



Exmo. Senhor Presidente do Tribunal Constitucional
Juiz Conselheiro José João Abrantes

A Provedora de Justiça vem requerer, ao abrigo do disposto na alínea *b)* do n.º 2 do artigo 281.º da Constituição da República, que o Tribunal Constitucional declare com força obrigatória geral a inconstitucionalidade das normas constantes do n.º 3 do artigo 10.º do Código do Trabalho, na redação que lhe foi introduzida pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, e dos n.º 1 e 2 do artigo 383.º-A do mesmo Código, aditado pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril.

Entende-se que estas normas estabelecem restrições ao direito fundamental de iniciativa económica privada, consagrado no artigo 61.º, n.º 1, da Constituição, que, por serem excessivas, não observam o prescrito no seu artigo 18.º, n.º 2, *in fine*.

1

São os seguintes, os fundamentos do pedido:

I

1. A Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, veio alterar o Código do Trabalho e legislação conexa «no âmbito da agenda do trabalho digno». Entre estas alterações inclui-se a nova redação dada ao artigo 10.º do Código do Trabalho, tal como ele fora aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, sob a epígrafe «situações equiparadas».

Assim, e no âmbito das «situações equiparadas» a contratos de trabalho, ou seja, aquelas “em que ocorra prestação do trabalho de uma pessoa a outra, sem subordinação jurídica, [mas em que] o prestador de trabalho deva considerar-se na dependência económica do beneficiário da actividade”, conta-se hoje, como disposição nova, introduzida pela lei de 2023, a constante do n.º 3 do artigo 10.º do Código.



De acordo com esta disposição, o prestador de trabalho pode, em caso de nascimento, adoção ou assistência a filho ou neto, amamentação e aleitação, interrupção voluntária ou risco clínico durante a gravidez, e durante o período de tempo das respetivas licenças ou dispensas [tal como previstas no Código do Trabalho] *assegurar temporariamente a atividade através de terceiros.*

2. O procedimento legislativo que culminou com a aprovação, pelo Parlamento, da Lei n.º 13/2023 foi iniciado pela Proposta de Lei n.º 15/XV, aprovada em Conselho de Ministros a 2 de junho de 2022. Na exposição de motivos que a acompanhou foram identificadas, como “grandes prioridades na regulação do mercado de trabalho”, a promoção do trabalho digno, a promoção do emprego e da sua qualidade, a redução da precariedade e o incentivo da negociação coletiva. Nos termos, ainda, da referida exposição de motivos, todos estes desígnios corresponderiam a instrumentos de políticas públicas carecidas de aprofundamento, “em particular quando considerada a mudança acelerada dos mercados de trabalho, a evolução económica e social e os impactos de uma pandemia que não era suscetível de ser antecipada”. Neste contexto, acentuou-se a particular fragilidade – que a pandemia teria tornado ainda mais evidente – dos “vínculos não permanentes e das chamadas formas atípicas de contratação”, com os “riscos acrescidos que lhes estão associados”. Entre tais riscos não deixaram de ser sublinhados os decorrentes, em geral, das “questões de conciliação entre a vida profissional, familiar e pessoal”, questões essas que, constituindo já “nós relevantes do ponto de vista sistémico na discussão sobre os equilíbrios do mercado de trabalho”, ganhariam agora “novas declinações no âmbito das novas formas de trabalho”.

2

3. Ao prever que o prestador de trabalho possa, nas circunstâncias aí identificadas, *assegurar temporariamente a atividade através de terceiros*, o n.º 3 do artigo 10.º do Código do Trabalho terá pretendido ser fiel aos desígnios e preocupações expressos na exposição de motivos que vimos de referir. A promoção do emprego, a redução da precariedade e a conciliação entre vida profissional, familiar e pessoal terão sido os objetivos prosseguidos pela nova redação da lei, que, atendendo “aos riscos



