



Joana Isabel Sousa Nunes Vicente

A INVALIDADE PARCIAL DO CONTRATO DE TRABALHO

Tese de Doutoramento em Direito, ramo de Ciências Jurídico-Empresariais
orientada pelo Senhor Professor Doutor João Leal Amado
e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Setembro de 2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Joana Isabel Sousa Nunes Vicente

A INVALIDADE PARCIAL DO CONTRATO DE TRABALHO

Coimbra

2015

Tese de Doutoramento em Direito,
ramo de Ciências Jurídico-Empresariais,
orientada pelo Senhor Professor Doutor João
Leal Amado, apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra

PLANO GERAL

INTRODUÇÃO: APRESENTAÇÃO DO TEMA, DELIMITAÇÃO DOS PROBLEMAS E LINHAS DE INVESTIGAÇÃO

PARTE I – RELANCE SOBRE O REGIME GERAL DA REDUÇÃO NUMA ÓPTICA CIVILISTA

PARTE II – A INVALIDADE PARCIAL DO CONTRATO DE TRABALHO

A – Hipóteses de não aplicação do regime comum da redução

Capítulo I – A solução substitutiva da parte geral da lei laboral: o artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho

Capítulo II – Imposição da conservação do contrato de trabalho e substituição da modalidade contratual

Capítulo III – Imposição da conservação do contrato de trabalho e substituição da cláusula nula por um conteúdo mediante criação de uma solução *ad hoc*

Capítulo IV – Imposição da conservação do contrato de trabalho a apenas uma das partes e substituição da cláusula mediante recurso a uma norma à partida qualificada como dispositiva

B – Hipóteses de aplicação do regime comum da redução

C – Sobre o(s) critério(s) orientador(es) do regime jurídico aplicável

CONCLUSÕES

ÍNDICE

MODO DE CITAR E OUTRAS INDICAÇÕES	11
RESUMO/ABSTRACT	13
SIGLAS E ABREVIATURAS	17
INTRODUÇÃO: APRESENTAÇÃO DO TEMA, DELIMITAÇÃO DOS PROBLEMAS E LINHAS DE INVESTIGAÇÃO	21
PARTE I – RELANCE SOBRE O REGIME GERAL DA REDUÇÃO NUMA ÓPTICA CIVILISTA	41
1. Considerações gerais. Sequência.....	41
2. O pressuposto: a invalidade parcial de um negócio jurídico.....	44
2.1. Contrariedade do negócio com a lei sancionada como invalidade; contrariedade meramente parcial	45
2.2. “Modalidades” de invalidade parcial, de divisibilidade do negócio ou diferentes processos de redução	54
2.2.1. Invalidade parcial e invalidade de cláusulas acessórias ou secundárias	55
2.2.1.1. Traços característicos	55
2.2.1.2. Reconhecimento no direito português e no direito comparado	58
2.2.2. Invalidade parcial e decomposição do objecto/prestação em termos quantitativos	61
2.2.2.1. Traços característicos	61
2.2.2.2. Reconhecimento no direito português e alemão; o mistério da “nullità parziale”	63
2.2.2.3. Uma hipótese controversa: desgradação do elemento viciado	69
2.2.3. Invalidade parcial e eliminação da declaração negocial de um dos sujeitos	79
2.2.3.1. Traços característicos	79
2.2.3.2. Reconhecimento nos sistemas português, alemão e italiano	80
2.2.3.3. Outra hipótese controversa: alteração da natureza bilateral de um negócio – o contrato promessa bilateral assinado por uma das partes.....	84
3. A resposta ao problema da invalidade parcial.....	90
3.1. O critério: a vontade hipotética ou conjectural das partes.....	90
3.2. Determinação da vontade hipotética	92
3.2.1. Vontade real ou vontade reconstruída?	92
3.2.2. Vontade hipotética de tipo subjectivo ou de tipo objectivo?	96

