71.º e 72.º e 85.º a 88.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2251</sup>. Cfr. artigos 147.º a 163.º da Lei n.º 5/97, citada, e artigos 38.º e 45.º a 70.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2252</sup>. Cfr. artigo 139.º da Lei n.º 5/97, citada, e 37.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2253</sup>. Cfr. artigo 141.º da Lei n.º 5/97, citada, e artigo 51.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2254</sup>. Cfr. artigos 166.º a 168.º da Lei n.º 5/97, citada, e artigos 73.º a 77.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2255</sup>. Cfr. artigos 169.º a 173.º da Lei n.º 5/97, citada, e artigos 78.º a 84.º do Estatuto disciplinar de 1984.

<sup>2256</sup>. Cfr. artigo 122.º, n.º 2, da Lei n.º 5/97, citada: “Nenhuma falta deixará de merecer atenção do superior hierárquico para que a disciplina dos serviços seja mantida em termos justos. Ter-se-á em atenção que o exemplo de inteiro cumprimento do dever e o espírito de sacrifício no exercício das funções públicas são os maiores factores da disciplina e da boa ordem dos serviços.”

<sup>2257</sup>. Decreto n.º 33/91, de 26 de Julho, in <http://www.inacom.og.ao/legislacao/relacionada/>

conhecimento e prática dos usos exemplares da sociedade, com relevância para os que se referem às relações entre servidor público, trabalhador da Administração Pública e o cidadãos utente, beneficiário e garante dos serviços públicos”<sup>2258</sup>. Assim:

- a) todos os “trabalhadores da Administração Pública” têm “deveres de índole ético-profissional e social”;
- b) “a razão de ser última da actuação dos trabalhadores públicos” são a “estabilidade, convivência e tranquilidade sociais e [os mesmos] garantes da satisfação das necessidades fundamentais da colectividade”;
- c) são enunciados como valores essenciais do trabalho na Administração Pública os do interesse público, da legalidade, neutralidade, integridade e responsabilidade e competência;
- d) estabelece três categorias de deveres: i) “deveres para com os cidadãos” – os da “qualidade na prestação do serviço público”, da “isenção e imparcialidade”, da “competência e proporcionalidade”, da “cortesia e informação” e da “probidade” –; ii) “deveres especiais para com a Administração” – os do “serviço público”, da “dedicação” ou “espírito de missão”, “autoformação, aperfeiçoamento e actualização”, “reserva e discrição”, “parcimónia”, “solidariedade e cooperação” –; iii) e “deveres para com os “órgãos de Soberania” – que são os de “zelo e dedicação” e de “lealdade”.

No regime disciplinar, no plano substantivo, são de referir, ainda, os seguintes aspectos<sup>2259</sup>:

- a) a afirmação do dever de o funcionário defender “em todas as circunstâncias os Direitos e legítimos interesses do Estado Angolano”;
- b) vinculando-o, a disciplina, “em todas as actividades que importem ou interessem ao Governo, à dignidade e prestígio da função que exerce”;
- c) designadamente, a “concorrer aos actos e solenidades oficiais para que sejam convocados pelas autoridades superiores”<sup>2260</sup>;

---

1991/06/default.htm.

<sup>2258</sup>. Cfr. preâmbulo da Resolução do Governo, n.º 27/94, de 26 de Agosto, in <http://www.mapess.gv.ao/temas/cdi-4.htm>.

<sup>2259</sup>. Cfr. o regime in <http://www.mapess.gv.ao/temas/cdi-7.htm>.

<sup>2260</sup>. Cfr. artigo 4.º, n.º 9, do Decreto n.º 33/91, de 26 de Julho.

- d) insere o “comportamento na vida pública, pessoal e familiar” na esfera profissional<sup>2261</sup>;
- e) alarga o dever de obediência aos “chefes” e não apenas aos “legítimos superiores hierárquicos”;
- f) estabelece um elenco típico das infracções às quais faz corresponder o elenco das sanções disciplinares<sup>2262</sup>;
- g) as sanções disciplinares são divisíveis em dois níveis de gravidade, assinaláveis no seu elenco com a passagem da pena de multa para a subsequente (bem mais gravosa) da despromoção, que importa a descida, temporária, entre 90 dias e 18 meses, de um a três graus na escala hierárquica da carreira, e logo seguida da demissão<sup>2263</sup>;
- h) estabelece o princípio da “pena única” disciplinar, o que significa que não pode ser aplicada mais do que uma sanção pela mesma infracção disciplinar e que, existindo vários processos disciplinar pendentes, serão apensos ao mais antigo e objecto de “apreciação conjunta”<sup>2264</sup>;
- i) enuncia elenco taxativo de circunstâncias atenuantes – que podem determinar a aplicação da sanção imediatamente inferior à prevista – e agravantes<sup>2265</sup>.

No plano procedimental, destacam-se:

- a) a “obrigatoriedade de processo escrito”, salvo para a aplicação das sanções de admoestação verbal e censura registada<sup>2266</sup>;
- b) a garantia de defesa do “presumível infractor”, seja pela sua audição antes da “nota de culpa” e depois desta para se pronunciar quanto à mesma, seja pela possibilidade de requerer diligências de prova, embora esta parece ficar na inteira disponibilidade do

---

<sup>2261</sup>. Cfr. artigo 3.º, n.º 2, e artigo 4.º, n.º 6, do Decreto n.º 33/91, de 26 de Julho.

<sup>2262</sup>. Cfr. artigos 12.º a 16.º do Decreto n.º 33/91, de 26 de Julho.

<sup>2263</sup>. Cfr. artigos 10.º e 11.º do Decreto n.º 33/91, de 26 de Julho.

<sup>2264</sup>. Cfr. artigo 24.º do Decreto n.º 33/91, de 26 de Julho.

<sup>2265</sup>. Algumas das quais coincidem com as enunciadas no Estatuto Disciplinar português de 1984.

<sup>2266</sup>. Cfr. artigo 25.º do Decreto n.º 33/91, de 26 de Julho.

instrutor<sup>2267</sup>. “A falta de audiência do arguido constitui a única nulidade insuprível em processo disciplinar”<sup>2268</sup>;

- c) a afirmação da natureza secreta até à acusação do processo disciplinar, sem prejuízo e de consulta do processo e da previsão da confiança do processo por mandatário<sup>2269</sup>;
- d) o carácter suspensivo do recurso hierárquico da decisão que aplique as sanções de multa, despromoção e demissão<sup>2270</sup>;
- e) de referir, ainda, que, no âmbito de recurso hierárquico para o “responsável imediatamente superior”, e subseqüentes superiores, a “falta de despacho doloso ou culposo dentro do prazo legal” é susceptível de determinar a instauração de procedimento disciplinar pelo Ministro respectivo<sup>2271</sup>;
- f) admissibilidade de revisão do processo disciplinar, a todo o tempo, “quando se venham a verificar factos supervenientes ou surjam meios de provas susceptíveis de demonstrar a inexistência dos factos que decisivamente influíram na punição”<sup>2272</sup>.

\*

Na Constituição da Guiné-Bissau, a responsabilidade disciplinar é nomeada relativamente aos juízes: estabelece que é efectivável “nos casos especialmente previstos na lei”, através de acção disciplinar da competência do Conselho Superior de Magistratura. O “estatuto dos funcionários públicos” é matéria da reserva relativa da Assembleia Nacional Popular. A Constituição afirma o princípio da responsabilidade civil solidária do Estado e as demais entidades públicas pelas acções ou omissões funcionais ilícitas dos funcionários e agentes<sup>2273</sup>.

A legislação da função pública, na qual se destacam “o Estatuto do Pessoal Dirigente”, o “Estatuto do Pessoal da Administração Pública” e o “Estatuto Disciplinar dos Serviços da

---

<sup>2267</sup>. Cfr. artigos 33.º e 34.º do Decreto n.º 33/91, de 26 de Julho.

<sup>2268</sup>. Cfr. artigo 35.º do Decreto n.º 33/91, de 26 de Julho.

<sup>2269</sup>. Cfr. artigo 27.º, n.º 5, e 42.º do Decreto n.º 33/91, de 26 de Julho.

<sup>2270</sup>. Cfr. artigo 41.º do Decreto n.º 33/91, de 26 de Julho.

<sup>2271</sup>. Cfr. artigo 39.º, n.º 3, do Decreto n.º 33/91, de 26 de Julho.

<sup>2272</sup>. Cfr. artigo 43.º do Decreto n.º 33/91, de 26 de Julho.

<sup>2273</sup>. Cfr., respectivamente, artigos 123.º, n.ºs 3 e 4, 87.º, alínea b), e 33.º da Constituição da República da Guiné-Bissau, de 1984.

Administração Pública”<sup>2274</sup>, insere-se no quadro de edificação normativa da Administração Pública. Trata-se de um construir um Direito da função pública esteado na igualdade de condições e oportunidades, no mérito, no “profissionalismo”, com a proibição de quaisquer favoritismos<sup>2275</sup>.

#### § 4 – No Direito da função pública das organizações internacionais

O regime da função pública das organizações internacionais combina, em geral, elementos de dois sistemas de função pública, o sistema de carreira e o sistema de emprego (seja pela respectiva coexistência, seja pela identificação nos regimes concretos dos vínculos laborais de elementos de ambos). Sem prejuízo, a evolução foi no sentido do acentuar a dimensão estatutária em detrimento da dimensão contratual<sup>2276</sup>. No entanto, é compreensível a associação de cada um dos sistemas à tipologia das organizações internacionais: as organizações de coordenação baseiam-se num “modelo aberto que privilegia o vínculo contratual,... a técnica de *job description* e o intercâmbio constante... entre a Administração e o meio exterior”; as organizações de cooperação seguem um “modelo misto”, com elementos do sistema de emprego, como a definição contratual das categorias profissionais e do salário do trabalhador, e “elementos regulamentares”, como um quadro remuneratório normativo de referência e o regime disciplinar, e a adopção do princípio de estabilidade no emprego; nas organizações de integração, prevalece a vertente estatutária do Direito da função pública<sup>2277</sup>.

---

<sup>2274</sup>. São, respectivamente, de 1992, 1994 e 1997.

<sup>2275</sup>. Ana Cláudia Marcos Carvalho, “A Administração Pública no ordenamento jurídico-constitucional e legal, da Guiné-Bissau”, in <http://www.fd.ul.pt/ICJ/luscommumunedocs/carvalhoana.pdf>.

<sup>2276</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1977, pp. 25, 26, 34 a 45, 75 e 81 a 86.

<sup>2277</sup>. Jesús Ángel Fuentetaja Pastor, “Los principios ordenadores de la función pública comunitaria” - Jornadas sobre Derecho Administrativo Comunitario, sob a direcção de Enrique Gómez-Reino y Carnota, Madrid, Editorial Montecorvo, 2001, pp. 142 e 143, e Report of the International Civil Service Commission for the year 2006, General Assembly, United Nations, Sixty-first Session, Supplement N.º 30/A/61/30), pp. 38 a 42.

A opção pelo «modelo estatutário» na “função pública internacional” tem, observa Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, “um «gérmen político», i.e., a necessidade de se criarem condições externas e quadros para uma futura evolução política dos respectivos organismos” (A Função Pública Portuguesa. Estatuto Novo ou Nova Política?, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 122, Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Fevereiro, 1969, p. 36). Ver, também, Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, éditions du Centre National de la Recherche

A função pública internacional surgiu enquanto tal com a Liga das Nações, cujo Conselho enunciou pela primeira vez os princípios da mesma, objecto de tratamento no Relatório Balfour (1920) e no Relatório Noblemaire (1921), a saber: i) o princípio da independência política e nacional; ii) o princípio da qualidade moral; iii) o princípio do recrutamento com base no mérito; iv) o princípio da superioridade dos seus salários face à da melhor remunerada função pública do mundo<sup>2278</sup>. O primeiro litígio que a opôs a um seu agente data de 1925, tendo sido resolvido por um colégio independente de juristas, em 1927. Neste ano, foi criado a título provisório o tribunal administrativo, cuja jurisprudência “contribuiu de forma decisiva para a criação de um corpo de direito próprio ao serviço público internacional”<sup>2279</sup>, assim como a do Tribunal Administrativo das Nações Unidas, da Organização Internacional de Trabalho e mesmo do Tribunal Internacional de Justiça<sup>2280</sup>. Para além da jurisprudência, a “necessidade de fazer face a problemas práticos semelhantes” e “a vontade dos governos e dos responsáveis internacionais” contribuíram para a paulatina afirmação de um “direito comum da função pública internacional”, que trata dos vários aspectos das relações de emprego com as organizações internacionais, desde os vínculos laborais, às regras de recrutamento, às formas de mobilidade, às “principais obrigações e regime disciplinar”, ao “exercício e controlo do poder de apreciação das autoridades”, em processo judicial<sup>2281</sup>.

---

Scientifique, 1977, pp. 21 a 26.

<sup>2278</sup>. Ver Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1977, pp. 17, 18 e 57, e Mohsen Bel Hadj Amor, “The International Civil Service and the Role of the International Civil Service Commission, Statement by the chairman of the international civil service commission ... before the faculty and student body of the University of Louisville”, University of Louisville, Louisville, Kentucky, 2004, pp. 3 e 4.

No século XIX, esboçou-se um serviço público internacional, destacando-se o surgimento da União Telegráfica Internacional (1865) e da União Postal Internacional (1874). O pessoal necessário era recrutado de entre os “empregados de grandes sociedades privadas” e era destacado, em geral, da administração pública do país onde tinha a sua sede.

<sup>2279</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., 1977, pp. 18 e 19, e Robert S. Jordan, “Law of the international civil service”, in *The United Nations and International Law*, edited by Christopher C. Joyner, The American Society OF International Law, Cambridge University Press, 1997, pp. 398 e 399.

<sup>2280</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., pp. 19 e 20, 69 a 72.

<sup>2281</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., pp. 59 e 60. O autor refere que o direito nacional não deixa de ser relevante, seja porque rege a vida privada do funcionário internacional, seja porque, de forma indirecta, pode projectar-se na sua situação profissional, constituindo, por exemplo, “condição jurídica da aplicação de certas cláusulas” do contrato ou complemento do estatuto, em

A independência no exercício das funções é um traço essencial da função pública internacional<sup>2282</sup>. Os respectivos trabalhadores devem abster-se de comportamentos, de praticar qualquer acto ou incorrer em omissão, incompatíveis “com a sua situação de funcionários internacionais”<sup>2283</sup>, designadamente: i) não devem receber nem solicitar instruções de Governo ou outra autoridade ou entidade exterior à organização a que estão vinculados<sup>2284</sup>; ii) devem manifestar os respectivos interesses numa acção concreta, em relação a determinado sujeito ou realidade<sup>2285</sup>; iii) devem solicitar autorização para desenvolver qualquer “ocupação regular exterior à organização” ou para participar em associação cujos fins ou actividades possam contender com os interesses da organização; iv) não podem aceitar qualquer tarefa incompatível com o desempenho adequado das respectivas funções<sup>2286</sup>, nem associar-se “activamente à direcção de uma empresa com fim lucrativo, industrial, comercial ou outro, nem ter interesses financeiros numa empresa desta natureza, se o [mesmo]... ou empresa considerados puderem retirar vantagens do facto de ... estar empregado pela Organização”<sup>2287</sup>.

A conduta dos trabalhadores é regulada por um quadro ético-profissional, dado pelos “Standards of conduct for the international civil service”, redefinidos em 2001, e um

---

matéria, por exemplo, de prestações sociais.

<sup>2282</sup>. Mario Giuliano, Tullio Scovazzi e Tullio Treves, *Diritto Internazionale*, II, Gli Aspetti Giuridici della Coesistenza degli Stati, seconda edizione, Milano, 1983, pp. 520 a 523, e Robert S. Jordan, “Law of the international civil service”, in *The United Nations and International Law*, cit., pp. 395 e 396.

O dever de independência tem apoio normativo nos artigos 100.º, 101.º e 105.º da Carta da ONU.

<sup>2283</sup>. Cfr. artigo 100.º, n.º 1, da Carta da ONU, Acórdão do Tribunal Administrativo da ONU, de 7 de Novembro de 1986, processo n.º 368, “Jabri contra Secretário-Geral da ONU”, in <http://untreaty.un.org>, e 22 n.º dos “Standards of conduct for the international civil service” (“Devem cumprir os seus deveres e conduzir os seus assuntos privados de maneira que preserve e promova a confiança do público na sua integridade e na da organização”).