associados às formas atípicas de contratação”, terá procurado assegurar que, também no âmbito das chamadas «situações equiparadas», se não deixariam de conferir ao prestador de trabalho as garantias destinadas ao cumprimento dos referidos objetivos. A ser esta a finalidade da lei, a sua identificação com bens e valores constitucionalmente protegidos não está naturalmente em discussão. A segurança no emprego, que o artigo 53.º da Constituição procura garantir; o direito à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, que o artigo 59.º expressamente associa à possibilidade de conciliação entre atividade profissional e vida familiar; e os deveres do Estado quanto à proteção da família (artigo 67.º), da paternidade e da maternidade (artigo 68.º), e da saúde (64.º), deixam bem claros que nenhuma dissonância existe entre os desígnios seguidos *in casu* pelo legislador e a ordem constitucional, no seu conjunto tomada. Sucede, porém, que o *meio* escolhido pela lei para a realização destas suas finalidades se traduz num intenso condicionamento da liberdade contratual do credor da prestação de trabalho, que se vê obrigado a aceitar, nas condições e durante o período de tempo aí previstos, que a referida prestação seja realizada não pela contraparte por si escolhida mas por alguém por esta última livremente indicado. É o que decorre do *poder de se fazer substituir por terceiros* que o n.º 3 do artigo 10.º do Código do Trabalho agora confere ao prestador de trabalho, *poder* esse a ser exercido pelo seu titular nas circunstâncias pela lei determinadas.

3

4. Há já largo tempo que o Tribunal tem dado resposta à questão de saber que conteúdo e alcance devem ser reconhecidos à *liberdade de iniciativa económica privada*, consagrada pela Constituição no n.º 1 do seu artigo 61.º. No Acórdão n.º 76/85, o Tribunal deixou claro que o preceito tem um *duplo sentido*, uma vez que implica tanto a liberdade de iniciar uma atividade económica (direito à empresa, liberdade de criação de empresas), quanto a liberdade de gestão ou direção da atividade de empresa já iniciada (liberdade de empresa, liberdade de empresário). É certo que, tanto nesse aresto quanto em muitos outros a ele posteriores, nunca deixaram de ser sublinhados os *limites extensos* que o legislador ordinário poderia apor ao modo de exercício deste direito fundamental, em qualquer uma das suas duas vertentes – quer quanto à



MP

liberdade de criação de empresa quer quanto à liberdade da sua direção ou gestão. Como se disse, por exemplo, no Acórdão n.º 187/2001, esta autorização conferida ao legislador ordinário (para apor limites extensos ao modo de exercício do direito) resultaria desde logo da formulação literal do n.º 1 do artigo 61.º, que determina que a liberdade de iniciativa económica privada se exerça *livremente*, mas “nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral”. Significaria isto – ainda de acordo com o mesmo aresto – que, ao remeter para a lei a delimitação do próprio âmbito do direito fundamental, a Constituição estaria a conferir ao legislador ordinário um poder de conformação que seria sempre mais amplo do que o referente, em geral, à regulação do modo de exercício dos chamados *direitos, liberdades e garantias*. Ou dizendo por outras palavras: não sendo o conteúdo da liberdade de iniciativa privada delimitado pela Constituição mas sim pela lei, a esta última não seriam aplicáveis os limites que disciplinam em geral as restrições àquela categoria de direitos. A lei conformadora seria portanto uma coisa; a lei restritiva outra, bem diferente. No primeiro caso, ampla seria a margem de decisão do legislador ordinário; no segundo, tal margem depararia com os limites fixados no artigo 18.º da Constituição.

4

5. No entanto, sempre se disse também que esta ampla liberdade de conformação, conferida pela Constituição ao legislador no seu artigo 61.º, conheceria ela própria limites. No Acórdão n.º 76/85 o Tribunal referiu-se à necessidade de salvaguardar [quanto ao modo de exercício do direito, conformado por lei] o “respeito pelo mínimo de conteúdo útil, constitucionalmente relevante, que a lei não pode aniquilar, aliás com a garantia da existência de um sector económico privado”. E mais tarde, nos Acórdãos n.ºs 329/99 e 289/2004 (aqui invocados a título de exemplo), foi acrescentada a seguinte doutrina: sempre que esteja em causa um “núcleo” essencial da liberdade de iniciativa económica privada, respeitante aos “quadros gerais e aos aspectos garantísticos” da “liberdade de iniciar uma empresa e de a gerir sem interferências externas”, então, o direito fundamental consagrado no artigo 61.º beneficiaria de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, podendo por isso



ser-lhe aplicável o regime que disciplina a regulação por lei do modo de exercício desta categoria de direitos.