3.3. Possíveis resultados do apuramento da vontade hipotética	100
3.4. Limites de relevância da vontade hipotética.....	104
3.4.1. Grupo A	105
3.4.1.1. Hipóteses de irrelevância da parte inválida	106
3.4.1.2. Hipóteses de cláusula inválida estipulada exclusivamente no interesse de uma das partes	108
3.4.1.3. Algumas observações	111
3.4.2. Grupo B: as normas de protecção	114
3.5. A questão processual: a “presunção” de divisibilidade subjectiva do negócio ou de uma vontade hipotética favorável à redução do negócio	122
PARTE II – A INVALIDADE PARCIAL DO CONTRATO DE TRABALHO	131
<i>A – Hipóteses de não aplicação do regime comum da redução.....</i>	<i>133</i>
Capítulo I – A solução substitutiva da parte geral da lei laboral: o artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho	133
1. Razão de ordem	133
2. Breve referência à emergência e evolução histórica do preceito.....	134
3. Breve excuro pelo direito comparado	141
4. Análise do regime legal	142
4.1. O conceito de cláusula	142
4.2. O conceito operativo de normas imperativas.....	148
4.2.1. A estrutura da norma imperativa: normas preceptivas e normas proibitivas... 148	
4.2.1.1. Ideia dominante: a exclusão das normas proibitivas.....	149
4.2.1.2. O pensamento de SARACCINI e DE LUCA TAMAJO: normas que dizem respeito à matéria do contrato; normas imperativas em sentido estrito e normas proibitivas. 150	
4.2.1.3. Apreciação	156
4.2.2. A fonte da imperatividade: a fonte ou fontes das normas imperativas.....	159
4.2.3. O tipo ou sentido da imperatividade: normas absolutamente imperativas e normas imperativas relativas	165
4.2.4. O significado da expressão originária “cláusulas [com] regime menos favorável para o trabalhador do que o estabelecido em preceitos imperativos”; a evolução histórica	173
4.2.5. A causa da supra-ordenação: normas que tutelam interesses do trabalhador, normas que tutelam interesses do empregador e normas que tutelam interesses gerais	176
4.2.6. A eficácia temporal das normas imperativas; a referência originária à posição cronológica das normas em relação à cláusula	179
4.3. A substituição como substituição automática	188

5. Enquadramento dogmático.....	188
5.1. Os vários enquadramentos dogmáticos em confronto.....	189
5.2. Posição adoptada; precisões dogmáticas acerca da solução substitutiva	193
5.3. Redução <i>tout court</i> e redução e substituição; a compreensão da operação substitutiva <i>stricto sensu</i> ; o plano técnico das consequências que resultam da violação das normas imperativas: nulidade <i>tout court</i> e nulidade e substituição; o plano funcional: tipo de relacionamento da ordem jurídica com a actividade negocial das partes; a relação da nulidade substitutiva com o problema da invalidade parcial.....	194
5.4. O artigo 121.º, n.º 2 como preceito que, determinando a conservação do contrato, apenas exterioriza a operação subsequente – a substituição; a substituição como consequência típica da violação das normas imperativas laborais e como operação típica no tratamento da invalidade parcial do contrato de trabalho.....	202
5.5. Nota final sobre a relação entre o artigo 121.º, n.º 2 e a chamada teoria da “recepção automática”.....	204
6. Fundamento(s) da solução conservadora-substitutiva.....	208
6.1. O tópico da inderrogabilidade das normas	209
6.2. O tópico da conservação da relação como valor <i>a se stante</i>	212
6.3. A realização das finalidades de protecção das normas imperativas violadas enformadas por um desígnio de protecção do trabalhador.....	215
6.3.1. Breve excursão pela experiência jurídica alemã; o pensamento de PIETRO BARCELLONA e ADRIANA D’ANTONIO	216
6.3.2. Ecos deste pensamento na doutrina portuguesa	224
6.4. Síntese e problemas suscitados pelo recente recorte do âmbito de incidência da norma.....	226
6.5. Leitura alternativa (I): o artigo 121.º, n.º 2 como preceito que não resolve o problema da conservação do contrato, mas incide apenas sobre a operação subsequente, a substituição; virtualidades desta leitura alternativa do artigo 121.º, n.º 2: harmonização com os dados legais, em especial, com o âmbito de incidência da norma; possíveis dificuldades suscitadas por esta leitura alternativa	229
6.6. Leitura alternativa (II): o artigo 121.º, n.º 2 como preceito que (também) garante a conservação do contrato, mas obedece a diferentes linhas de fundamentação; apreciação crítica <i>de iure condendo</i> da alteração legislativa introduzida em 2003 ..	234
7. Limites da solução substitutiva: duas questões	240
7.1. A solução conservadora-substitutiva e a eficácia do contrato de trabalho inválido executado: um <i>genus</i> e duas espécies?.....	240
7.2. A “acumulação de vantagens excessivas” decorrente da intervenção conservadora-substitutiva.....	246
7.2.1. Enunciado do problema.....	246
7.2.2. A escolha do regime mais favorável ao trabalhador: a resposta ao problema através da teoria da conglobação.....	251
7.2.3. Apreciação crítica.....	257