<sup>2284</sup>. Acórdão n.º 1275, de 31 de Janeiro de 2006, processo n.º 1358 (AT/DEC/1275), do Tribunal Administrativo da ONU, loc. cit., considerando VIII, pp. 8 e 9, e n.º 30 dos “Standards of conduct for the international civil service”.

<sup>2285</sup>. “Conflito de interesses inclui circunstâncias nas quais os funcionários, directa ou indirectamente, pareçam beneficiar impropriamente, ou permitir que uma terceira parte beneficie impropriamente, pela sua associação na gestão ou por ter interesse financeira numa empresa envolvida em negócio ou transacção com a organização” (n.º 21 dos “Standards of conduct for the international civil service”).

<sup>2286</sup>. Cfr. n.ºs 41 a 43 e 47 dos “Standards of conduct for the international civil service”.

<sup>2287</sup>. Cfr. ponto VII, n.º 9, da Resolução da Assembleia-geral das Nações Unidas n.º 55/258 (“Gestão dos recursos humanos”), sobre o “relatório da Quinta Comissão (A/55/890/Add.1)” (in site das Nações Unidas).

conjunto de deveres e obrigações de cariz estatutário. Os parâmetros de dever são, no essencial, os seguintes:

- a) o acolhimento dos valores das administrações públicas dos Estados membros: “competência, integridade, imparcialidade, independência e reserva”<sup>2288</sup>;
- b) o dever de respeito para com os diferentes costumes e culturas com os quais entram em contacto e de observar as leis locais e as obrigações legais privadas e financeiras<sup>2289</sup>;
- c) o dever de não comprometer a imagem e os interesses da organização mesmo fora do exercício das suas funções<sup>2290</sup>;
- d) o dever de probidade e desinteresse, o que envolve, por exemplo, a não utilização imprópria de imunidades, o não exercício de outra actividade profissional sem autorização, a obrigação de não concluir negócios privados no exercício das funções, de não aceitar qualquer remuneração, gratificação em dinheiro ou de outra natureza ou qualquer vantagem aquando do exercício das funções, assim como distinções honoríficas e condecorações<sup>2291</sup>;
- e) o dever de não participar em actividades políticas, sem prejuízo da participação na comunidade local ou em actividades cívicas, conquanto que não comprometam o juramento para com a organização<sup>2292</sup>;
- f) a enunciação de especiais obrigações para os titulares de cargos de direcção, na perspectiva da redefinição de um regime de função pública que se foque nas competências, para além de nos “deveres e responsabilidades”<sup>2293</sup>, sem prejuízo destes, próprios do respectivo cargo; o exercício informado do poder de direcção, o

---

<sup>2288</sup>. Cfr. n.º 2 dos “Standards of conduct for the international civil service”.

<sup>2289</sup>. Cfr. n.ºs 9, 13 e 37 e 39 dos “Standards of conduct for the international civil service”.

<sup>2290</sup>. Cfr. n.º 38 dos “Standards of conduct for the international civil service” e Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., p. 243.

<sup>2291</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., pp. 244 a 246.

<sup>2292</sup>. Cfr. n.º 44 dos “Standards of conduct for the international civil service”.

<sup>2293</sup>. Cfr. n.ºs 15 a 17 dos “Standards of conduct for the international civil service” e Mohsen Bel Hadj Amor, “The International Civil Service and the Role of the International Civil Service Commission, cit., pp. 9 e 10.



qual deve variar em função da experiência, dificuldades e deficiências na execução do trabalho dos funcionários<sup>2294</sup>;

- g) o dever de obediência compreende o dever de consultar os superiores no caso de dúvida sobre a conformidade normativa das instruções recebidas; caso a resposta lhe suscite reservas, pode solicitar instruções escritas, utilizando os “mecanismos institucionais”, sem prejuízo do respectivo cumprimento e do registo nos processos da sua perspectiva. “Não devem seguir instruções verbais ou escritas que sejam manifestamente inconsistentes com as respectivas funções ou que ameacem a sua segurança ou de outros”<sup>2295</sup>;
- h) o dever de participação qualquer infracção às normas, gozando de protecção contra “represálias ou sanções”, se estiver de boa fé<sup>2296</sup>;
- i) o dever de “promover uma melhor compreensão dos objectivos e trabalho da respectiva organização”<sup>2297</sup>;
- j) o dever de reserva ou comedimento no tratamento dos assuntos e resolução de situações que envolvam a respectiva organização<sup>2298</sup>, assim como na expressão pública, escrita ou oral, de opiniões relativas às mesmas<sup>2299</sup>;
- k) o dever de “não divulgar informação confidencial sem autorização” e de não “usar informação que não foi publicitada cujo conhecimento lhe advém do exercício das suas funções”, mesmo depois do termo da relação jurídica de emprego<sup>2300</sup>, sem prejuízo da informação cuja comunicação implique o exercício das suas funções<sup>2301</sup>;

---

<sup>2294</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., pp. 234 a 240.

<sup>2295</sup>. Cfr. n.º 18 dos “Standards of conduct for the international civil service”.

<sup>2296</sup>. Cfr. n.º 19 dos “Standards of conduct for the international civil service”.

<sup>2297</sup>. Cfr. n.º 31 dos “Standards of conduct for the international civil service”.

<sup>2298</sup>. Cfr. n.ºs 32 e 35 dos “Standards of conduct for the international civil service”.

<sup>2299</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., pp. 247 e 248.

<sup>2300</sup>. Cfr. n.º 35 dos “Standards of conduct for the international civil service”.

Como destaca Alain Plantey, “a obrigação de discrição pode, seguindo a prática das organizações, beneficiar informações que não são necessariamente confidenciais; basta que sejam oficiais e não publicadas”. Cfr. *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., p. 247.

<sup>2301</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., pp. 246 e 247.

- l) a relevância disciplinar das condenações criminais<sup>2302</sup>, “que tenha consequências no serviço”<sup>2303</sup>.

No que às infracções disciplinares respeita, não existe em geral uma definição “precisa e completa”, nem uma sua “enumeração”, sendo caracterizadas como “todas as formas de incumprimento dos deveres” funcionais. Verifica-se infracção disciplinar, diz-se, quando há inobservância culposa de “normas de conduta, quer dizer a violação de certas prescrições estatutárias (...) ou de cláusulas contratuais (...), falta grave no exercício de funções (...), um trabalho insuficiente (...), abandono do posto de trabalho”<sup>2304</sup>. Exige-se que resulte de “um acto preciso, [e] não de um comportamento geral”, nem de “alegações de carácter vago e geral (...) ou de censuras de natureza política ou pessoal”<sup>2305</sup>.

O trabalhador deve ser passível de censura, o que exclui a infracção nos casos em que seja inimputável. O grau de desvalor jurídico subjectivo da sua actuação releva em sede de determinação da medida da sanção<sup>2306</sup>.

As sanções disciplinares são aplicadas segundo os seguintes princípios<sup>2307</sup>:

- a) princípio da legalidade: não pode ser aplicada uma sanção não prevista em norma jurídica;
- b) princípio *non bis in idem*: uma infracção disciplinar não pode ser punida senão uma vez;
- c) princípio da sustentabilidade da sanção em “factos provados e censuráveis”;
- d) princípio da proporcionalidade: a sanção não deve ser desproporcionada à infracção.

A “autoridade administrativa” tem ampla discricionariedade em matéria de pessoal, incluindo no que toca à manutenção das relações de trabalho<sup>2308</sup>. Está, não obstante, sujeita

---

<sup>2302</sup>. Cfr. n.º 40 dos “Standards of conduct for the international civil service”.

<sup>2303</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., p. 251.

<sup>2304</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., pp. 250 e 251.

<sup>2305</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., p. 251.

<sup>2306</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., p. 252.

<sup>2307</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., pp. 257 a 259.

<sup>2308</sup>. Acórdão n.º 1275, de 31 de Janeiro de 2006, processo n.º 1358 (AT/DEC/1275), do Tribunal Administrativo da ONU, loc. cit., considerando IX, p. 9, Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., pp. 58 e 59 e 252, e ponto VII Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 55/258 (“Gestão dos recursos humanos”), sobre o “relatório da Quinta Comissão (A/55/890/Add.1)” (in site das Nações Unidas). A Assembleia-geral “[r]eafirma que todos os funcionários da

a vários limites jurídicos. Desde logo, em geral, é susceptível de dar lugar à aplicação de sanção disciplinar o cometimento de “erros manifestos de gestão de pessoal”, o não cumprimento intencional das respectivas obrigações e o desrespeito pelas “regras e procedimentos estabelecidos”<sup>2309</sup>. Por outro lado, um conjunto de princípios e garantias parametrizam o exercício dos respectivos poderes:

- a) o princípio da independência no funcionamento da Organização, que exige que as pressões indevidas sejam afastadas e combatidas<sup>2310</sup>;
- b) as exigências procedimentais, “cujo principal objectivo é excluir influência indevida numa decisão administrativa”; a falta de observância das mesmas torna desnecessária a prova de discriminação por parte do trabalhador e confere ao mesmo o direito a uma compensação, considerando-se que o próprio desvio das regras do procedimento prejudica, em si, o funcionário<sup>2311</sup>;
- c) pelo direito do trabalhador a um justo processo, que implica, designadamente, o direito de ser ouvido, o direito à conclusão célere do mesmo<sup>2312</sup>, o direito de “participar na realização da prova”<sup>2313</sup>, *maxime*, “na audição contraditória das testemunhas”<sup>2314</sup> e o

---

Organização das Nações Unidas são responsáveis perante o Secretário-geral e devem prestar-lhe contas”, de acordo com a previsão do Regulamento de pessoal (n.º 3 do ponto VII).

<sup>2309</sup>. Cfr. ponto VII, n.º 6, da Resolução da Assembleia-geral das Nações Unidas n.º 55/258 (“Gestão dos recursos humanos”), sobre o “relatório da Quinta Comissão (A/55/890/Add.1)” (in site das Nações Unidas).

<sup>2310</sup>. Acórdão n.º 1275, de 31 de Janeiro de 2006, processo n.º 1358 (AT/DEC/1275), do Tribunal Administrativo da ONU, loc. cit., considerando XI, pp. 10 e 11, e considerando XIII, p. 12.

<sup>2311</sup>. Acórdão n.º 1275, de 31 de Janeiro de 2006, processo n.º 1358 (AT/DEC/1275), do Tribunal Administrativo da ONU, loc. cit., considerando X, p. 10, e Acórdão n.º 1270, de 31 de Janeiro de 2006, processo n.º 1353 (AT/DEC/1270), considerando IV, p. 8. Neste último (idem considerando IV, p. 8), o Tribunal afirmou que, independentemente da prova de que as possibilidades de renovação do contrato tiveram causa em erros de procedimento, a Administração deve ser de confiança, pelo que uma adequada compensação deveria ser atribuída ao recorrente pela violação de tais regras.

<sup>2312</sup>. Acórdão n.º 1275, de 31 de Janeiro de 2006, processo n.º 1358 (AT/DEC/1275), do Tribunal Administrativo da ONU, loc. cit., considerando XIV, p. 12, e Acórdão n.º 1270, de 31 de Janeiro de 2006, processo n.º 1353 (AT/DEC/1270), considerando IV, pp. 8 e 9.

<sup>2313</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., p. 73.

<sup>2314</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., p. 256.

No caso Korb, “julgamento n.º 512/1991”, o Tribunal Administrativo das Nações Unidas declarou que a inobservância do “princípio segundo o qual as testemunhas devem sempre ser inquiridas na presença das partes” implica um “sério vício de procedimento”. Cfr. Anthony J. Miller, “Le droit applicable par le Tribunal Administratif des Nations Unies”, in *Le Contentieux de la Fonction Publique Internationale*, Actes des Journées d’Études des 9-10 Décembre 1994, Organisées au Sénat Salle Clemenceau, Paris, éditions A. Pedone, 1996, pp. 230 e 231.

- direito a ser notificado pessoalmente e de forma completa do conteúdo da acusação disciplinar<sup>2315</sup>. O procedimento disciplinar “constitui uma garantia essencial” do trabalhador, devendo, “mesmo na falta de disposição expressa ... respeitar os direitos de defesa”<sup>2316</sup>;
- d) pelo dever de consulta de um órgão colegial de composição mista ou paritária, cujo parecer deve a “autoridade investida do poder disciplinar” ter em conta, designadamente, quanto à “exactidão e qualificação dos factos”<sup>2317</sup>; tal órgão tem também, nalguns casos, competências instrutórias<sup>2318</sup>;
  - e) pela necessária fundamentação da sanção aplicada<sup>2319</sup>;
  - f) pelo princípio da responsabilidade civil, com fundamento em qualquer interferência indevida na decisão de pôr termo a relação de trabalho, a qual pode dar lugar ao pagamento de uma compensação ao trabalhador, que atende à “gravidade” daquela interferência e “consequente prejuízo” que tenha causado ao trabalhador<sup>2320</sup>;
  - g) pelo princípio da igualdade de tratamento sendo a mesma a situação de facto e de direito<sup>2321</sup>;
  - h) pelo “princípio da boa fé nas relações entre empregador e trabalhador”<sup>2322</sup>;
  - i) pelo “princípio da não retroactividade das decisões”<sup>2323</sup>;
  - j) pelo princípio da “proporcionalidade entre a sanção e a falta”<sup>2324</sup>;
  - k) pelo “princípio da garantia do recurso contencioso”, com o consequente “poder e dever de controlo do juiz”<sup>2325</sup>. A jurisdição administrativa internacional, sob a influência do

---

<sup>2315</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., p. 255.

<sup>2316</sup>. Anthony J. Miller, “Le droit applicable par le Tribunal Administratif des Nations Unies”, cit., p. 229.

<sup>2317</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., p. 253.

<sup>2318</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., p. 256.

<sup>2319</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., p. 254.

<sup>2320</sup>. Acórdão n.º 1275, de 31 de Janeiro de 2006, do Tribunal Administrativo da ONU, citado, loc. cit., considerando XI, pp. 10 e 11.

<sup>2321</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., p. 73.

<sup>2322</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., p. 74, e Anthony J. Miller, “Le droit applicable par le Tribunal Administratif des Nations Unies”, cit., pp. 234, 235 a 240.

<sup>2323</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., p. 74.

<sup>2324</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., p. 74 e Anthony J. Miller, “Le droit applicable par le Tribunal Administratif des Nations Unies”, cit., p. 239.

direito anglo-saxónico, exerce amplos poderes de controlo, recorrendo, inclusive, no “caso de falta, obscuridade ou de silêncio dos textos” à equidade<sup>2326</sup>.

- l) pela garantia da existência de formas extrajudiciais de resolução dos conflitos relativos ao pessoal (como, por exemplo, a Comissão paritária de recurso, a *Joint Disciplinary Committee*, o *Ombudsman* da ONU e os mediadores da UNESCO)<sup>2327</sup>.

O trabalhador pode ser suspenso provisoriamente de funções num quadro disciplinar. Para tanto, é preciso que os “factos invocados sejam susceptíveis de motivar a aplicação de uma sanção”, exigindo-se que “constituam uma falta caracterizada às obrigações profissionais ou uma infracção de direito comum”, e que a permanência no exercício de funções “seja prejudicial para a organização”. A duração da suspensão, na falta de previsão de prazos específicos, não pode ultrapassar o do “exame dos factos invocados”. Afecta, em maior ou menor medida, os abonos remuneratórios, aos quais o trabalhador tem direito se nenhuma sanção vier a ser aplicada. Considerando o seu carácter não sancionatório, mas cautelar, e considerando que não depende de procedimento prévio nem em geral da observância de quaisquer formalidades, uma sanção disfarçada de uma suspensão preventiva não pode deixar de ser ilegal<sup>2328</sup>.

---

<sup>2325</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., p. 73.

<sup>2326</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., pp. 71 e 72, e Michel Gentot, “Contrôle de la légalité et limites du pouvoir discrétionnaire”, in *Le Contentieux de la Fonction Publique Internationale, Actes des Journées d’Études des 9-10 Décembre 1994, Organisées au Sénat Salle Clemenceau, Paris, éditions A. Pedone, 1996*, p. 247.