6. Não é pensável o exercício da liberdade de empresa – entendida como liberdade de gestão ou direção de atividade económica já iniciada – sem liberdade contratual. Pela sua própria definição, a liberdade contratual, expressão da autonomia privada, garante que quem dela beneficia possa, dentro dos quadros gerais considerados admissíveis pelo Direito, conduzir a sua ação por intermédio de escolhas que sejam pessoal, social e economicamente *relevantes*. Para o empresário, titular da liberdade que o artigo 61.º da Constituição protege, tal significa, por exemplo, o poder de escolher a forma jurídica de organização da empresa; o poder de escolher os serviços necessários para o seu funcionamento; o poder de escolher os trabalhadores que passarão a integrar a estrutura empresarial; o poder de escolher os demais prestadores de trabalho, cujas prestações se contratam. É, no entanto, esta mesma faculdade de escolha que o n.º 3 do artigo 10.º do Código do Trabalho intensamente comprime, ao obrigar o credor da prestação de trabalho a aceitar que a referida prestação seja realizada por outrem que não a contraparte por si escolhida. Assim, e nos termos das doutrinas seguidas, entre outros, pelos já referidos Acórdãos n.ºs 76/85, 329/99 e 289/2004, ao não respeitar um mínimo do conteúdo útil constitucionalmente relevante [do direito], a lei terá invadido neste caso os “quadros gerais e os aspectos garantísticos” da liberdade de iniciativa económica privada que dizem respeito à *liberdade de gerir a empresa sem interferências externas*, abandonando por isso a sua condição de lei conformadora para se transmutar em verdadeira *lei restritiva de direitos, liberdades e garantias*.

5

7. Nestas condições, a lei que introduzir restrições ao exercício do direito fundamental tem que se limitar ao que for necessário para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos. É o que diz a Constituição no n.º 2 do seu artigo 18.º. Ora, *in casu*, não se vê como possa tal limite ter sido observado. Seguramente que seriam aqui aventáveis outros meios, igualmente capazes de garantir a realização dos bens e valores que conduziram a ação do legislador e que têm em si



mesmos claro respaldo constitucional (segurança no emprego; organização do trabalho em condições socialmente dignificantes; conciliação entre atividade profissional e vida familiar), que não implicassem a desconsideração integral da vontade do credor da prestação do trabalho; e seguramente que esses outros meios, ao evitar o sacrifício total das possibilidades de escolha de uma das partes do contrato, realizariam a final um equilíbrio entre “ganhos” e “perdas” decorrentes da solução legislativa que, face à ordem constitucional no seu conjunto tomada, se configuraria conforme às exigências da proporcionalidade. Não é no entanto o que se passa face à atual redação do n.º 3 do artigo 10.º do Código do Trabalho. Ao colocar o credor da prestação do trabalho na obrigação de aceitar qualquer substituto que lhe seja indicado, a norma constante do preceito consagra uma solução que, ao arrepio do que é exigido pelo artigo 18.º da Constituição, se apresenta inequivocamente como uma solução excessiva.

II

6

8. A Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, aditou ainda ao Código do Trabalho o novo artigo 338.º-A. Sob a epígrafe *[p]roibição do recurso à terciarização de serviços*, determina este artigo, no seu n.º 1, que “[n]ão é permitido recorrer à aquisição de serviços externos a entidade terceira para a satisfação de necessidades que foram asseguradas por trabalhador cujo contrato tenha cessado nos 12 meses anteriores por despedimento coletivo ou despedimento por extinção de posto de trabalho”. Diz-se ainda, no n.º 2 do mesmo artigo, que “[a] violação do disposto no número anterior constitui contraordenação muito grave imputável ao beneficiário da aquisição de serviços.”

9. A finalidade que o legislador de 2023 terá pretendido prosseguir com a adição ao Código deste novo preceito pode ser revelada pela sua própria inserção sistemática. O novo artigo é aditado ao artigo 338.º do Código, que, iniciando o capítulo que regula os modos de *cessação do contrato de trabalho*, replica a fórmula que a Constituição



usa no seu artigo 53.º: *é proibido o despedimento sem justa causa ou por motivos políticos e ideológicos*. Ao associar a esta replicação enfática da norma constitucional o novo artigo 338.º-A, o legislador terá pretendido sublinhar o quanto a opção nela contida – de “proibição do recurso à terciarização” – se justificaria como reforço do valor fundamental de garantia da segurança no emprego, de acordo, aliás, com os motivos expostos pela proposta que dera origem ao procedimento legislativo que culminou com a aprovação, pelo Parlamento, da Lei n.º 13/2023, de 13 de abril.