7.2.4. Sentido da resposta	259
8. Indicação da sequência	263
Capítulo II – Imposição da conservação do contrato de trabalho e substituição da modalidade contratual.....	265
1. Considerações introdutórias.....	265
2. A celebração do contrato a termo fora das situações legitimadoras e a consideração do contrato de trabalho como contrato sem termo	269
3. Duas interrogações pertinentes	283
3.1. Comissão de serviço acordada para provimento de funções que exorbitam o círculo de hipóteses demarcado pela lei	290
3.1.1. Comissão de serviço <i>externa</i> para provimento de funções que exorbitam o círculo de hipóteses demarcado pela lei	290
3.1.1.1. Abordagens na doutrina e na jurisprudência; breve referência a um debate próximo no contexto do ordenamento jurídico italiano.....	290
3.1.1.2. Apreciação crítica	300
3.1.2. Comissão de serviço <i>interna</i> para provimento de funções que exorbitam o círculo de hipóteses demarcado pela lei	305
3.1.2.1. Tratamento jurisprudencial	305
3.1.2.2. Olhar crítico	310
3.1.3. Comissão de serviço e negócio simulado	313
3.2. Trabalho em regime de intermitência para actividade de exercício contínuo; uma hipótese particular: trabalho intermitente e a termo	317
4. A inobservância da forma escrita e a consideração da relação de trabalho como relação <i>standard</i> : caracterização; confronto com as soluções substitutivas anteriores	321
Capítulo III – Imposição da conservação do contrato de trabalho e substituição da cláusula nula por um conteúdo mediante criação de uma solução <i>ad hoc</i>	331
1. Considerações gerais	331
2. Um exemplo: as cláusulas de definição do local de trabalho	332
2.1. O problema prévio do fundamento da (in)validade das estipulações; compreensão dominante: a indeterminabilidade do objecto; superação: a ordem pública e a predeterminação do local de trabalho	335
2.2. O tratamento da invalidade parcial: conservação do contrato e substituição da cláusula nula por um conteúdo compatível com o padrão imperativo; o critério da determinação possível do local de trabalho e a actividade concretizadora	343
3. Outro exemplo: as cláusulas de mobilidade geográfica	346
3.1. O fundamento da invalidade: de novo a determinabilidade e os valores constitucionais	349

3.2. O tratamento da invalidade parcial: conservação do contrato e o critério do sacrifício manifestamente inexigível imposto ao trabalhador.....	359
---	-----

Capítulo IV – Imposição da conservação do contrato de trabalho a apenas uma das partes e substituição da cláusula mediante recurso a uma norma à partida qualificada como dispositiva.....	367
---	-----

1. Apresentação: o regime jurídico do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro	367
--	-----

2. Breves observações sobre a problemática geral da aplicação ao contrato de trabalho do regime das cláusulas contratuais gerais; o artigo 105.º do Código do Trabalho..	370
--	-----

3. Análise do regime jurídico dos artigos 13.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.....	394
--	-----

3.1. Pressuposto: a invalidade parcial do contrato	396
--	-----

3.2. Âmbito de aplicação: cláusulas contratuais gerais e cláusulas de uso individualizado; controlo incidental vs. controlo abstracto.....	399
--	-----

3.3. A conservação do contrato como opção do aderente	402
---	-----

3.4. O modo de conservação do contrato: conservação+eliminação e conservação+substituição.....	408
--	-----

3.5. O problema da proibição de redução conservadora: argumentos fundamentais; algumas observações críticas; a aplicação da proibição em Direito do Trabalho.....	414
---	-----

3.6. A conservação do contrato com recurso ao regime comum da redução; a aplicabilidade da solução ao contrato de trabalho de adesão (remissão).....	429
--	-----