<sup>2327</sup>. Ver R. Maria Vicien-Milburn, “Phases préliminaires de recours dans le système interne d’Administration de la justice de l’organisation des Nations Unies”, in *Actes des Journées d’Études des 9-10 Décembre 1994, Organisées au Sénat Salle Clemenceau, Paris, éditions A. Pedone, 1996*, pp. 103 e segs. Quanto à Comissão paritária de recurso, ver o ponto XI, n.º 4 a 6, da Resolução da Assembleia-geral das Nações Unidas n.º 55/258 (“Gestão dos recursos humanos”), sobre o “relatório da Quinta Comissão (A/55/890/Add.1)”. Entre as alterações deste órgão destacam-se o facto de ter deixado de ser um órgão meramente consultivo, tornando-se, na expressão da alínea c) do citado ponto 4, “um órgão semi-judiciário dotado de um poder de decisão” e o facto de poder suspender a execução de uma decisão contestada (alínea iii) da alínea a) do citado ponto 4).

Em 1994, o “Conselho de apelo da UNESCO”, órgão de “recurso interno”, “semi-jurisdicional”, proferiu 223 decisões contra os 110 julgamentos do Tribunal Administrativo da OIT – Intervenção de Witold Zyss, in *Actes des Journées d’Études des 9-10 décembre 1994*, cit., p. 251.

Ver, também, Robert S. Jordan, “Law of the international civil service”, in *The United Nations and International Law*, cit., p. 403.

<sup>2328</sup>. Alain Plantey, *Droit et Pratique de la Fonction Publique Internationale*, cit., pp. 233, 254, 255 e 258.

## § 5 – No Direito da função pública da União Europeia

A função pública das instituições da Europa comunitária assenta num regime jurídico jus-administrativista, de carácter estatutário, inspirado nos regimes da função pública francesa e alemã<sup>2329</sup>. Procurou-se que fosse distanciado, atentas as exigências e objectivos da “novidade integradora da construção europeia”, do das clássicas organizações internacionais e também, embora menos, dos “modelos Estatais”<sup>2330</sup>, dos quais se pretende manter a independência<sup>2331</sup>. As relações de trabalho são, em regra, tituladas pela nomeação, estritamente reguladas, fundadas na “noção de serviço e lealdade” comunitária, e dotadas de particular estabilidade<sup>2332</sup>. Existem, com carácter complementar, relações de trabalho contratuais, cujos trabalhadores são denominados agentes (agentes temporários, agentes auxiliares, agentes locais e conselheiros especiais); tais relações, não obstante, têm “fortes semelhanças com o nexa estatutário que existe entre o funcionário e a sua instituição”. Destaca-se a predeterminação do regime disciplinar, como parte integrante das condições de trabalho, pelo trabalhador aceites no momento da assinatura do contrato<sup>2333</sup>. Com a

---

<sup>2329</sup>. Antonio Martínez Marín, Régimen Jurídico de los Funcionarios, segunda edición actualizada y completada, Tecnos, 2001, pp. 173 e 174.

O regime não é objecto de contratação ou negociação. Cfr. artigo 1.º e 4.º, § 1 do “Estatuto dos funcionários e regime aplicável aos outros agentes” das Comunidades Europeias consta do Regulamento (CEE, Euratom, CECA) n.º 259/68, de 29 de Fevereiro de 1968, do Conselho, publicado no JOCE, n.º L, de 4 de Março de 1968, embora sujeito já a várias alterações.

O Direito primário limita-se a prever a competência do Conselho para a respectiva aprovação (artigo 283.º do TCE) e o Anexo ao Tratado de Fusão de 1965, o Protocolo dos Privilégios e Imunidades.

<sup>2330</sup>. Jesús Ángel Fuentetaja Pastor, “Los principios ordenadores de la función pública comunitaria” - Jornadas sobre Derecho Administrativo Comunitario, sob a direcção de Enrique Gómez-Reino y Carnota, Madrid, Editorial Montecorvo, 2001, p. 142 e 43, e Maria Luísa Duarte, Direito da União Europeia e das Comunidades Europeias, Vol. I, Tomo 1, Instituições e Órgãos e Procedimentos de Decisão, Lex, Lisboa, 2001, pp. 92 e 93.

<sup>2331</sup>. Outro factor de distanciamento nacional reside na importância dada ao equilíbrio geográfico, que se traduz na repartição, segundo um princípio de equivalência, por «quotas», do número de funcionários e agentes por cada Estado membro. Ver, v. g., artigo 11.º, 16.º, 20.º e 23.º do “Estatuto ...”, citado, e Jesús Ángel Fuentetaja Pastor, “Los principios ordenadores de la función pública comunitaria”, cit., pp. 147 a 152 e 157.

<sup>2332</sup>. Podem cessar por aposentação, aplicação de pena disciplinar expulsiva, verificação de incompetência profissional e por iniciativa do funcionário. Ver, v. g., artigos 4.º a 6.º, 27.º a 34.º, 43.º a 52.º do “Estatuto ...” e Jesús Ángel Fuentetaja Pastor, “Los principios ordenadores de la función pública comunitaria”, cit., pp. 143 e 144 e 152 156.

<sup>2333</sup>. Sentença do Tribunal de Primeira Instância, de 18 de Outubro de 2001, T - 333/99, (“Funcionários -

diversificação (avulsa) dos vínculos das relações de trabalho, nos últimos anos verifica-se a tendência para substantivizar o conceito de funcionário por apelo ao conteúdo das funções, reservando aos funcionários o exercício das funções de “representação, negociação e controlo”, ou seja, de funções que impliquem “o exercício de um poder de valoração ou de decisão discricionária correspondente a uma verdadeira política comunitária”, “tarefas de serviço público susceptíveis de comprometer a responsabilidade da Instituição e a sua autonomia”<sup>2334</sup>.

A regulação do regime disciplinar ocorreu, primeiramente, no estatuto do pessoal da CECA, de 1956, aplicável, “por analogia e a título provisório”, aos trabalhadores da CEE e da CEEA, até 1 de Janeiro de 1962, data da entrada em vigor do respectivo estatuto de pessoal, que adoptou um regime similar<sup>2335</sup>. Um estatuto único para as três Comunidades passou a existir com o regulamento de 1968, cujos títulos VI e anexos II e IX tratam da matéria da disciplina.

Constitui infracção disciplinar toda a falta culposa às obrigações decorrentes do estatuto para o funcionário ou ex-funcionário. A identificação de infracção disciplinar é dada por referências às correspondentes obrigações. Não existe um elenco de condutas que consubstanciem a respectiva violação, nem às infracções, naqueles termos referenciadas, é feita corresponder relação específica com as sanções tipificadas<sup>2336</sup>, sem que lhe possam ser atribuídos efeitos não previstos, nem outras serem criadas<sup>2337</sup>. Nessa concretização, é

---

Empregados do Banco Central Europeu - Competência do Tribunal de Primeira Instância - Legalidade das condições de emprego - Direitos de Defesa - Despedimento - Acoso - Utilização abusiva de Internet”, pontos 53 e 68 a 70, pp. 12 a 15, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu). e Jesús Ángel Fuentetaja Pastor, “Los principios ordenadores de la función pública comunitaria”, cit., pp. 144 e 145.

<sup>2334</sup>. Jesús Ángel Fuentetaja Pastor, “Los principios ordenadores de la función pública comunitaria” - Jornadas sobre Derecho Administrativo Comunitario, cit., p. 146.

<sup>2335</sup>. Pedro de Miguel Garcia, “Le régime disciplinaire dans la fonction publique des Communautés européennes”, *Revue Internationale des Sciences Administratives*, *Revue d’Administration publique comparée*, Vol. LVII, 1991, n.º 2, p. 277.

<sup>2336</sup>. Acórdão do TJCE de 5 de Fevereiro de 1987, Proc. n.º 403/85, ponto 26 (pp. 7 e 8), in [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int). Cfr. artigos 11.º a 21.º do “Estatuto ...”.

Uma “aplicação rigorosa” do princípio “nulla poena sine lege” implicaria a “impossibilidade de aplicação de uma sanção que, ainda que prevista, não fosse expressamente reportada a uma conduta determinada” (Pedro de Miguel Garcia, “Le régime disciplinaire dans la fonction publique des Communautés européennes”, *Revue Internationale des Sciences Administratives*, *Revue d’Administration publique comparée*, Vol. LVII, 1991, n.º 2, p. 281).

<sup>2337</sup>. Entre as quais figuram a “advertência por escrito”, a “repreensão”, a “suspensão de subida de escalão

central a identificação do dever ou deveres violados. Entre estes “figura, em primeiro lugar, a obrigação de qualquer funcionário de pautar a sua conduta unicamente pelos interesses da Comunidade”<sup>2338</sup>, “um dever geral de lealdade”, que o obriga “não apenas em relação aos seus superiores, mas igualmente em relação à instituição de que depende”, a não solicitar nem aceitar instruções de nenhum Estado, grupo político ou de pressão, a ficar sujeito a um estrito regime de incompatibilidades. Em segundo lugar, destaca-se o dever de reserva que “abrange toda a esfera de relações entre [o funcionário] e a sua instituição” e implica o dever de “se abster de qualquer expressão pública de opinião susceptível de atentar contra a dignidade da sua função”<sup>2339</sup>, “dos membros e agentes de uma instituição” e de “alegações susceptíveis de lançar o descrédito sobre a honorabilidade profissional desta”<sup>2340</sup>, embora se admita que “determinadas circunstâncias podem justificar uma interpretação menos rigorosa” do dever de reserva, como “acontece nomeadamente quando estes fazem uso da sua liberdade de expressão tendo em vista uma assembleia geral do pessoal”, caso em que

---

por um período determinado que pode variar entre um e 23 meses”, a “descida de escalão”, a “classificação num grau inferior por um período determinado que pode variar entre 15 dias e um ano”, a “classificação num grau inferior no mesmo grupo de funções”, “classificação num grupo de funções inferior, com ou sem descida de grau” e a “demissão e, quando justificado, segundo as circunstâncias, a redução da pensão ou a retenção, por um período determinado, de um montante do subsídio de invalidez” (artigo 9.º do Anexo IX ao “Estatuto dos funcionários ...”). Ver, também, artigo 36.º, n.º 43, do Protocolo sobre os Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu (onde se prevêem as seguintes sanções: a advertência, a “redução temporária do vencimento”, a “suspensão de subida de escalão”, a “transferência ou uma mudança de afectação do agente” e o despedimento).

<sup>2338</sup>. Cfr. artigo 11.º, § 1, do “Estatuto ...” Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, Quarta Secção, de 12 de Setembro de 2000, Processo T-259/97 (p. 7, in [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)).

A autonomia das instituições comunitárias justifica que “todas as questões disciplinares respeitantes aos funcionários do Tribunal de Primeira Instância e do Tribunal de Justiça, incluindo as respeitantes à divulgação de afirmações injuriosas contra os membros destes órgãos no exercício das respectivas funções, escapem à competência dos órgãos jurisdicionais nacionais”, ainda que possa, de alguma forma, restringir a aplicação do princípio da independência (p. 8). Nota, no entanto, o Tribunal que não existe qualquer relação hierárquica entre os seus membros e a entidade com competência para instaurar procedimento disciplinar, os quais “não podem, directa ou indirectamente, exercer ou solicitar o exercício do poder disciplinar contra funcionários do Tribunal de Justiça por actos ligados ao processo”, sendo antes da competência exclusiva daquela (p. 7).

<sup>2339</sup>. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção), de 12 de Setembro de 2000, Processo T-259/97 (p. 7, in [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)): O “Tribunal de Primeira Instância e o Tribunal de Justiça afirmaram por várias vezes [que] (...) injúrias expressas publicamente por um funcionário, ofensivas da honra das pessoas às quais se referem, são, em si mesmas, lesivas da dignidade da função, na acepção do artigo 12.º, primeiro parágrafo, do Estatuto. Assim, para que haja violação dos deveres profissionais previstos no Estatuto, não importa que as afirmações do recorrente se tenham referido à actividade dos membros de uma instituição da Comunidade; basta que essas afirmações tenham atentado contra a honra das pessoas visadas.”

<sup>2340</sup>. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção), de 12 de Setembro de 2000, Processo T-259/97 (p. 5, in [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)).



“o dever de reserva só pode considerar-se violado se houver expressões gravemente injuriosas ou gravemente atentatórias do respeito devido às pessoas visadas”<sup>2341</sup>.

Em decorrência da delimitação genérica das infracções e da não especificação de circunstâncias agravantes e atenuantes a considerar na escolha da sanção<sup>2342</sup>, a “jurisprudência [comunitária] reconhece à entidade investida do poder de nomeação um amplo poder de apreciação quanto à escolha da sanção a aplicar”<sup>2343</sup>. Os limites jurídicos são, não obstante, significativos:

- a) O “procedimento disciplinar não se pode fundar em elementos gerais abrangentes de um número indeterminado e incontrolável de factos repreensíveis, mas sobre factos articulados de forma suficientemente clara”<sup>2344</sup>.
- b) A aplicação de sanção disciplinar pressupõe a fixação instrutória da “‘certeza’ da existência, imputável ao funcionário, de um comportamento” violador das obrigações respectivas, isto é, que existam “elementos objectivos, concludentes e concordantes que permitam obter a convicção necessária da falta cometida”, acolhendo a jurisprudência as máximas da “presunção de inocência”, de que “a dúvida depõe a favor do acusado” e do “carácter restritivo das medidas repressivas”<sup>2345</sup>.

A prova da “existência dos factos que estão na base da medida disciplinar e o carácter proporcionado dessa medida em relação à gravidade desses factos” compete à Administração, regra que é considerada como “uma norma substancial e não uma norma processual”<sup>2346</sup>.

---

<sup>2341</sup>. Considerando 96 do Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção), de 12 de Setembro de 2000, Processo T-259/97 (p. 12, in [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)).

<sup>2342</sup>. Acórdão do TJCE de 5 de Fevereiro de 1987, Proc. n.º 403/85, ponto 26 (pp. 7 e 8), in [europa.eu.int](http://europa.eu.int), e artigo 10.º do Anexo IX ao “Estatuto dos funcionários ...” e artigo 86.º, n.º 3, do mesmo Estatuto.

<sup>2343</sup>. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção), de 12 de Setembro de 2000, Processo T-259/97 (p. 13) e Acórdão do TJCE, de 5 de Fevereiro de 1987, Processo n.º 403/85 (pp. 1, 5 e 6), in [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

<sup>2344</sup>. Acórdão do TJCE (primeira secção), de 15 de Março de 1967 (pp. 1 e 4), processos 18 e 35-65 delivered celax.

<sup>2345</sup>. Pedro de Miguel Garcia, “Le régime disciplinaire dans la fonction publique des Communautés européennes”, *Revue Internationale des Sciences Administratives*, *Revue d’Administration publique comparée*, Vol. LVII, 1991, n.º 2, p. 278 e 279.

<sup>2346</sup>. Sentença do Tribunal de Primeira Instância, de 18 de Outubro de 2001, T-333/99, ponto 195.

- c) O espaço de valoração é consideravelmente parametrizado pelo princípio da proporcionalidade, que dita o ajustamento da sanção à “avaliação global... de todos os factos concretos e circunstâncias específicas de cada caso individual”<sup>2347</sup>. Impõe a escolha da sanção adequada, podendo o juiz censurar essa escolha “se a sanção aplicada for desproporcionada relativamente aos factos provados contra o funcionário”<sup>2348</sup>, o que não significa que possa “substituir a apreciação da [entidade investida do poder de nomeação] pela sua apreciação”<sup>2349</sup>.
- d) A fundamentação da decisão, “segundo jurisprudência perfeitamente assente... deve permitir ao órgão jurisdicional comunitário exercer o seu controlo da legalidade e

---

<sup>2347</sup>. Sentença do Tribunal de Primeira Instância, de 18 de Outubro de 2001, T - 333/99, ponto 221, e Acórdão do TJCE de 5 de Fevereiro de 1987, Proc. n.º 403/85, ponto 26 (pp. 1, 7 e 8 - Não obstante a afirmação de que a valoração da entidade administrativa não é controlável senão através das figuras do erro manifesto e do desvio do poder, o TJCE faz um juízo de proporcionalidade entre a gravidade dos factos imputados ao recorrente, os elementos considerados como circunstâncias atenuantes e as consequências negativas da punição na situação pessoal e profissional de recorrente, concluindo que não pode qualificar, nesses termos, manifestamente desproporcionada a sanção aplicada).