10. Sucede, porém, que o chamado “recurso à terciarização”, ou a possibilidade, dada ao titular da empresa, de recorrer à aquisição de serviços externos para a satisfação de necessidades empresariais, faz parte integrante das faculdades de *escolha* que, como já vimos, se incluem no âmbito do exercício da liberdade de iniciativa económica privada enquanto *liberdade de gerir a empresa sem interferências externas*. É certo que, como também já foi visto, a lei pode conformar o modo de exercício desta liberdade apondo-lhe extensos limites: é o que decorre do “facto” de ela se dever conformar com os “quadros definidos pela Constituição e pela lei (.) tendo em conta o interesse geral”. Assim, e face à proibição dos despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos e ideológicos que o artigo 53.º consagra, é claríssimo que a *liberdade do empresário* nunca inclui a *liberdade de despedir*: o conteúdo do direito que é consagrado no n.º 1 do artigo 61.º da Constituição surge logo aqui conformado pela própria ordem fundamental que, condicionando significativamente o estatuto do titular da empresa enquanto proprietário, empresário e patrão, não permite que entre os seus poderes de direção empresarial se conte o poder de dispor dos empregos *ad nutum*. Todavia, sempre se entendeu também que fora do âmbito da proibição constitucional – ou fora do âmbito do conceito de “despedimento sem justa causa” – se incluíam aquelas formas de despedimento que se fundassem em razões objetivas, de ordem estrutural, económica ou técnica, e que não fossem imputáveis nem a trabalhador nem a empregador. Este entendimento, sufragado pelo tribunal em jurisprudência de tal forma constante que dispensa agora a sua convocação expressa, foi acolhido pelo legislador ordinário, que no artigo 340.º do Código do Trabalho prevê, entre as modalidades de cessação do contrato, o despedimento coletivo e o



despedimento por extinção do posto do trabalho, definindo depois o Código quer as suas causas fundantes quer os respetivos procedimentos e controlos (artigos 359.º a 366.º, quanto à modalidade do despedimento coletivo; artigos 367.º a 372.º, quanto ao despedimento por extinção do posto de trabalho.).

11. Assim, ao proibir a empresa de recorrer à aquisição de serviços externos nos doze meses subsequentes a despedimento coletivo ou despedimento por extinção de posto de trabalho, o legislador de 2023 penetrou num domínio que se situa muito *para além* dos limites que são apostos pela Constituição, e pelo sistema [codificado] de direito ordinário, ao exercício da liberdade de iniciativa económica privada, na sua dimensão de *liberdade de empresa* ou *liberdade de empresário*. Retomando as palavras dos Acórdãos n.ºs 76/85, 329/99 e 289/2004, tal significa que se afetou *in casu* aquele mínimo do conteúdo útil do direito [consagrado no n.º 1 do artigo 61.º da Constituição] que é constitucionalmente relevante, e que é formado pelos “quadros gerais e os aspectos garantísticos” da liberdade de iniciativa económica privada que dizem respeito à *liberdade de gerir a empresa sem interferências externas*. Nestes termos, também aqui terá a lei de 2023 abandonado a sua condição de lei conformadora para se transmutar em verdadeira *lei restritiva de direitos, liberdades e garantias*.

8

12. Ora, não se vê como é que a restrição, introduzida pelo artigo 388.º-A do Código do Trabalho ao exercício da liberdade de iniciativa económica privada, pode ser justificada, de acordo com as exigências de proporcionalidade decorrentes do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, pela finalidade de proteção da segurança no emprego. Face ao teor literal do preceito é legítimo concluir-se que o legislador terá aqui pretendido evitar a fraude à Constituição e à lei, garantindo que as formas de cessação do contrato por despedimento coletivo ou por despedimento por extinção de posto de trabalho, que o Código do Trabalho prevê, se não transmutassem em instrumentos usados pelo empregador para dispor *ad nutum* do emprego. Mas a verdade é que haverá seguramente outros meios de evitação da fraude que se não mostrem tão onerosos quanto o é a “proibição do recurso à terciarização”: basta pensar no sistema de



normas já contido nos artigos 159.º a 172.º do Código, e que visa não apenas identificar as circunstâncias que podem determinar estas formas de despedimento como ainda definir os procedimentos e controlos a que tais formas se deverão submeter. Perante as possibilidades, sempre abertas, de aperfeiçoamento constante deste sistema, a solução hoje contida no artigo 338.º-A do Código do Trabalho apresenta-se inequivocamente como uma solução excessiva.

III

Por estes motivos, pede-se que o Tribunal declare com força obrigatória geral a inconstitucionalidade da norma constante do n.º 3 do artigo 10.º Código de Trabalho, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, bem como das normas constantes dos n.ºs 1 e 2 do artigo 338.º-A do mesmo Código, também aditado pela Lei n.º 13/2023, com fundamento em violação das disposições conjugadas do artigo 61.º, n.º 1 e 18.º, n.º 2, da Constituição.

9

Lisboa, 23 de outubro de 2023

A Provedora de Justiça

(*Maria Lúcia Amaral*)