B – <i>Hipóteses de aplicação do regime comum da redução</i>	439
---	-----

1. Considerações prévias. Critério de exposição.....	439
--	-----

2. Explicitação de algumas hipóteses de aplicação do regime jurídico comum da redução	440
---	-----

2.1. Hipóteses de invalidade parcial por decomposição do objecto/prestação.....	440
---	-----

2.2. Hipóteses de invalidade parcial na modalidade invalidade de cláusula acessória ou secundária.....	447
--	-----

2.3. Hipóteses de invalidade parcial na modalidade invalidade de alguma das declarações negociais	449
---	-----

2.4. Hipóteses de erro-vício em relação às quais se admite o recurso ao regime jurídico da redução	453
--	-----

3. Algumas observações finais e breve alusão a outras hipóteses de aplicação do regime comum de redução: a invalidade parcial <i>de outros negócios jurídicos de natureza laboral</i>	460
---	-----

C – <i>Sobre o(s) critério(s) orientador(es) do regime jurídico aplicável</i>	471
--	-----

1. Observações gerais	471
-----------------------------	-----

2. Revisão de alguns possíveis critérios orientadores.....	471
2.1. A distinção entre cláusulas essenciais e cláusulas acessórias.....	471
2.2. O aspecto estrutural das normas: a distinção entre normas preceptivas e normas proibitivas.....	474
2.3. O pensamento de CRISTINA CATAUDELLA.....	477
2.4. O critério da intensidade dos interesses e/ou valores protegidos através das normas imperativas violadas.....	483
CONCLUSÕES.....	487
BIBLIOGRAFIA.....	497

MODO DE CITAR E OUTRAS INDICAÇÕES

Os manuais e monografias são citados através da identificação do(s) autor(es), título, edição (caso não seja a primeira ou a única), editora, local de publicação, data e página(s). Os artigos de revistas e incluídos em obras colectivas serão citados, respectivamente, da seguinte forma: nome do(s) autor(es), título, publicação, ano e/ou número (e outros elementos identificativos, caso existam), data e página(s); nome do(s) autor(es), título, obra colectiva, organizadores ou coordenadores, editora, local da publicação, data e página(s).

Nas notas de rodapé, a primeira citação de todos os artigos ou obras faz-se através da indicação bibliográfica completa, enquanto nas seguintes, a identificação efectua-se apenas com a indicação do autor e título, em regra, abreviado, indicando-se ainda as páginas relevantes. Os restantes elementos adicionais serão omitidos. Na hipótese de serem convocados, na mesma nota, artigos ou obras de vários autores, atende-se à pertinência e relevância de cada um(a) na exposição da matéria em causa. Na bibliografia final, o critério de ordenação é o alfabético. Existindo várias obras ou artigos do mesmo autor, são aqueles indicados por ordem cronológica, do menos para o mais recente.

As decisões jurisprudenciais são também identificadas em nota de rodapé com a indicação do tribunal a que pertencem, da data e de outros elementos identificativos (número do acórdão, número do processo a que se refere), os quais variam consoante se trate de jurisprudência portuguesa ou estrangeira, de acordo com o modo de citar mais comum no ordenamento em que se enquadram, e conforme o local de consulta, também indicado, tenha sido uma colectânea ou um sítio electrónico.

As transcrições de obras e decisões jurisprudenciais estrangeiras fazem-se, normalmente, em língua portuguesa, sendo a respectiva tradução da responsabilidade da autora. Só assim não acontece quando, entendendo-se que o sentido do excerto é facilmente apreensível, mesmo na língua original, se considera haver desvantagem, por perda de autenticidade, na respectiva tradução.

A elaboração desta dissertação contou com o apoio financeiro do IDET – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho –, através da atribuição de uma bolsa de estudo, pelo período de quatro meses, com início em Setembro de 2009.

A elaboração desta dissertação beneficiou ainda do apoio de uma Bolsa de Investigação de Formação Avançada, tipologia 4.1 (Bolsa de Investigação SFRH / BD / 66256 / 2009), concedida pela FCT – Fundação para a Ciência e Tecnologia –, financiada pelo POPH-QREN e comparticipada pelo Fundo Social Europeu e por fundos nacionais do MCTES. A bolsa foi concedida pelo período de um ano, a contar a partir de Janeiro de 2010, tendo-se renovado por três vezes.