Na Sentença de 18 de Outubro de 2001, T-333/99, o juiz comunitário detém-se na análise da arguição pelo recorrente do carácter desproporcionado do processo disciplinar. Esta desproporção fica a dever-se, na alegação do recorrente à falta de actuação “eficaz e preventiva”, no caso concreto, pela “administração do BCE, que deveria ter dado instruções de trabalho claras, acompanhadas, se necessário, de uma advertência”. O Tribunal, não obstante destacar que “a eventual negligência dos superiores do recorrente não pode justificar as faltas deste último, que continua responsável pelos seus actos”, não deixou de avaliar, ajuizando no caso não ser de censurar, a actuação do BCE - Sentença do Tribunal de Primeira Instância, de 18 de Outubro de 2001, T - 333/99, pontos 228 a 234.

<sup>2348</sup>. Sentença do Tribunal de Primeira Instância, de 18 de Outubro de 2001, T-333/99, ponto 221.

A desproporção da sanção é uma noção introduzido pelo Acórdão do TJ de 4 de Fevereiro de 1970, processo n.º 13/69 (segundo notícia Pedro de Miguel Garcia). Comporta a “possibilidade de um certo controlo do poder de apreciação da Autoridade investida do poder de nomeação no momento de escolha da sanção apropriada”. A natureza do mesmo não se confunde, nem com o erro manifesto, nem com o desvio de poder (“Le régime disciplinaire dans la fonction publique des Communautés européennes”, cit., p. 297).

Como na jurisprudência administrativa nacional, o desvio de poder revela-se pouco operativo: “segundo jurisprudência [comunitária], só se presume a existência de desvio de poder quando existam provas suficientes de que, ao adoptar o acto em causa, a entidade investida do poder de nomeação prosseguiu um fim diferente do legal” - Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção), de 12 de Setembro, processo T-259/97, in [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int) (p. 13). Ver, também, Pedro de Miguel Garcia, “Le régime disciplinaire dans la fonction publique des Communautés européennes”, cit. p. 297 (O “poder de apreciação” da “autoridade investida do poder de nomeação” na determinação da sanção é jurisdicionalmente controlado à luz do princípio da proporcionalidade e não apenas, como num primeiro momento, por erro manifesto de apreciação e desvio de poder).

<sup>2349</sup>. Considerando 108 do Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção), de 12 de Setembro, processo T-259/97, p. 13.

fornecer ao interessado as indicações necessárias para saber se a decisão é fundada”<sup>2350</sup>.

- e) Uma mesma infracção não pode dar origem a mais que uma sanção disciplinar. Independentemente de previsão normativa, é considerado um princípio geral de direito comunitário<sup>2351</sup>.
- f) É afirmada o “princípio da independência da sanção disciplinar relativamente aos demais processos administrativos”<sup>2352</sup>. Existindo, no entanto, processo penal pendente sobre os mesmos factos, a tomada de decisão disciplinar definitiva aguardará que seja proferida a respectiva decisão judicial pelo órgão jurisdicional competente<sup>2353</sup>. A “jurisprudência comunitária admite o recurso, pelas autoridades disciplinares, aos conceitos de direito penal para definir e eventualmente tipificar os factos submetidos à sua apreciação”, sem, no entanto, as obrigar “a interpretar os conceitos utilizados nas suas decisões à luz do sentido habitualmente dado a esses conceitos no direito penal dos Estados-Membros”<sup>2354</sup>.
- g) Constitui igualmente um princípio fundamental do Direito disciplinar o princípio “*audi alteram partem*” e do respeito dos direitos de defesa<sup>2355</sup>, o que importa, designadamente, que ao funcionário acusado sejam dados a conhecer todos os factos

---

<sup>2350</sup>. Considerando 110 do Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção), de 12 de Setembro, processo T-259/97, in [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int) (p. 13).

<sup>2351</sup>. Ver artigo 86.º, n.º 3, do “Estatuto dos Funcionários ...” e artigo 9.º, n.º 3, do Anexo IX ao mesmo Estatuto e Sentença do Tribunal de Primeira Instância, de 18 de Outubro de 2001, T - 333/99, ponto 149, p. 26, e Acórdão do TJCE (primeira secção), de 15 de Março de 1967 (pp. 1 e 4), processos 18 e 35-65.

<sup>2352</sup>. Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades, de 2 de Junho de 1994, *Henri de Compté contra Parlamento Europeu* (“Recurso de Acórdão do Tribunal de Primeira Instância - Funcionário - Regime Disciplinar - Sanção de Retrogradação”), Processo n.º C-326/91, pp. 2 e 4 (in <http://curia.europa.eu>).

<sup>2353</sup>. Cfr. artigo 7.º do Anexo IX ao “Estatuto ...”, Sentença do Tribunal de Primeira Instância, de 18 de Outubro de 2001, T-333/99, p. 4, e Acórdão do TJ de 18 de Novembro de 1999, C-191/98, considerando 17 a 24 (de onde resulta que cabe ao trabalhador arguido o ónus de fornecer à “autoridade investida do poder de nomeação” os elementos necessários à verificação da existência de processo penal relativo aos mesmos factos).

<sup>2354</sup>. Cfr. considerando 57 do Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Setembro de 2000, processo T-259/97 (p. 9), in <http://www.curia.europa.eu>.

<sup>2355</sup>. Sentença do Tribunal de Primeira Instância, de 18 de Outubro de 2001, T - 333/99, p. 83.

em que se apoie a acusação e, bem assim, assegurado que disponha de tempo suficiente para a contestar<sup>2356</sup>.

O apuramento de infracção disciplinar e a aplicação da correspondente sanção assenta num procedimento, que mediatiza o exercício do poder disciplinar e é um instrumento de defesa do trabalhador visado e de formação de uma justa decisão disciplinar<sup>2357</sup>. Nesta perspectiva, destacam-se os seguintes aspectos<sup>2358</sup>:

- a) O funcionário que surja referenciado em averiguações ou inquérito prévio é ouvido pela “entidade competente para proceder à nomeação” antes de ser tomada a decisão de iniciar procedimento disciplinar, para aferir, face aos factos existentes imputáveis ao trabalhador e às explicações por ele fornecidas, “formar a sua opinião quanto à oportunidade de submeter o caso ao conselho de disciplina para eventual aplicação de uma sanção disciplinar”<sup>2359</sup>, sendo encarado o procedimento disciplinar como “último recurso”<sup>2360</sup>.
- b) As sanções disciplinares de advertência escrita e de repreensão, aplicadas sem consulta do Conselho de Disciplina, são precedidas da audição do funcionário acusado.
- c) Não sendo este o caso, a tramitação do procedimento disciplinar inicia-se com a apresentação, pela “entidade competente para proceder a nomeação”, de um

---

<sup>2356</sup>. Acórdão do TJCE de 29 de Janeiro de 1985, Processo n.º 228/83, pp. 1, 9 e 10. “[N]enhum agente seja aplicada uma sanção disciplinar sem, previamente, lhe ter sido dada a possibilidade de responder às acusações”, para tanto delas devendo ser devidamente informado e dispor de um prazo razoável para preparar a sua defesa. Cfr. artigo 87.º do “Estatuto ...” (versão anterior à do “Regulamento (CE), Euratom) n.º 723/2004, do Conselho, de 22 de Março de 2004, que altera o Estatuto dos Funcionários das Comunidades Europeias e o Regime aplicável aos outros agentes das Comunidades Europeias”) e artigo 11.º do Anexo IX ao “Estatuto ...”, considerado na versão do mesmo resultante, e Sentença do Tribunal de Primeira Instância, de 18 de Outubro de 2001, T-333/99, pontos 176 e 177, in [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

<sup>2357</sup>. Num sentido próximo, ver Pedro de Miguel Garcia, “Le régime disciplinaire dans la fonction publique des Communautés européennes”, cit. p. 282.

<sup>2358</sup>. Cfr. artigos 2.º e 12.º a 17.º do Anexo IX ao “Estatuto ...”.

<sup>2359</sup>. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção), de 12 de Setembro de 2000, Processo T-259/97 (p. 9, in [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)). Ver, também, artigo 87.º, § 2, do “Estatuto ...” (versão anterior à do “Regulamento (CE), Euratom) n.º 723/2004, do Conselho, de 22 de Março de 2004, que altera o Estatuto dos Funcionários das Comunidades Europeias e o Regime aplicável aos outros agentes das Comunidades Europeias”) e artigos 3.º e 4.º do Anexo IX ao “Estatuto ...”, considerado na versão do mesmo resultante.

<sup>2360</sup>. Assim, argumenta a “entidade recorrida” no Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção), de 12 de Setembro de 2000, Processo T-259/97 (p. 12, in [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)).

relatório acusatório, ao Conselho de Disciplina<sup>2361</sup>, relatório que é levado, também, ao conhecimento do funcionário acusado<sup>2362</sup>, o qual “tem o direito de conhecer integralmente o seu processo individual e de tirar cópias de todos os documentos relevantes do processo, incluindo dos elementos de prova que lhe sejam favoráveis”, dispondo de um prazo determinado para apresentar a sua defesa.

- d) O reconhecimento da infracção sem reservas, pelo funcionário, observado certo formalismo, põe termo ao procedimento, caso em que a punição não pode implicar a aplicação das sanções mais gravosas.
- e) Não se verificando esta hipótese, o funcionário será ouvido pelo Conselho de Disciplina, perante o qual pode apresentar as suas observações, escritas ou orais, e realizar prova.
- f) Se o Conselho de Disciplina considerar que os factos não estão suficientemente esclarecidos abre um período de instrução contraditória, podendo solicitar às partes a junção de documentos<sup>2363</sup>.
- g) O trabalhador tem o direito de se fazer assistir por advogado em qualquer momento, antes ou depois de iniciado o procedimento, perante a “autoridade investida do poder de nomeação” e perante o Conselho de disciplina<sup>2364</sup>.

---

<sup>2361</sup>. Em cada instituição existe um Conselho de Disciplina. Têm uma composição mista (com representantes do empregador e dos trabalhadores) e deve incluir pelo menos um membro exterior à instituição. A concreta composição por procedimento disciplinar é apurada a partir do sorteio de dois dos seus membros, realizado, na presença do interessado, com base em duas listas, nos “dez dias seguintes à notificação do relatório em que se baseia a decisão de iniciar o processo disciplinar”. Cfr. artigo 9.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, do “Estatuto ...” e artigos 5.º e 6.º do Anexo IX ao “Estatuto ...”.

<sup>2362</sup>. Várias questões são levantadas em relação aos procedimentos em que há lugar à intervenção do Conselho de disciplina: i) se uma vez ouvido no inquérito ou processo de averiguações tem de ser ouvido novamente no caso em que a “autoridade investida do poder de nomeação” decide desencadear a intervenção do conselho de disciplina; se o relatório acusatório deve conter a sanção que a “autoridade investida do poder de nomeação” configura; e se a mesma autoridade pode delegar a competência para ouvir o trabalhador (Pedro de Miguel Garcia, “Le régime disciplinaire dans la fonction publique des Communautés européennes”, cit. p. 285).

<sup>2363</sup>. Os documentos só podem ser considerados como meios de prova, se o trabalhador arguido tiver a “possibilidade de tomar posição sobre qualquer documento que a instituição pretenda utilizar contra ele”. No entanto, é, no entanto, também ponderada a relevância dos documentos não conhecidos para a prova da infracção, isto é, indagado se a acusação formulada só o poderia ter sido através de tais documentos, se poderia ter influído no “desenvolvimento do processo e no conteúdo da decisão recorrida” (considerandos 34 e 35 do Acórdão do TJ de 18 de Novembro de 1999, processo C-191/98).

<sup>2364</sup>. Pedro de Miguel Garcia, “Le régime disciplinaire dans la fonction publique des Communautés

- h) No procedimento perante o Conselho de disciplina, o representante da instituição empregadora e o funcionário acusado dispõem de “direitos idênticos”<sup>2365</sup>, na perspectiva do respeito da igualdade das partes no procedimento<sup>2366</sup>, de que é expressão o direito do trabalhador contraditar, por si ou através de advogado, contraditar as testemunhas do empregador<sup>2367</sup>.
- i) O Conselho de Disciplina intervém na instrução do procedimento disciplinar e emite, no seu termo, um parecer, com uma proposta de decisão<sup>2368</sup>. É admitida a possibilidade de recurso contra o parecer, atento o procedimento instrutório que aquele órgão conduz, com “plena independência”, e a influência que tem sobre a decisão<sup>2369</sup>.
- j) A “Autoridade investida do poder disciplinar” deve ouvir o funcionário sobre o parecer do Conselho de disciplina, audição rodeada de idênticas garantias às das duas audições procedimentais anteriores e que “constitui uma condição ‘sine qua non’ da decisão definitiva” daquela entidade<sup>2370</sup>.
- k) O órgão administrativo com competência disciplinar (“autoridade com competência para nomear”) tem de fundamentar a respectiva decisão, precisando os factos concretos censurados e as razões que o levaram a escolher determinada sanção; pode aplicar sanção mais gravosa do que a que lhe seja proposta, fundamentando o afastamento do parecer do Conselho de Disciplina<sup>2371</sup>.

---

européennes”, cit. p. 286.

<sup>2365</sup>. Cfr. artigo 16.º, n.º 2, do Anexo IX ao “Estatuto ...”.

<sup>2366</sup>. Considerando 65 do Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Setembro de 2000, processo T-259/97 (p. 9) e considerando 32 do Acórdão do TJ de 18 de Novembro de 1999, C-191/98 (p. 5).

<sup>2367</sup>. O contra-interrogatório é perspectivado como garantia da igualdade das partes no processo (Pedro de Miguel Garcia, “Le régime disciplinaire dans la fonction publique des Communautés européennes”, cit. p. 291).

<sup>2368</sup>. Cfr. artigos 12.º a 19.º do Anexo IX ao “Estatuto ...”.

<sup>2369</sup>. Pedro de Miguel Garcia, “Le régime disciplinaire dans la fonction publique des Communautés européennes”, cit. p. 294.

<sup>2370</sup>. Pedro de Miguel Garcia, “Le régime disciplinaire dans la fonction publique des Communautés européennes”, cit. p. 296.

<sup>2371</sup>. Acórdão do TJ, de 20 de Novembro de 1997, processo n.º C-188/96 P, in <http://curia.europa.eu>, e Pedro de Miguel Garcia, “Le régime disciplinaire dans la fonction publique des Communautés européennes”, cit. p. 295.

Por apelo ao princípio do respeito dos direitos de defesa, a aplicação, em caso de infracção grave, da medida provisória ou cautelar de suspensão imediata do trabalhador, depende da sua audição, previamente ou, ocorrendo “circunstâncias particulares”, que a tornem “impossível na prática, ou incompatível com o interesse público”, após a decisão de suspensão, “no prazo mais curto”<sup>2372</sup>. A condição para a suspensão é a de que ao trabalhador “seja imputável uma falta grave”, gravidade que tem que ser fundamentada, sem que, não obstante, a “autoridade investida do poder de nomeação” tenha que “precisar os motivos que impunham a suspensão imediata do interessado nem *a fortiori* ao Tribunal verificar a existência desses motivos e a sua procedência”<sup>2373</sup>.

A suspensão pode implicar a retenção, que é temporária, de parte, variável dentro de certo limite, da remuneração do trabalhador, a qual lhe será reembolsada se a sanção não for superior à advertência por escrito, repreensão ou suspensão de subida de escalão por um período determinado<sup>2374</sup>.

Não obstante a ausência de previsão de prazos peremptórios intermédios e para o termo do procedimento disciplinar, existe controlo jurisdicional da duração do procedimento disciplinar à luz do princípio do prazo razoável<sup>2375</sup>. De acordo com jurisprudência constante, os prazos do procedimento disciplinar “não são peremptórios mas enunciam uma regra de boa administração que impõe à instituição que conduza com diligência o procedimento disciplinar e que actue de modo a que cada acto processual siga num prazo razoável o que o precede”, considerando, sobretudo, o “tempo decorrido entre um acto processual e o seguinte”, “independentemente da duração total do processo [disciplinar]”<sup>2376</sup>. O desrespeito de tais prazos pode ser gerador de responsabilidade civil da instituição pelos danos, morais ou não, causados ao funcionário<sup>2377</sup>.

---

<sup>2372</sup>. Sentença do Tribunal de Primeira Instância, de 18 de Outubro de 2001, T-333/99, ponto 183, pp. 31 e 4, e artigo 23.º do Anexo IX ao “Estatuto ...”.

<sup>2373</sup>. Cfr. considerandos 28 e 29 do Acórdão do TJCE de 6 de Março de 2001, processo n.º C-273/99 P (<http://curia.europa.eu>).

<sup>2374</sup>. Cfr. artigo 24.º do Anexo IX ao “Estatuto...” e, em sentido próximo, o artigo 44.º das condições de trabalho contidas nas Staff Rules adoptadas pela Comissão Executiva do banco Central Europeu - Sentença do Tribunal de Primeira Instância, de 18 de Outubro de 2001, T-333/99, p. 4.

<sup>2375</sup>. Frédéric Laurie, “Faut-il mettre fin à l’imprescriptibilité des poursuites disciplinaires dans la fonction publique?”, in *Actualité Juridique de Droit Administratif*, n.º 22/2002, p. 1392.

<sup>2376</sup>. Cf. igualmente o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção), de 12 de Setembro de

A interposição de recurso jurisdicional não tem carácter suspensivo, sem prejuízo de, ponderado o *fumus bonis juris* e o carácter urgente, o juiz a ordenar ou fixar uma “outra medida provisória”<sup>2378</sup>.

O decurso variável do tempo sobre a data da punição pode levar, salvo no caso da sanção disciplinar de demissão, à eliminação do registo disciplinar da punição<sup>2379</sup>.

O funcionário visado em inquérito administrativo contra o qual não venha a ser instaurado procedimento disciplinar e o funcionário que não seja punido tem direito a “requerer a reparação do prejuízo sofrido, através da publicidade adequada” da respectiva decisão<sup>2380</sup>.

Sobre a natureza do procedimento disciplinar, o entendimento, na jurisprudência comunitária, é o de que “o processo disciplinar não é judiciário, mas administrativo”, sem que a administração possa ser “qualificada de «tribunal» na acepção do artigo 6.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”<sup>2381</sup>. Não obstante, para o Tribunal de Justiça, “aplicação do artigo 6.º, § 1, daquela Convenção, não está limitada somente aos processos jurisdicionais, sendo susceptível de ser estendida aos procedimentos administrativos, designadamente, disciplinares”<sup>2382</sup>.

---

2000, Processo T-259/97 (p. 15), Acórdão do TJCE de 2 de Junho de 1994, Processo n.º 326/91 (p. 2 e 6), Acórdão do TJCE de 29 de Janeiro de 1985, Processo n.º 228/83 (pp. 1 e 12), in [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

<sup>2377</sup>. Considerando 114 do Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção), de 12 de Setembro de 2000, Processo T-259/97, p. 15.

Danos como depressões, perda de oportunidades de promoção e de transferência.

<sup>2378</sup>. Pedro de Miguel Garcia, “Le régime disciplinaire dans la fonction publique des Communautés européennes”, cit. p. 297.

<sup>2379</sup>. Cfr. artigo 27.º do Anexo IX ao “Estatuto...” e Pedro de Miguel Garcia, “Le régime disciplinaire dans la fonction publique des Communautés européennes”, cit. pp. 296 e 297.

<sup>2380</sup>. Cfr. artigo 29.º do Anexo IX ao “Estatuto...”.

<sup>2381</sup>. Sentença do Tribunal de Primeira Instância, de 18 de Outubro de 2001, T - 333/99, ponto 162, p. 27.

No sentido diferente, ver Pedro de Miguel Garcia (“Le régime disciplinaire dans la fonction publique des Communautés européennes”, cit. p. 283), para o qual o “exercício da função disciplinar”, no quadro do Direito da função pública comunitária, “constitui uma actividade de natureza jurisdicional que, como tal, poderia ser atribuída aos juízes, e que, em qualquer caso, deve ter em conta certos princípios do Direito penal, como a presunção de inocência, a exigência de audição prévia, o debate contraditório ou a assistência por advogado”.

<sup>2382</sup>. Frédéric Laurie, “Faut-il mettre fin à l’imprescriptibilité des poursuites disciplinaires dans la fonction publique?”, in *Actualité Juridique de Droit Administratif*, n.º 22/2002, p. 1392.



## **Secção II – O Direito disciplinar da função pública**

### **Subsecção IV – Características da responsabilidade disciplinar**

1. Características da responsabilidade disciplinar

## **Subsecção IV – Características da responsabilidade disciplinar**

### **1. Notas distintivas da responsabilidade disciplinar**

A responsabilidade disciplinar na função pública pressupõe, segundo certa concepção, “a prática de actos lesivos de uma especial relação de confiança e de deveres de conteúdo funcional ou profissional no interior e dentro dos limites de uma relação (pública ou privada) de trabalho”<sup>2383</sup>. Ainda segundo a mesma, a “responsabilidade por factos funcionais, que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos de terceiros (responsabilidade que, numa perspectiva de projecção, se pode designar como externa), pode, pois, ser civil ou criminal”<sup>2384</sup>, posicionando-se, ao invés, a responsabilidade disciplinar “no interior da própria relação funcional, no plano das relações internas Estado-funcionário”<sup>2385</sup>.

Outra caracterização crê-se ser mais fiel da responsabilidade disciplinar, que enunciamos pelas seguintes notas:

- a) A responsabilidade disciplinar é obrigacional, na medida em que assenta na violação dos deveres e obrigações inerentes à relação jurídica de emprego.
- b) É uma responsabilidade para com o empregador público e não uma responsabilidade efectivável perante a comunidade ou terceiros cujos direitos, interesses ou bens o trabalhador lese ou afecte.
- c) É uma responsabilidade externa, porque coloca em confronto dois sujeitos de direito numa relação jurídica, a relação jurídica de emprego público.
- d) Funciona nos limites da relação jurídica de emprego público, estabelecida entre as partes.
- e) As partes assumem direitos e obrigações mútuas e/ou contrapostas.

---

<sup>2383</sup>. Parecer n.º 14/2000, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, PGRP00001237, Parecer n.º P000142000, n.º do documento PPA20010531001400, de 31 de Maio de 2001, p. 16, in <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/>.

<sup>2384</sup>. PGRP00001237, Parecer n.º P000142000, n.º do documento PPA20010531001400, de 31 de Maio de 2001, p. 17.

<sup>2385</sup>. PGRP00001237, Parecer n.º P000142000, n.º do documento PPA20010531001400, de 31 de Maio de 2001, p. 18.

- f) Na relação jurídica de emprego público, o trabalhador responde pelos deveres e obrigações funcionais a que se vinculou.
- g) É fundamentalmente uma responsabilidade sancionatória.
- h) Não tem uma dimensão reintegratória. A responsabilidade disciplinar demarca-se da responsabilidade civil do trabalhador da Administração Pública – com a qual tem de comum o seu carácter funcional, isto é, justificada pelo exercício de funções<sup>2386</sup> –, dado o carácter reparatório ou indemnizatório desta, centrada na delimitação dos prejuízos infligidos a outrem em função da imputação de danos segundo um nexo de causalidade e que, mesmo quando assente em facto ilícito e culposos, relativiza ou mediatiza a responsabilidade pessoal do trabalhador ou de certas categorias de trabalhadores<sup>2387</sup>.
- i) Diversamente acontece da responsabilidade civil, onde, a par da responsabilidade subjectiva, tem cada vez mais expressão a responsabilidade civil objectiva, com cedência da exigência de culpa e ou de ilicitude.
- j) A responsabilidade disciplinar do trabalhador numa relação jurídica de emprego é a situação profissional em que se coloca o trabalhador que inobserva os deveres e as obrigações funcionais que o vinculam nos termos daquela.
- k) A disciplina na relação jurídica de emprego público apela a uma deverosidade prestacional, comportamental e organizacional, todas ordenadas ao cumprimento do crédito da prestação laboral «contratada» pelo empregador público, tomado aquele na sua complexidade intra-obrigacional.
- l) Não se confunde com a responsabilidade penal, que efectiva a repressão de condutas nas quais prima a afectação de interesses ou valores fundamentais da vida social. Há uma subsidiariedade no Direito penal que não existe no Direito disciplinar.

---

<sup>2386</sup>. Alvar Nelson, “From King’s men to public employees (Notes on the development of legal consequences of offences or misconduct by Swedish civil servants)”, in *Liber amicorum* Raymond Screvens, L’Interdiction professionnelle en Droit Comparém Editions Nemesis, Bruxelles, 1986, p. 375.

<sup>2387</sup>. Serge Salon e Jean Charles Savignac, *Fonction Publique, Agents de l’État, des Collectivités Locales et des Grands Services Publics*, cit., pp. 211 a 216, e John Alder, *Constitutional and Administrative Law*, Mcmillan Professional Masters, 1989, pp. 46 e 47 (que demonstra que o entendimento de Dicey segundo o qual, em matéria de responsabilidade, “era essencial para a nossa liberdade que os funcionários não dispusessem de especial protecção só porque eram funcionários”, é inadequado atenta a conformação administrativa do Estado social e pós-social).

Acresce que a finalidade de prevenção especial das sanções penais e o reacondicionamento do fim retributivo pela inevitável reinserção social do indivíduo não estão presentes nas sanções disciplinares.

- m) Os interesses jurídico-disciplinares na relação de emprego público são os interesses dos respectivos sujeitos: de um lado, o interesse do empregador público na prestação de trabalho em função dos interesses públicos cuja prossecução tem a seu cargo; do outro lado, o interesse do trabalhador num adequado exercício do poder disciplinar, que acautele os seus direitos e garantias na relação jurídica de emprego.
- n) O regime disciplinar constitui uma importante dimensão da garantia da estabilidade do emprego. É correlativo ao carácter mais ou menos flexível do quadro jurídico da cessação da relação jurídica no emprego público: quanto maior a possibilidade de fazer cessar a relação jurídica de emprego menor tende a ser a importância do regime disciplinar<sup>2388</sup>.
- o) A cessação por causas objectivas da relação jurídica de emprego não depõe contra a existência de um poder disciplinar garantístico.
- p) A aproximação da responsabilidade disciplinar na função pública à responsabilidade de direito laboral privado tem o objectivo de acentuar a dimensão de resultado da prestação laboral no emprego público, em função da efectiva prestação de serviço público às pessoas, e da autonomia do trabalhador na obtenção desse resultado.
- q) A laboralização é também garantística, porque o controlo jurisdicional do exercício do poder disciplinar é de plena jurisdição no Direito do trabalho, a que não é alheia a tendência para acentuar o carácter pleno do contencioso administrativo ((relembre-se o caso alemão, em que as sanções disciplinares que contêm com a cessação da relação laboral depende de acção judicial a interpor pela entidade empregadora junto da jurisdição administrativa).
- r) A heteronomia dos interesses, dos recursos e dos fins – fixados pela lei – distingue estruturalmente o empregador público do empregador privado, o que se reflecte no

---

<sup>2388</sup> . François Gazier, *La Fonction Publique dans le Monde*, Bibliothèque de L' Institut International d' Administration Publique, 1972, p. 167.

---

respectivo exercício do poder disciplinar (v.g., no princípio do inquisitório na instrução do procedimento disciplinar).

## **CONCLUSÕES**

### **Secção II**

#### **O Direito disciplinar da função pública**

##### **Subsecção I – O conceito de função pública e a relação jurídica de emprego público**

1. Na regulação das relações de trabalho na Administração Pública confluem o Direito Administrativo e o Direito do Trabalho, este convocado e delimitado pelo primeiro, no quadro da Constituição.
2. A função pública abrange todos os trabalhadores da Administração Pública, ou seja, aqueles que se vinculam para com uma pessoa colectiva pública a exercer uma actividade sob a autoridade e direcção dos respectivos órgãos, independentemente da natureza jurídico-administrativa ou jurídico-privada do vínculo laboral e do respectivo regime jurídico, sem prejuízo de um mínimo denominador comum de regime jus-publicista (função pública em sentido amplo).
3. Excluídos deste conceito, no sentido exposto, ficam os titulares de cargos políticos, os titulares de cargos públicos, que os exerçam de forma não heterodeterminada e aqueles que exercem actividades prestativas não laborais na Administração Pública.
4. Excluídos ficam também os trabalhadores vinculados a um empregador privado investido no exercício privado de funções públicas.
5. A função pública em sentido estrito abrange os trabalhadores cujas relações de trabalho estabelecidas com uma pessoa colectiva pública são tituladas por vínculos jurídico-administrativos e disciplinadas por um regime correspondente.
6. Existe uma garantia institucional de função pública, no sentido em que da Constituição decorre o imperativo de um mínimo denominador comum de regime jus-publicista para todas as relações de trabalho da Administração Pública, constituído pelos princípios e garantias do artigo 269.º, pelo direito de acesso à função pública, e pela vinculação dos trabalhadores, no exercício das suas funções, aos princípios enunciados no artigo 266.º.
7. Impõe-se ao legislador na conformação legislativa do regime das respectivas relações de trabalho, independentemente da opção pelo modelo laboral privado ou pelo modelo

laboral administrativo.

8. Constitui um “núcleo de princípios estruturantes” (Klaus Stern), a respeitar pelo legislador, pela Administração, pelos tribunais e pelo contraente público nos instrumentos de regulamentação colectiva.
9. O exercício de certas tarefas ou actividades administrativas tem de ser assegurado por indivíduos cujas relações de trabalho são disciplinadas por um específico regime jurídico de Direito administrativo, ou seja, existe uma reserva de direito laboral administrativo.
10. O regime português de função pública desenha-se, em parte significativa, segundo o sistema de carreira, que aplica de forma mitigada, e noutra parte, segundo o sistema de emprego, igualmente mitigado.
11. O contrato de trabalho é um dos vínculos jurídicos da relação jurídica de emprego público, a par da nomeação e do contrato administrativo de provimento.
12. A privatização ou laborização das relações de trabalho na Administração Pública não as desidentifica como relações jurídicas de emprego público.
13. As vinculações jurídico-públicas não afastam a natureza privada da relação de trabalho titulada por contrato individual de trabalho.
14. A aplicação concomitante de normas jurídico-públicas e de normas jurídico-privadas não dilui a distinção entre o Direito Administrativo do emprego público e o Direito do Trabalho do emprego privado.
15. O contrato de trabalho a termo, de natureza privada, titula o exercício temporalmente limitado de actividade relativa a necessidades transitórias “dos serviços”, segundo o regime jus-laboral com qualificações jus-administrativistas.
16. O contrato administrativo de provimento titula o exercício subordinado transitório e segundo um regime jus-administrativo de certas funções públicas. De acordo com o seu figurino legislativo inicial, reporta-se ao exercício, com tendencial carácter preparatório, de funções identificadas pela sua especificidade e/ou especial exigência do ponto de vista da idoneidade funcional e/ou pessoal requerida ao trabalhador.
17. Os acordos de actividade ocupacional, os contratos de formação ou de estágio formativo e os contratos de prestação de serviço, actividades prestativas não laborais,

não titulam nem geram relações de trabalho subordinado na Administração Pública e não sujeitam, em princípio, os respectivos indivíduos a responsabilidade disciplinar pelo incumprimento dos deveres e obrigações a que estejam vinculados.