Este trabalho *não* foi redigido ao abrigo do Acordo Ortográfico de 1990.

RESUMO/ABSTRACT

A presente investigação centra-se no estudo do tema da invalidez parcial do contrato individual de trabalho, e pretende traçar os contornos do regime de invalidez parcial do contrato de trabalho no direito português, tomando como eixos ou coordenadas estruturantes duas questões que transportam uma certa ambiguidade e que conferem ao tema, ao arripio do que vem sendo comumente veiculado nos ensinamentos doutrinários nacionais e de direito comparado, um carácter problematizador. Num primeiro nível, e uma vez que o sistema jurídico laboral intervém, amiúde, impondo a manutenção coactiva do contrato de trabalho, a questão do enquadramento dogmático e do(s) fundamento(s) que estão por detrás das técnicas de conservação coactiva. Num segundo plano, a questão da aplicabilidade do regime de redução comum ao contrato de trabalho (artigo 292.º do Código Civil), desde logo, a questão do próprio *Se* da aplicação do referido regime ao contrato de trabalho – sabendo-se da tensão existente entre uma possível destruição do vínculo laboral fruto da aplicação do referido regime e a tutela jurídica do bem emprego – assim como do *Critério* orientador que, em caso afirmativo, permite distinguir as hipóteses que caem sob a alçada do regime jurídico comum da redução daquelas outras que obedecerão a soluções de conservação obrigatória. Reflectir sobre estas, entre outras questões, concitará a análise do ordenamento juslaboral, mas, igualmente, desde o início, o apelo ao Direito Civil, atentas as numerosas figuras civilísticas que serão mobilizadas e que a compreensão do tema pressupõe.

Procede-se a uma divisão entre hipóteses de não aplicação do regime comum da redução – contexto onde são analisadas as diferentes técnicas através das quais o sistema jurídico intervém, assegurando a conservação do contrato de trabalho, por vezes, com expressa consagração no direito positivo, outras vezes, fruto de criação doutrinária e/ou jurisprudencial – e hipóteses de aplicação do regime comum da redução.

No primeiro grupo, destaca-se a solução contida na parte geral do Código do Trabalho – o artigo 121.º, n.º 2 – a qual, ao cominar o efeito conservador-substitutivo em termos omnicompreensivos e tentaculares, suscita, sobretudo desde 2003, sérias dificuldades quanto à sua fundamentação. Por isso, expõem-se algumas das possíveis linhas de fundamentação, tendo em vista um debate que ainda não foi feito na

doutrina nacional. Também é dado relevo à problemática da conservação do contrato assegurada através de uma actividade integrativa do regulamento contratual a realizar pelo juiz, à aplicação do regime jurídico de invalidade parcial do contrato de adesão ao contrato de trabalho, e à resposta do sistema a eventuais situações-limite em que o efeito de conservação do contrato de trabalho provoca uma turbação significativa no equilíbrio entre as prestações das partes.

Ao lado das soluções de conservação coactiva, é possível formular hipóteses de invalidade parcial do contrato de trabalho em que a aplicação do regime comum da redução cobra sentido. Parece de afastar, com efeito, uma análise que postule a absoluta incompatibilidade entre os dois elementos da “equação”, conquanto se reconheça a pouca pertinência da reprodução de uma regra como essa na lei laboral.

São ainda discutidos os possíveis critérios orientadores na identificação do tipo de regime jurídico de invalidade parcial aplicável, estando a complexidade da questão, acredita-se, actualmente relacionada com as dificuldades registadas ao nível da fundamentação das soluções de conservação autoritária.

Palavras-chave: invalidade parcial, autonomia negocial individual, normas imperativas, contraente débil.