### **Subsecção II – Resenha histórica do Direito disciplinar da função pública portuguesa**

1. As Ordenações Afonsinas dispõem sobre o cumprimento dos deveres de ofício por parte dos funcionários do rei.
2. A inobservância de tais deveres implicava a aplicação gradativa de sanções, visando punir e prevenir nova actuação disciplinar censurável.
3. No caso em que o funcionário, admoestado em privado e em público, reiterasse o não cumprimento de deveres de ofício, o Rei podia por termo à relação de serviço ou aplicar-lhe, segundo o grau de culpa, a sanção que entendesse por adequada.
4. O bom cumprimento dos deveres deveria ser noticiado ao Rei, prevendo-se que este lhe atribuisse louvores e honras, em privado ou de forma pública.
5. A sanção deveria ser proporcionada à violação dos deveres (dar “pena segundo o erro, que fizer”).
6. Definia formas de controlo, por funcionários do rei, do cumprimento dos deveres por parte de outros seus funcionários e mesmo da Administração local.
7. Nas Ordenações Manuelinas, destacam-se: i) a previsão da perda de ofício pela inobservância das disposições relativas ao provimento e ao exercício de funções, nalguns casos com o efeito de não mais poder voltar a esse e a outros ofícios públicos; ii) a possibilidade da aplicação, para além das penas de multa, suspensão e degredo, de qualquer outra, não prevista, que o Rei entendesse; iii) entre os deveres funcionais contavam-se o dever de zelo e o dever de isenção e imparcialidade.
8. Os oficiais do rei gozavam de uma espécie de garantia administrativa - “não podiam ser citados, nem acusados, nem demandados perante nenhuns juizes, por nenhum feito civil, nem crime; salvo perante o Corregedor da... Corte” do Rei<sup>2389</sup> – e de uma série de “privilégios, graças, e mercês, e liberdades”, que o rei especificava nas suas ordenações e advertia para a necessidade de serem “guardadas” e respeitadas.

---

<sup>2389</sup>. Cfr. “título XLIII” do Livro II das “Ordenações do Senhor Rei D. Manuel”, cit., p. 219 e p. 222.



9. Nas Ordenações Filipinas, destacam-se: i) a previsão da perda de ofício no caso de falta ao cumprimento das respectivas obrigações e no caso de falta de “confiança régia”; ii) a referência à suficiência da correspondente prova profunctória; iii) a possibilidade de suspensão antes mesmo de «culpa formada»; iv) a relevância dos crimes cometidos fora do ofício; v) a admissão de ser usado diferente critério disciplinar em função da “qualidade do acusador e do acusado”.
10. Tal como as anteriores, regulado o exercício de actividades outras para além do ofício público.
11. No quadro de uma concepção monárquica centralizadora do poder e estruturadora do Estado, no curso do século XVII e, principalmente, no Século XVIII, procurou-se constituir um corpo regulado e regular de funcionários públicos, sujeito a uma disciplina específica.
12. No constitucionalismo português, todas as nossas Constituições dedicaram normas ao emprego público, destacando, assim, a sua importância na organização do Estado e na concretização do quadro valorativo constitucional.
  - 12.1. Afirmaram o princípio (e o direito) de igual de acesso à função pública.
  - 12.2. Estabeleceram normas de competência, reservando a definição legislativa (fundamental) ao parlamento e cometendo as competências de administração e gestão ao poder executivo
  - 12.3. Transversal às sucessivas constituições foi a afirmação de um princípio de responsabilidade.
13. Introduzida a garantia administrativa em 1835, o seu âmbito subjectivo de aplicação foi-se alargando.
14. Nos finais da monarquia constitucional, a responsabilidade disciplinar era referenciada como “um dos elementos constitutivos da autoridade hierárquica” (Guimarães Pedrosa).
15. Eram devidos o exercício procedimentalizado da acção disciplinar, a garantia do direito de defesa do funcionário, com destaque para o direito de ser ouvido, sob pena de “grave abuso de poder”, dispondo ainda o funcionário da possibilidade de recurso gracioso e, nalguns casos, de recurso contencioso. O regime jurídico disciplinar constava do Código Administrativo e de “leis especiais reguladoras dos serviços”.

16. Data de 22 de Fevereiro de 1913, o primeiro “Regulamento disciplinar dos funcionários civis”.

O Regulamento disciplinar de 1913:

- a) acolhe de forma imperfeita o princípio da legalidade;
- b) não referencia a culpa como um elemento da infracção e punição disciplinar;
- c) adopta um conceito amplo de infracção disciplinar, abrangendo, quer a violação dos deveres;
- d) não fixa prazos de prescrição;
- e) estabelece a obrigatoriedade de realização de procedimento disciplinar, mas as garantias de audiência e defesa variam em função da sanção aplicável,
- f) a separação entre entidade com competência para instaurar processo disciplinar, para o instruir e para o decidir não é legalmente exigida;
- g) não veda em termos absolutos a aplicação de duas sanções pela prática de uma infracção disciplinar;

16. Na segunda República, vigorou, fundamentalmente, o “Estatuto Disciplinar dos Funcionários Civis do Estado”, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 32 659, de 9 de Fevereiro de 1943.

17. O trabalho na Administração Pública era concebida como uma especial relação de serviço, que valoriza em particular os deveres de lealdade, dedicação, obediência hierárquica.

18. Neste, destacam-se os seguintes aspectos: i) acentua o exercício hierarquizado do poder disciplinar, acompanhada da extinção dos conselhos de disciplina; ii) caracteriza a infracção disciplinar como a violação voluntária dos deveres “gerais ou especiais decorrentes da função” e dos “deveres dos cidadãos impostos pela lei ou pela moral social”, o que incluía deveres de conduta na vida privada e de específica lealdade funcional e política e dedicação ao serviço; iii) a sujeição das infracções e sanções disciplinares ao princípio da legalidade é reforçada; iv) consagra o princípio *non bis in idem*; v) introduz a figura da prescrição do “direito de exigir a responsabilidade disciplinar”, mantendo-se quanto a algumas das infracções passíveis das sanções de aposentação compulsiva e de demissão a imprescritibilidade; vi) e as garantias

disciplinares variam em função da gravidade das sanções aplicáveis e não pressuponham sequer em todos os casos a realização de audiência prévia, garantia que a jurisprudência foi estendendo ou reforçando.

19. O Código Administrativo, de 1940, regulava o exercício do poder disciplinar na Administração local. No seu regime, são de sublinhar os seguintes aspectos: i) a imprescritibilidade das infracções, susceptíveis de determinarem a aplicação das sanções de aposentação compulsiva e demissão, relativas à violação das regras de provimento dos empregos públicos, ao segredo profissional e à preservação dos dinheiros públicos; ii) a exclusão da relevância de qualquer atenuante uma vez verificada circunstância agravante, consequenciando igualmente esta a aplicação do “máximo da pena correspondente à infracção mais grave a castigar”; iii) a dispensa da fase instrutória quando a infracção fosse noticiada por inspector administrativo ou de finanças, nas “suas visitas de inspecção”, caso em que formularia deveria imediatamente formular acusação em separado ao relatório no qual descrevesse a infracção indiciada; iv) o carácter vinculado da acção disciplinar, enunciando o Código correlativos deveres específicos dirigidos aos superiores hierárquicos; v) a não obrigatoriedade de separação entre o instrutor e o órgão que decide da instauração de procedimento e/ou toma no mesmo a respectiva decisão final; vi) a fragilidade das garantias de defesa, resultante, designadamente, da referência à audiência do arguido como uma “concessão”, não obstante a cominação da sua falta com a nulidade insuprível, da curta duração do prazo de defesa, a previsão de eliminação da acusação dos factos que respeitassem ao superior hierárquico, seria desentranha, sendo tratada como queixa contra aquele.
20. O Estatuto Ultramarino, de 1956, comungava de princípios e regras semelhantes aos dos estatutos referidos, designadamente, quanto ao princípio da legalidade das infracções, das sanções, ao princípio *non bis in idem*, à valoração disciplinares de condutas exteriores ao exercício de funções, ao alcance do devido processo prévio e às garantias de audiência e defesa.
21. São de registar, em particular, os seguintes aspectos: i) a previsão de instrumentos de controlo oficioso do exercício do poder disciplinar, designadamente, da possibilidade de

recurso hierárquico pelo autor da respectiva decisão caso fosse modificada por órgãos intermédios da hierarquia; ii) independência limitada do instrutor no exercício das respectivas funções e possibilidade da instrução ser realizada pelo órgão decisor no caso de a infracção ser por si presenciada; iv) valorização da acusação como garantia do trabalhador arguido, cominando com a nulidade insuprível a falta ou a deficiente dedução de acusação e de notificação e prevendo o dever de o órgão decisor se abster de punir nestes casos; v) não obstante, eram insuficientes as garantias de defesa, sendo de destacar a possibilidade de rejeição de artigos da resposta se o respectivo articulado contivesse “matéria impertinente ou desnecessária”, de na decisão serem consideradas algumas circunstâncias agravantes não incluídas na acusação, a limitação do direito de recurso administrativo.

22. No período subsequente ao 25 de Abril de 1974, os funcionários e agentes podiam ser demitidos, mandados aposentar, suspensos ou transferidos, a título invocado de sanção, mas independentemente do “apuramento de quaisquer responsabilidades disciplinares, civis ou criminais”.
23. Fundavam-se na não idoneidade para o exercício das funções, por inadequação ao ao “novo regime democrático”, num juízo que abrangia factos passados.
24. Não pressupunham a necessária audiência prévia do visado, nalguns sequer procedimento prévio, e estavam sujeitas a avaliação permanente.
25. Em 1975, foi extinta a garantia administrativa.
26. A Constituição de 1976 afirmou a plena cidadania activa dos funcionários e demais agentes do Estado e das demais entidades públicas no exercício de direitos cívicos e políticos, o princípio da responsabilidade pessoal, civil, criminal e disciplinar, proibindo a garantia administrativa e os direitos de audiência e defesa em procedimento disciplinar.
27. Foi contemporaneamente afirmada a necessidade de um novo estatuto disciplinar, considerado o de 1943 em algumas das suas normas normas contrário à Constituição ou desactualizado face ao novo enquadramento jurídico do poder público.
28. O Estatuto de 1979 foi emanado como um estatuto transitório e de adaptação do anterior.

29. O Estatuto de 1984 segue de perto o Decreto-Lei n.º 191-D/79, de 25 de Junho, do qual “não constitui uma reformulação global, ficando a dever-se à preocupação de evitar a dispersão do regime disciplinar por legislação extravagante”, por força da sua revogação.
30. No essencial, aditou algumas novas infracções, agravou outras e alguns efeitos de algumas sanções, eliminando não obstante a transferência do elenco das infracções disciplinares.
31. Passou a integrar um capítulo dedicado aos “processos de inquérito, de sindicância e de meras averiguações”.
32. Aplica-se sem salvaguardas aos funcionários da Administração Local, sem prejuízo das regras de competência.
33. Na organização do procedimento disciplinar, há uma linha de continuidade desde o Regulamento disciplinar de 1913, sem prejuízo da respectiva evolução no sentido de uma maior garantia do trabalhador.
34. O Estatuto de 1984 é, hoje, o quadro legislativo de referência do Direito disciplinar da função pública, aplicável aos trabalhadores com vínculos jurídico-administrativos e aos titulares de órgãos administrativos.
35. O “PL 316/2007”, de 2007.06.12, não obstante a adopção do contrato de trabalho como vínculo jurídico comum das relações de trabalho na Administração Pública, define como directriz a revisão do Estatuto de 1984 e que este “será aplicável a todos os trabalhadores da Administração Pública, com um elenco de deveres comuns e as especificidades que pontualmente se justifiquem quanto aos procedimentos disciplinares e quanto às sanções aplicáveis em cada tipo de vínculo, derivadas da sua natureza”.

### **Subsecção III – O Direito disciplinar da função pública noutros ordenamentos jurídicos**

#### **Conclusões: França**

1. Desde o início do século XIX, que o exercício do poder disciplinar é objecto do «direito escrito».

2. É identificada como uma regra costumeira, no século XIX, a de não aplicar sanção disciplinar sem previamente ouvir o agente visado.
3. A jurisprudência teve, como em geral quanto ao Direito da função pública, um papel essencial na determinação das normas do regime disciplinar.
4. O Estatuto geral dos funcionários, de 1983, relativo aos seus direitos e obrigações, enuncia aqueles que são gerais e fundamentais.
5. As obrigações dos funcionários são, principalmente, de três tipos: i) a obrigação de realizar a prestação laboral para que foi recrutado; ii) a obrigação de reserva; iii) a obrigação de segredo e discrição profissional.
6. O Direito disciplinar da função pública não consagra o princípio da legalidade das infracções disciplinares, sendo reconhecido um amplo poder de apreciação, aos órgãos com competência disciplinar, dos factos susceptíveis de constituir infracção disciplinar, definida como a “violação às obrigações do funcionário impostas tendo em vista a boa marcha do serviço”<sup>2390</sup>.
7. Não está legalmente previsto prazo de prescrição para a instauração de procedimento disciplinar.
8. O funcionário contra o qual impende procedimento disciplinar tem, fundamentalmente, os seguintes direitos e/ou garantias: o direito à comunicação integral do dossier, o direito a dispor de tempo suficiente para conhecer o processo disciplinar e preparar a sua defesa, o direito de ser assistido por defensor da sua escolha, o direito a que não lhe seja aplicada sanção disciplinar sem ter sido consultado organismo funcionando como conselho de disciplina, no qual estejam representados os trabalhadores, o direito de ser ouvido pelo mesmo e de inquirir as testemunhas que perante sejam apresentadas, a garantia da fundamentação da decisão punitiva.
9. Tem vindo a ser equacionada a necessidade de estender ao Direito disciplinar da função pública o disposto no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e de Salvaguarda das Liberdades Fundamentais. De acordo com

---

<sup>2390</sup>. A expressão é de Serge Salon e Jean Charles Savignac, *supra*.

Emmanuel Aubin, “os conselhos de disciplina da função pública tornaram-se órgãos mais abertos obrigados a respeitar o princípio da audiência pública e de estatuir de função equitativa e imparcial”.

10. São princípios fundamentais do Direito disciplinar da função pública o princípio da defesa, o princípio da imparcialidade, o princípio da culpa, o princípio non bis in idem, o princípio de que, em sede de recurso administrativo, não possível o agravamento da sanção disciplinar, o princípio da proporcionalidade, o princípio da tipicidade das sanções disciplinares, o princípio da independência entre responsabilidade disciplinar e responsabilidade criminal.
11. O recurso contencioso de decisões disciplinares não depende de administração administrativa prévia.

### **Conclusões: Itália**

- a) A afirmação do direito de defesa nos procedimentos disciplinares precede a sua previsão legislativa, e localiza-se em decisões jurisprudenciais já de finais do século XIX, deduzido a partir de uma argumentação jusnaturalística.  
O Conselho de Estado, em particular, considerava que o direito de defesa não pode ser desatendido mesmo nas hipóteses despedimento *ad nutum*, por força dos “princípios fundamentais que tutelam a dignidade pessoal”.
- b) A relação jurídica de emprego público, originariamente, considerada de natureza privada e contratual, publicizou-se pela elaboração jurisprudencial de princípios gerais que a foram distanciando do “tronco comum da locazione delle opere” (Edoardo Ghera).
- c) A Itália iniciou um movimento geral de “privatização” das relações jurídicas de emprego público com a “legge di delegazione 23 ottobre 1992, n. 321”, que, primeiro, o “d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29” e depois o “d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80” e o “d.lgs. 29 ottobre 1998 n. 387”, “materializaram”.
- d) A “privatização” traduziu-se também na “contratualização” das respectivas relações jurídicas de emprego, pelo protagonismo dado à contratação colectiva como fonte do respectivo Direito e pela titulação contratual das mesmas.

- e) O regime jurídico aplicável é, parcialmente, o que rege as relações de trabalho do sector privado e, em grande medida, fruto da contratação colectiva.
- f) Os termos e os limites deste regime são objecto de enquadramento jus-publicístico.
- g) Entre as matérias objecto de contratação estão as da tipologia das infracções e das sanções disciplinares.
- h) Os deveres dos trabalhadores são definidos através de convenção colectiva e especificados num “código de comportamento”, aprovado através de circular do Departamento da Administração Pública, ouvidas as confederações sindicais representativas.
- i) O ilícito disciplinar é fundamentalmente concebido como incumprimento do contrato.
- j) O princípio da proporcionalidade como limite substantivo da validade da sanção disciplinar é redesenhado, segundo a lógica civilística, nomeado como uma concretização sectorial dos deveres de correcção e de boa fé.
- k) O dever de fundamentação da decisão punitiva decorre, não do dever geral de fundamentar os actos administrativos, mas existe na medida da previsão legal ou contratual que o exija. O empregador terá, no entanto, sempre o ónus de mostrar em tribunal a sustentabilidade factual, legal e contratual da sanção.
- l) O poder disciplinar é considerado como “poder gestor do dador de trabalho de tipo privatístico”.
- m) Os actos do procedimento disciplinar são tendencialmente qualificados materialmente como actos de natureza privada e não como actos administrativos, salvo do ponto de vista subjectivo.
- n) A preterição das “comissões disciplinares e similares”, em detrimento da intervenção “de um serviço no âmbito de cada administração pública”, é interpretado como uma escolha legislativa a favor de um procedimento de parte.
- o) O trabalhador em face de decisão disciplinar punitiva pode: negociar com o empregador a redução da sanção, caso em que se torna inimpugnável; impugnar a decisão junto de um “colégio arbitral de disciplina”; recorrer a um “colégio de



conciliação”, ou a outras formas de conciliação e arbitragem previstas nas convenções colectivas.

- p) As controvérsias relativas ao exercício do poder disciplinar são da competência dos tribunais civis, funcionando como tribunais de trabalho, os quais fazem um controlo de plena jurisdição.
- q) Para os “vínculos laborais jus-administrativistas” mantém-se a aplicação do regime disciplinar constante do “d.p.r. n. 3 del 1957” e a competência dos tribunais administrativos para dirimir os respectivos litígios.
- r) Existe um princípio da prevalência do processo penal sobre o procedimento disciplinar quando sobre os mesmos factos haja lugar ao apuramento de responsabilidade criminal e de responsabilidade disciplinar, traduzida, designadamente, na não instauração ou suspensão do procedimento disciplinar tendo sido desencadeado processo crime e a sua subsequente activação ou prosseguimento, em prazos curtos, de acordo com o conteúdo do julgado penal.

### **Conclusões: Alemanha**

1. Até ao início do século XIX, a relação de funcionário era titulada por contrato, qualificado de “contrato jurídico público”, situação contratual que foi substituída por um “acto de soberania unilateral” a partir de finais do mesmo século (Klaus Stern).
2. O regime disciplinar evoluiu como um regime estatutário, de base legal, recorte jurisdicional, quanto ao modo de exercício do poder disciplinar (designadamente, por ser obrigatório que o empregador inicie procedimento disciplinar, apure os factos indiciados e puna o funcionário, se for esse o caso). A feição jurisdicional do exercício do poder disciplinar é uma das características tradicionais da função pública alemã, traduzida na subtracção substancial do mesmo ao empregador público e no seu cometimento a órgãos jurisdicionais ou para-jurisdicionais.
3. São princípios fundamentais do Direito disciplinar o princípio da legalidade, o princípio da tipicidade, o princípio
4. Para além da suspensão preventiva do exercício de funções, o empregador ainda suspender temporariamente o trabalhador de certos deveres.

**Conclusões: Espanha**

1. O regime disciplinar da função pública espanhola foi-se aperfeiçoando por via estatutária.
2. Não obstante a afirmação do Tribunal Constitucional do regime de função pública como regime regra das relações de trabalho na Administração Pública, por aplicação de vários preceitos legais foi crescendo exponencialmente o número de “contratados laborais”, seguido da «funcionarização» do respectivo regime.
3. O “Estatuto Básico del Empleado Público”, aplicável aos funcionários públicos e parcialmente ao pessoal laboral, parte do “princípio constitucional de que o regime geral do emprego público [em Espanha] é o funcional”, reconhecendo e regulando a contratação do pessoal laboral.
4. Mantendo-se a aplicação ao pessoal laboral da “legislação laboral” aplicável no sector privado e a importância da contratação colectiva na definição do respectivo regime, estabelece princípios gerais aplicáveis a todos os trabalhadores da Administração Pública.
5. O exercício do poder disciplinar é parametrizado pelos seguintes princípios: i) princípio da legalidade e princípio da tipicidade das infracções e das sanções, o que significa predeterminação normativa ou através de convenção colectiva (pessoal laboral) dos mesmos, constando, de todo o modo, desde logo, do “estatuto básico” a enumeração de várias “faltas disciplinares”; ii) “princípio da irretroactividade das disposições sancionatórias não favoráveis e retroactividade das favoráveis ao presumido infractor”; iii) princípio da proporcionalidade na definição e aplicação das infracções e das sanções; iv) princípio da culpa; v) princípio da presunção de inocência; vi) princípio da obrigatoriedade de procedimento prévio (especialmente regulado, tratando-se de faltas muito graves e graves, e de forma simplificada, tratando-se de faltas leves).
6. O procedimento disciplinar é organizado segundo dois princípios: o da eficácia e da eficiência; e o da garantia da audiência e defesa do trabalhador. A “indefensión real” importa a nulidade da sanção disciplinar aplicada.

**Conclusões. Reino Unido**

1. Os trabalhadores da Administração Pública britânica não gozam tradicionalmente de “uma situação juridicamente estável”, em nome da prerrogativa da Coroa de prescindir dos mesmos quando já não fossem necessários, mas, “na prática, milita[va] em seu favor um sem número de *conventions* que as necessidades e exigências do serviço impuseram e que ninguém se atrevia a desrespeitar” (Alberto Xavier).
2. O direito à “justa audição” foi reconhecido, nos anos sessenta, como de aplicação devida nos procedimentos administrativos lesivos da esfera jurídica de outrem, referenciado como um “elemento de justiça natural”.
3. Existe uma elevada autonomia dos departamentos e agências administrativas na definição das regras substantivas e procedimentais parametrizadoras do exercício do poder disciplinar, assim como no exercício concreto deste.
4. Sem prejuízo da escassa regulação normativa, é privilegiada o conhecimento pelos trabalhadores dos seus deveres e obrigações e das sanções de que é passível a sua inobservância, a participação das estruturas representativas dos trabalhadores no procedimento disciplinar e a garantia da sua audição.
5. Particular atenção é dada aos deveres de integridade, honestidade, imparcialidade e objectividade, designadamente para com o Governo em exercício de funções e para com os cidadãos, ao dever de sigilo, que mantém mesmo de cessar a relação jurídica de emprego.
6. Não se exige uma definição de cada conduta que pode levar à instauração de procedimento disciplinar, considerando-se bastante o recorte claro do tipo de conduta.
7. Cada departamento e agência têm o poder de decidir da instauração de procedimento e o poder punitivo, salvo nos casos mais graves e nos casos em que tenha sido decidido de forma diferente quanto a outros trabalhadores, em que o dirigente máximo tem de consultar previamente o correspondente ministro.
8. O trabalhador deve reportar a superior hierárquico ou a outro órgão administrativo competente situação ilegal ou de má administrativa, indiciada infracção disciplinar e criminal e, caso não obtenha resposta razoável, deve apresentar o caso ao *Civil Service Commissioners*.

9. A responsabilidade disciplinar é independente da responsabilidade criminal.

**Conclusões: EUA**

1. O início da substituição do *spoil system* pelo *merit system* remonta aos finais do século XIX.
2. A evolução foi no sentido do acesso aos e provimento dos empregos segundo critérios objectivos de capacidade e mérito e, paralelamente, da estabilidade jurídica das relações de emprego.
3. Nos anos quarenta e cinquenta, o dever de lealdade fundou limitações significativas à liberdade de expressão, participação política e à segurança no emprego, levando a jurisprudência a abandonar a sua reserva no que toca ao controlo jurisdicional dos litígios em matéria de função pública e ao reconhecimento de que os respectivos trabalhadores têm direitos constitucionais que não podem ser suprimidos, mesmo em nome das exigências do serviço público” e à afirmação do direito constitucional ao “*due process of law*”.
4. O *due process of law* impõe que o trabalhador não seja privado de um emprego público sem um justo procedimento, contraditório, que envolva o “confronto das testemunhas ajuramentadas” (“*cross examination*”), a especificação dos factos que o motivam e a imparcialidade dos que o instruem e decidem.
5. Nos anos oitenta, os trabalhadores da Administração Pública dispõem de um conjunto de garantias contra o exercício ilegal dos poderes do empregador público: a existência de autoridades de controlo interno, a garantia do “procedimento disciplinar quasi jurisdicional” e “vias de recurso diante dos tribunais comuns”.
6. Consolidando o adquirido anterior, o Direito disciplinar da função pública americana em geral atribui grande relevância, no plano substantivo, ao exercício imparcial e profissional das funções públicas, e, por um lado, à definição e realização de um justo procedimento.
7. Para além do princípio da proporcionalidade, é advogada uma aplicação gradual das sanções, isto é, perante conduta disciplinarmente censurável do trabalhador começar, na medida do possível, por aplicar a sanção de escalão mais baixo.

8. Quanto à tutela jurisdicional, destaca-se o facto de a Administração ter de provar a ocorrência de infracção e que a sanção é razoável em face da mesma e das respectivas circunstâncias anteriores, contemporâneas e posteriores.
9. O controlo judicial passa pela verificação da consistência decisória em face de decisões anteriores ou razões aduzidas para punir e pela verificação de eventual “abuso da discricionariedade” ou de qualquer forma de violação da lei, sem prejuízo da salvaguarda do espaço de apreciação e decisão administrativa.

### **Conclusões: Estados de expressão oficial portuguesa**

#### **1. O Direito disciplinar da função pública brasileira**

1. A Constituição dedica alguns preceitos à matéria disciplinar (acção popular administrativa, determina a “perda da função pública” pela prática de actos de improbidade, estabelece o princípio da prescritibilidade das infracções, consagra a garantia de defesa e contraditório no procedimento disciplinar, elenca as causas de perda do cargo por servidor estável), num conjunto significativo de preceitos dedicados à função pública.
2. O Direito disciplinar estrutura-se segundo os princípios seguintes: i) princípio da legalidade das infracções (exigência de lei prévia, tipicidade aberta, proibição da analogia) e das sanções, ii) O princípio da verosimilhança da representação de ilegalidade perante o superior hierárquico daquele que emana a ordem ou incorre em omissão ilegal e inexistência do dever de obediência no caso de ordens manifestamente ilegais; iii) princípio da culpa; iv) princípio da realização do “processo legal devido”; v) princípio da prescritibilidade da acção disciplinar em função da gravidade da acção disciplinar aplicável e da relevância criminal das infracções disciplinares, vi) princípio da obrigatoriedade de apuramento da responsabilidade disciplinar; v) princípio da instrução independente e imparcial; vi) princípio do contraditório e da ampla defesa; vii) princípio da independência relativa da responsabilidade disciplinar e criminal.
3. Objecto de crítica são a invocada deficiente aplicação do princípio da presunção de inocência do trabalhador arguido, a não obrigatoriedade de defesa por advogado no

processo e o controlo jurisdicional centrado na legalidade formal, que prejudica a verificação do suporte probatório dos actos punitivos.

## **2. O Direito disciplinar da função pública de Cabo Verde**

1. O Direito disciplinar da função pública de Cabo Verde segue de perto na concepção e regime legal o do Direito disciplinar da função pública portuguesa.
2. O “estatuto disciplinar dos agentes da Administração Pública”, de 1997 é similar ao estatuto disciplinar português de 1984, actualizando-o, depurando-o e/ou corrigindo de acordo com a jurisprudência administrativa portuguesa na matéria.
3. Nesta perspectiva, destacam-se os seguintes aspectos: o elenco alargado de deveres, centrados no exercício correcto e devido, incluindo do ponto de vista do mérito, das funções, diferenciação dos prazos de prescrição em função da gravidade da sanção para que apontam os factos integrativos de infracção disciplinar indiciada, contados desde a data da sua prática, definição clara das relações com o Direito e processo penais, descrição das infracções disciplinares segundo elencos típicos, ainda que não estrita, correspondentes a cada espécie de sanção;
4. Do ponto de vista procedimental, destacam-se: a circunscrição da competência para instaurar procedimento disciplinar, explicita que é possível a constituição de advogado em qualquer fase do processo, prevê a possibilidade do instrutor ser pessoa exterior à Administração Pública, estabelece o dever das “autoridades com competência disciplinar” decidirem os procedimentos que lhe forem presentes, da interposição do recurso hierárquico não pode resultar o agravamento da sanção disciplinar.

## **3. O Direito disciplinar da função pública de Moçambique**

1. O Direito da função pública moçambicana reflecte a perspectiva de um funcionário público empenhado e/ou comprometido com os interesses político-administrativos do empregador.
2. Tal é revelado, designadamente, por um elenco ético-social e socio-político dos deveres, para além dos estritamente profissionais, pela adesão ao entendimento legalista na questão do alcance do dever de obediência a ordens ilegais, pela

definição ampla de infracção disciplinar, que inclui a violação de deveres extra-funcionais e a identificação como “finalidade principal da sanção” da “educação dos funcionários para uma adesão voluntária e consciente à disciplina bem como para o seu engajamento no esforço colectivo do aumento e melhoria constante da produtividade e dos métodos de trabalho”.

3. Do ponto de vista procedimental, o regime disciplinar é pouco garantístico, designadamente, seja por ser curto o prazo de defesa, seja por não ser claro a garantia do inteiro conhecimento pelo trabalhador arguido de uma acusação.
4. É pouco visível a influência do regime disciplinar português no regime correspondente moçambicano.

#### **4. O Direito da função pública de São Tomé e Príncipe**

1. O regime disciplinar é inserido no “regime geral da gestão de recursos humanos na função pública”, sem prejuízo do autónomo enunciado dos deveres em sede de “princípios gerais”.
2. O regime disciplinar é similar ao constante do estatuto disciplinar português, de 1984, quer quanto aos aspectos substantivos – singularizado sobretudo pelo carácter menos gravoso de uma ou outra “falta disciplinar” ou de algumas sanções ou dos seus efeitos -, quer quanto aos aspectos procedimentais, destacando-se, na diferença, o carácter vinculado do exercício da acção disciplinar.

#### **5. O Direito disciplinar da função pública angolana**

1. O Direito disciplinar da função pública angolana acolhe uma concepção colectivista-institucional do exercício de funções públicas.
2. A disciplina profissional é referida ser “integral”, abrangente de “deveres externos e internos”, profissionais e cívicos, ético-legais.
3. Afirma o dever geral do funcionário defender “em todas as circunstâncias os Direitos e legítimos interesses do Estado Angolano” e de o fazer “em todas as actividades que importem ou interessem ao Governo, à dignidade e prestígio da função” (entre o qual se inscreve o dever de “concorrer aos actos e solenidades oficiais para que sejam colocados pelas autoridades superiores”).

4. Acolhe o princípio da legalidade e da tipicidade aberta das infracções e o princípio da legalidade das sanções e *non bis in idem*.
5. Quanto ao procedimento disciplinar, o mesmo é obrigatório (salvo quanto às sanções da admoestação verbal e da censura registada) e compreende garantias de audiência e defesa (embora não deixe em aberto a possibilidade de o trabalhador arguido produzir prova) e impugnatórias (à excepção daquelas).
6. Revela influência do regime disciplinar português quanto a alguns aspectos de tramitação do procedimento, concepção deste, critérios de determinação da sanção disciplinar e na formulação de algumas das suas normas.

#### **§ 4 No Direito da função pública das organizações internacionais**

1. O Direito da função pública das organizações internacionais é influenciada pela tipologia destas, embora tenha evoluído, em geral, no sentido do modelo de carreira.
2. A independência no exercício das funções é um traço essencial do Direito da função pública internacional, o que significa que os respectivos trabalhadores só devem nortear-se pelos interesses da organização internacional empregadora e não devem agir no sentido de pôr em causa esses interesses.
3. Em concretização do princípio da independência, os trabalhadores das organizações internacionais ficam sujeitos, entre outros, a deveres de probidade, isenção, reserva, de não seguir ordens manifestamente contrárias aos interesses da instituição, de exercer o direito de representação tendo dúvida sobre a legalidade de instruções recebidas, o dever de sigilo.
4. Importa, por outro lado, restrições ao exercício de certos direitos políticos.
5. Do ponto de vista substantivo, não existe um princípio de tipicidade das infracções disciplinares, exigindo, sem prejuízo, a violação culposa e concreta dos parâmetros contratuais e estatutários de dever.
6. Em matéria de sanções, vigoram os princípios da legalidade, *non bis in idem*, da suficiência fáctica e probatória da infracção e da proporcionalidade.