*

The present research focuses on the study of the topic of partial invalidity of the individual employment contract, and intends to draw the outlines of the regulation of partial invalidity of the employment contract in Portuguese Law, taking as axes or structuring coordinates two questions, which carry a certain ambiguity in themselves, and confer a problem-creating character to the issue of partial invalidity, in an opposite direction to that which is commonly transmitted by the teachings of national and comparative law. On a first level, and due to the fact that the employment legal system frequently intervenes by imposing the coercive preservation of an employment contract, the question of the dogmatic framework and that of the underlying grounds of the technical solutions of coercive preservation. On a second plane, the question of the applicability of the common reduction system to the employment contract, from the outset, the question of the *If* itself of the application of the aforesaid system to employment contracts – the existence of tension between the possible destruction of

the bond as a result of the application of the abovementioned regulation, and the protection of the legally protected interest of employment being known – as well as of the guiding *Criterion* which, in an affirmative case, makes it possible to distinguish the hypotheses which fall under the common legal system of reduction, from those which shall correspond to solutions of coercive preservation. Reflecting on these and other questions will spark the analysis of the legal order, but at the same time call upon civil law, given the numerous civil-figure categories which will be mobilized, and that the comprehension of the topic presupposes.

We proceed to a division between hypotheses of non-application of the common reduction system – context in which the different techniques through which the legal system intervenes are analysed, ensuring the preservation of the employment contract, sometimes expressly adopted in positive law, others, the result of doctrine and/or jurisprudence – and the hypotheses of application of the common reduction system.

In the first group, the solution provided for in the general part of the Labour Code – section 121th, no. 2 – stands out, which generates serious difficulties regarding its grounds, when it threatens the preservation-substitution effect in all-encompassing and tentacular terms. That is why some of the possible motivation lines are introduced, keeping in sight a debate that has yet to take place in national doctrine. Importance is given, as well, to the problem of preservation of the contract, ensured by means of the integrative activity of contractual regulation to be carried out by the judge, to the application of the legal system of partial invalidity of the adhesion contract to the employment contract, and to the response of the system to occasional limit situations in which the effect of the preservation of the employment contract generates a significant disturbance to the balance of the parties' obligations.

Next to the solutions of coercive preservation, it is possible to formulate hypotheses of partial invalidity of the employment contract, where the application of the common reduction system makes sense. In effect, it would seem that an analysis which establishes the absolute incompatibility between the two elements of the “equation” should be set aside, notwithstanding the recognition of the little pertinence of the reproduction of a rule such as the aforementioned in Employment Law.

Furthermore, the possible orientation criteria for the identification of the applicable type of legal system of partial invalidity are under discussion, with the

complexity of the question believed to be currently related to the difficulties generated at the level of the grounds for the solutions of authoritarian preservation.

Keywords: partial invalidity, individual contractual freedom, mandatory rules, weak party.

SIGLAS E ABREVIATURAS

AA. VV. – Autores vários

AC – *Archivio Civile*

AcP – *Archiv für die civilistische Praxis*

ADC – *Anuario del Derecho Civil*

ADL – *Argomenti di Diritto del Lavoro*

AL – *Actualidad Laboral*

AuR – *Arbeit und Recht*

BB – *Der Betriebs-Berater*

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*

BMJ – *Boletim do Ministério da Justiça*

Cit. – Citado/a

Cf. – Conferir

CDP – *Cadernos de Direito Privado*

Contr. impr. – *Contratto e impresa*

D. – *Recueil Dalloz*

DL – *Il Diritto del Lavoro*

DLP – *Diritto e Pratica del Lavoro*

DS – *Droit Social*

ESC – *Estudos Sociais e Corporativos*

EuropaDP – *Europa e Diritto Privato*

Gciv – *Giustizia civile*

GI – *Giurisprudenza Italiana*

GDLRI – *Giornali di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*

HGB – Handelsgesetzbuch

JCP E – Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique – édition Entreprise)

JCP G – Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique – édition Générale)

JCP S – Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique – édition Sociale)

JuS – Juristische Schulung

JZ – Juristenzeitung

LCCT – Lei da Cessação do Contrato de Trabalho e do Contrato de Trabalho a Termo, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro

LCT – Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969

LD – Lavoro e Diritto

LG – Il Lavoro nella Giurisprudenza

MGL – Massimario della Giurisprudenza del Lavoro

NJW – Neue Juristische Wochenschrift

NJW-RR – Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report Zivilrecht

NZA – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

NZA-RR – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht

N.º/n. – número

Pág(s). – página(s)