7. A “autoridade administrativa” tem ampla discricionariedade em matéria de pessoal, designadamente, em matéria disciplinar. Está, no entanto, condicionada por vários limites jurídicos. Entre estes, destaca-se a realização de um procedimento justo, com a garantia da audiência e defesa do trabalhador e a observância de vários trâmites e formalidades.
8. A falta de observância destas torna desnecessária a prova de invocada discriminação por parte do trabalhador e confere ao mesmo o direito a uma compensação, considerando-se que o próprio desvio das regras do procedimento prejudica, em si, o funcionário.
9. É privilegiada o recurso a formas extrajudiciais de resolução dos conflitos em matéria de pessoal, incluindo disciplinar.

#### **§ 5 No Direito da função pública da União Europeia**

1. O Direito da função pública da União Europeia é, prevalecentemente, correspondente ao sistema de carreira, de natureza administrativa e base estatutária.
2. Não obstante a distinção entre funcionários (nomeados) e agentes (contratados), o regime disciplinar é no essencial o mesmo, quanto aos agentes contratualmente por eles aceite.
3. O Direito disciplinar assenta em textos normativos, dotados de uma significativa longevidade. Estes textos incluem um elenco dos deveres e das sanções disciplinares e o desenho do procedimento de efectivação da responsabilidade disciplinar.
4. As infracções disciplinares não estão sujeitos a um estrito princípio de tipicidade, sendo seja porque recortadas apenas por critérios identitários, seja porque elencadas de forma flexível.
5. Constitui infracção disciplinar toda a falta culposa aos deveres e obrigações estatutária ou contratualmente definidos, entre as quais, o dever de lealdade e o dever de reserva.
6. Os órgãos administrativos competentes para aplicar uma sanção disciplinar dispõem de um amplo poder de apreciação e decisão, o qual está limitado por vários princípios e regras, dos quais se destacam: a obrigatoriedade de procedimento

prévio, com objecto circunscrito; o princípio da presunção da inocência do trabalhador arguido, competindo à autoridade administrativa fazer a prova dos factos que lhe imputa e, bem assim, da proporcionalidade da sanção; princípio *audi alteram partem* e respeito dos direitos de defesa, princípio da igualdade das partes no procedimento.

7. O princípio “*audi alteram partem*” concretiza-se na audiência do trabalhador em pelo menos três momentos: antes da tomada de decisão de instaurar procedimento disciplinar, em face do equacionamento desta; uma vez instaurado este, pela transmissão do relatório acusatório, com a fixação de um prazo para a respectiva defesa, podendo o trabalhador, designadamente, apresentar “observações orais”; durante a instrução contraditória realizada perante o Conselho de Disciplina.
8. O procedimento é organizado na perspectiva da igualdade das partes, afirmando-se, expressamente, relativamente à “instrução contraditória” perante o Conselho de Disciplina que o mandatário da instituição empregadora dispõe de “direitos idênticos aos do funcionário acusado”.
9. O Conselho de Disciplina, existente em cada instituição, tem funções consultivas e instrutórias.
10. Os prazos procedimentais não são peremptórios. Constituem uma regra de boa administração que impõe a condução diligente do processo e que entre cada acto processual não decorra senão um prazo razoável.
11. A respectiva inobservância culposa e geradora de danos pode fazer incorrer a instituição empregadora em responsabilidade civil.
12. Vigora o princípio da tipicidade em matéria de sanções disciplinares.
13. Não existe, no entanto, uma correspondência definida entre infracções e sanções disciplinares.
14. A sanção disciplinar deve ser proporcional à gravidade da infracção disciplinar, aferida segundo os critérios identificados no respectivo “Estatuto”.
15. Por cada infracção só pode ser aplicada uma sanção disciplinar.

16. O procedimento disciplinar é independente do processo penal, mas existindo pendente também processo penal, a decisão final do primeiro só será tomada depois do tribunal competente ter proferido uma sentença final.
17. O funcionário visado em inquérito administrativo contra o qual não venha a ser instaurado procedimento disciplinar e o funcionário que não seja punido tem direito a “requerer a reparação do prejuízo sofrido, através da publicidade adequada” da respectiva decisão.

#### **Subsecção IV – Características da responsabilidade disciplinar**

O acentuar da dimensão relacional, obrigacional, da responsabilidade disciplinar não dispensa a necessidade de controlo jurisdicional quer de eventuais défices da sua instrução quer dos défices de garantia de direitos procedimentais do trabalhador arguido.

## **Volume I – Índice**

|                                                                                                                                                                     |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Agradecimentos                                                                                                                                                      | 1  |
| Abreviaturas                                                                                                                                                        | 3  |
| Índice geral                                                                                                                                                        | 5  |
| Introdução                                                                                                                                                          | 7  |
| § 1 – Nota prévia                                                                                                                                                   | 8  |
| § 2 – Delimitação do objecto                                                                                                                                        | 19 |
| § 3 – Metodologia e objectivos                                                                                                                                      | 26 |
| § 4 – Plano de trabalho                                                                                                                                             | 38 |
| Capítulo I – O conceito de Direito disciplinar da função pública                                                                                                    | 43 |
| Secção I – Delimitação negativa                                                                                                                                     | 44 |
| 1. A disciplina e o Direito disciplinar em geral                                                                                                                    | 44 |
| 2. Princípios do Direito disciplinar                                                                                                                                | 47 |
| 3. O problema da delimitação em face de Direitos próximos                                                                                                           | 51 |
| Subsecção I – As relações jurídicas disciplinares excluídas de estudo                                                                                               | 53 |
| § 1 – A relação jurídica própria das ordens profissionais                                                                                                           | 57 |
| 1. A regulação profissional e as ordens profissionais                                                                                                               | 57 |
| 2. As profissões organizadas em ordens                                                                                                                              | 59 |
| 3. As funções e os poderes públicos das ordens profissionais                                                                                                        | 61 |
| 3.1. A função disciplinar                                                                                                                                           | 65 |
| 3.1.1. O controlo público do exercício do poder disciplinar                                                                                                         | 67 |
| 3.1.2. A tipologia de deveres                                                                                                                                       | 70 |
| 3.1.3. O exercício do poder disciplinar em relação à actividade organizada em ordem profissional, desenvolvida no quadro de uma relação jurídica de emprego público | 71 |
| § 2 – A relação jurídica de reclusão em estabelecimento prisional                                                                                                   | 73 |
| 1. A prisão e a evolução do regime penitenciário                                                                                                                    | 74 |
| 2. Conceito e fundamento do regime disciplinar penitenciário                                                                                                        | 82 |
| 2.1. Natureza do regime disciplinar penitenciário                                                                                                                   | 86 |
| 3. Princípios do regime disciplinar penitenciário                                                                                                                   | 89 |

|                |                                                                                                                |     |
|----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.1.           | O princípio da legalidade                                                                                      | 89  |
| 3.1.1.         | As infracções disciplinares                                                                                    | 92  |
| 3.1.2.         | As sanções disciplinares                                                                                       | 93  |
| 3.2.           | O princípio da culpa                                                                                           | 99  |
| 3.3.           | O princípio <i>non bis in idem</i>                                                                             | 99  |
| 3.4.           | O princípio da proporcionalidade                                                                               | 102 |
| 3.5.           | O Princípio da exigência de procedimento disciplinar e as garantias de defesa                                  | 103 |
| § 3 –          | A relação jurídica estudantil                                                                                  | 111 |
| 1.             | O direito fundamental à educação e o sistema público de ensino                                                 | 111 |
| 2.             | O sistema privado de ensino                                                                                    | 114 |
| 3.             | O regime disciplinar dos estudantes do ensino público não superior                                             | 118 |
| 4.             | O regime disciplinar dos estudantes do ensino público superior                                                 | 125 |
| § 4 –          | As relações jurídico-laborais privadas                                                                         | 133 |
| 1.             | O fundamento e as funções do Direito disciplinar nas relações laborais estabelecidas com um empregador privado | 133 |
| 2.             | Manifestações de contratualização da matéria disciplinar no Direito do Trabalho                                | 142 |
| 3.             | Garantias do trabalhador no exercício do poder disciplinar                                                     | 148 |
| § 5 –          | A relação jurídica disciplinar dos juízes e magistrados do Ministério Público                                  | 150 |
| 1.             | A responsabilidade disciplinar dos juízes                                                                      | 150 |
| 2.             | A responsabilidade disciplinar dos magistrados do Ministério Público                                           | 155 |
| Subsecção II – | O Direito penal                                                                                                | 157 |
| 1.             | Termos da delimitação                                                                                          | 157 |
| 2.             | As referências substantivas                                                                                    | 158 |
| 2.1.           | A concepção da identidade material                                                                             | 158 |
| 2.2.           | A concepção da diferença qualitativa                                                                           | 162 |
| 2.3.           | Traços de delimitação da relação entre Direito disciplinar e Direito penal                                     | 164 |
| 2.3.1.         | O reenquadramento dos termos da relação entre Direito disciplinar e Direito Penal                              | 164 |
| 2.3.2.         | O âmbito material de intervenção                                                                               | 166 |

|        |                                                                                                                               |     |
|--------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.3.3. | Os fins da intervenção penal e da intervenção disciplinar                                                                     | 171 |
| 2.3.4. | A estrutura das normas jurídicas penais e das normas jurídicas disciplinares                                                  | 176 |
| 2.3.5. | Os princípios fundamentais da responsabilidade penal e da responsabilidade disciplinar                                        | 177 |
| 2.3.6. | A coexistência do desvalor jurídico-disciplinar e do desvalor jurídico-penal relativamente a certas condutas do «funcionário» | 182 |
| 2.3.7. | A pena acessória de proibição do exercício de função pública e a suspensão do exercício de funções                            | 189 |
| 2.3.8. | O conceito de “matéria penal” no artigo 6.º da CEDH                                                                           | 193 |
| 3.     | A perspectiva adjectiva                                                                                                       | 202 |
| 3.1.   | A referência do processo penal                                                                                                | 202 |
| 3.2.   | A aplicação dos “princípios gerais de direito processual penal”                                                               | 203 |
| 3.3.   | A aplicação de regras do processo penal                                                                                       | 207 |
| 3.4.   | A suspensão judicial cautelar do exercício de função pública                                                                  | 209 |
|        | Subsecção III – O Direito sancionatório administrativo                                                                        | 212 |
| 1.     | O Direito contra-ordenacional                                                                                                 | 212 |
| 1.1.   | O âmbito do Direito contra-ordenacional                                                                                       | 212 |
| 1.2.   | As sanções contra-ordenacionais                                                                                               | 215 |
| 2.     | As sanções administrativas                                                                                                    | 217 |
| 2.1.   | As sanções aplicadas pelas entidades administrativas independentes                                                            | 220 |
| 3.     | Outras medidas administrativas                                                                                                | 222 |
| 3.1.   | Meios de execução forçada                                                                                                     | 224 |
| 3.2.   | Medidas de polícia administrativa                                                                                             | 224 |
| 4.     | As sanções aplicadas no âmbito dos contratos                                                                                  | 228 |
| 5.     | As medidas disciplinares                                                                                                      | 229 |
|        | Conclusões                                                                                                                    | 233 |
|        | Secção II – O Direito disciplinar da função pública                                                                           | 246 |
|        | Subsecção I – O conceito de função pública e a relação jurídica de emprego público                                            | 247 |
|        | § 1 – Administração pública e função pública                                                                                  | 249 |
| 1.     | Os sentidos da locução função pública                                                                                         | 249 |
| 1.1.   | Função pública em sentido objectivo                                                                                           | 249 |

|                |                                                                              |     |
|----------------|------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1.2.           | Função pública em sentido subjectivo                                         | 252 |
| 1.2.1.         | O exercício privado de funções públicas                                      | 252 |
| 2.             | A distinção entre função pública e cargo público                             | 257 |
| § 2 –          | O regime jurídico da função pública portuguesa                               | 267 |
| 1.             | O conceito constitucional de função pública                                  | 267 |
| 1.1.           | A garantia institucional de função pública em sentido amplo                  | 267 |
| 1.2.           | A reserva de função pública em sentido estrito                               | 273 |
| 1.2.1.         | A garantia institucional da função pública em sentido estrito                | 278 |
| 2.             | O regime jurídico da função pública no quadro dos sistemas de função pública | 279 |
| 3.             | A tipologia dos vínculos jurídico-laborais                                   | 285 |
| 3.1.           | Notas da evolução recente do quadro legislativo do emprego público.          | 285 |
| 3.2.           | A tipicidade dos vínculos jurídicos                                          | 287 |
| 3.3.           | Os vínculos jurídico-administrativos                                         | 295 |
| 3.3.1.         | A nomeação                                                                   | 295 |
| 3.3.1.1.       | O conceito de funcionário público                                            | 299 |
| 3.3.1.2.       | A natureza estatutária                                                       | 300 |
| 3.3.1.3.       | O período de prova ou o «período experimental estável»                       | 308 |
| 3.3.1.4.       | A duração indeterminada                                                      | 309 |
| 3.3.2.         | O contrato administrativo de provimento                                      | 313 |
| 3.3.2.1.       | Caracterização                                                               | 313 |
| 3.3.2.2.       | O regime jurídico, em especial, o regime jurídico de cessação                | 314 |
| 3.3.2.3.       | Os actos do empregador público praticados na vigência do contrato            | 316 |
| 3.3.2.4.       | O conceito de agente administrativo                                          | 318 |
| 3.4.           | Os vínculos jurídico-privados                                                | 319 |
| 3.4.1.         | O contrato de trabalho por tempo indeterminado                               | 319 |
| 3.4.1.1.       | A evolução no recurso ao contrato individual de trabalho                     | 319 |
| 3.4.1.2.       | A necessidade de adequação aos princípios constitucionais                    | 325 |
| 3.4.1.3.       | As fontes do regime jurídico                                                 | 330 |
| 3.4.2.         | A coexistência de regimes jurídico-laborais e o princípio da igualdade       | 333 |
| 3.4.3.         | O contrato de trabalho a termo                                               | 337 |
| 3.5.           | O contrato de trabalho <i>sui generis</i>                                    | 342 |
| 3.6.           | As formas prestativas não laborais na Administração Pública                  | 343 |
| 3.6.1.         | Os contratos de prestação de serviços                                        | 343 |
| 3.6.2.         | Os acordos de actividade ocupacional e os contratos de formação              | 346 |
| 3.6.2.1.       | Os acordos de actividade ocupacional                                         | 347 |
| 3.6.2.2.       | Os contratos de formação                                                     | 349 |
| 4.             | Caracterização da relação jurídica de emprego público                        | 350 |
| Subsecção II – | Resenha histórica do Direito disciplinar da função pública portuguesa        | 352 |
| 1.             | No Estado pré-liberal                                                        | 353 |

|                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. Na monarquia constitucional                                                         | 364 |
| 3. Na primeira república                                                               | 380 |
| 4. Na segunda república                                                                | 393 |
| 5. Na terceira república                                                               | 412 |
| 6. As premissas actuais do Direito disciplinar da função pública                       | 421 |
| Subsecção III – O Direito disciplinar da função pública noutros ordenamentos jurídicos | 428 |
| § 1 – Em ordenamentos jurídicos europeus                                               | 429 |
| 0. Análise geral                                                                       | 429 |
| 1. O Direito disciplinar da função pública francesa                                    | 432 |
| 2. O Direito disciplinar da função pública italiana                                    | 448 |
| 3. O Direito disciplinar da função pública alemã                                       | 466 |
| 4. O Direito disciplinar da função pública espanhola                                   | 475 |
| 5. O Direito disciplinar da função pública britânica                                   | 487 |
| § 2 – No Direito da função pública dos Estados Unidos da América                       | 494 |
| § 3 – Em ordenamentos jurídicos de Estados de expressão oficial portuguesa             | 501 |
| 1. O Direito disciplinar da função pública do Brasil                                   | 501 |
| 2. O Direito disciplinar da função pública de Cabo Verde                               | 507 |
| 3. O Direito disciplinar da função pública de Moçambique                               | 512 |
| 4. O Direito disciplinar da função pública de São Tomé e Príncipe                      | 514 |
| 5. O Direito disciplinar da função pública de Angola                                   | 516 |
| § 4 – No Direito da função pública das organizações internacionais                     | 520 |
| § 5 – No Direito da função pública da União Europeia                                   | 529 |
| Subsecção IV – Características da responsabilidade disciplinar                         | 540 |
| 1. Características da responsabilidade disciplinar                                     | 541 |
| Conclusões                                                                             | 545 |