QL – Questões Laborais

RdA – Recht der Arbeit

Riv. crit. dir. priv. – Rivista critica di diritto privato

RDC – Rivista di Diritto Civile

RDCom – Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni

RDES – Revista de Direito e de Estudos Sociais

RDL – Rivista di Diritto del Lavoro

RDT – Revue de Droit du Travail

REDT – Revista Española de Derecho del Trabajo

RGL – Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale

RIDL – Rivista Italiana di Diritto del Lavoro

RJS – Revue de Jurisprudence Sociale

RL – Relaciones Laborales

RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência

RMP – Revista do Ministério Público

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

RTDPC – Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile

RTDP – Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico

V.g. – Verbi gratia

Vol. – Volume

T. – Tomo

ZfA – Zeitschrift für Arbeitsrecht

INTRODUÇÃO: APRESENTAÇÃO DO TEMA, DELIMITAÇÃO DOS PROBLEMAS E LINHAS DE INVESTIGAÇÃO

I – O tema da invalidade parcial do contrato de trabalho não tem suscitado especial atenção nem desenvolvimentos teóricos particularmente complexos junto da doutrina juslaboral, tanto nacional como estrangeira. Entre nós, sintomático desse processo de simplificação é a circunstância de, a par de referências sintéticas na manualística, o único estudo nacional com algum desenvolvimento sobre o tema ser uma publicação anterior a 1966 de RAÚL VENTURA¹, intitulada “Nulidade total e nulidade parcial do contrato de trabalho”². Mas, tanto quanto sabemos, o escasso

¹ *O Direito*, ano XCIV, 1962, págs. 245 a 273.

² Em bom rigor, de um modo geral, os vários núcleos temáticos que a invalidade do contrato de trabalho encerra estão longe de ter tido, até ao momento, na literatura pátria reflexões dogmáticas abundantes, ainda que, como lucidamente observa PAOLO TOSI, “Le invalidità nel diritto del lavoro: questioni di metodo”, *ADL*, 3/2010, pág. 603, o Direito do Trabalho seja “o reino das operações hermenêuticas em torno da invalidade”, não apenas por ser “o reino das normas inderrogáveis, e como tal da nulidade por contrariedade a normas imperativas”, mas, e sobretudo, em razão da “peculiar pluralidade e conflitualidade de interesses em jogo, que o tornam em grande medida socialmente sensível”.

A respeito das questões relacionadas com os efeitos das invalidades *do* e *no* contrato de trabalho e com a revalidação do contrato de trabalho, vejam-se os estudos de RAÚL VENTURA, “Regime das nulidades do contrato de trabalho”, *ESC*, Ano II, n.º 6, 1965, págs. 9 e ss.; LUÍS BRITO CORREIA, “Efeitos Jurídicos dos Contratos de Trabalho Inválidos Executados”, *Economia e Finanças*, (Anais do Instituto Superior de Ciências Económicas e Financeiras, vol. XXXVI, 1968, págs. 40 e ss.; e JÚLIO VIEIRA GOMES/CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, “Sobre o Regime da Invalidade do Contrato de Trabalho”, *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, coordenação de António Moreira, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 149 e ss..

Uma outra questão que, à semelhança do tema por nós escolhido, não tem até à data justificado nenhum estudo autónomo prende-se com o problema da legitimidade para arguir a nulidade *do* ou *no* contrato de trabalho. Na verdade, a contraposição de interesses e de situações que constantemente a lei estabelece entre trabalhador e empregador leva legitimamente a perguntar se não se justificaria nesta sede a aplicação da chamada nulidade mista ou atípica, que se caracteriza pelo facto de a invocação ser restrita a uma categoria ou círculo de interessados, distinta, portanto, do regime geral previsto no artigo 286.º do Código Civil. Trata-se de uma solução que o legislador laboral português não acolheu até ao momento (nestes termos, LUÍS BRITO CORREIA, “Efeitos jurídicos...”, *cit.*, pág. 58). Em todo o caso, o problema vai sendo aflorado de modo incipiente em alguns textos

desenvolvimento doutrinal estende-se a outras experiências jurídicas estrangeiras. Não estamos, é certo, numa área totalmente inexplorada. Algumas reflexões foram sendo feitas. Mas investigações aprofundadas em torno do tema rareiam³. A ideia geral que corresponde às formulações comuns na literatura portuguesa e de outros ordenamentos jurídicos de matriz (mais ou menos) semelhante é a de que o regime jurídico da invalidade parcial do contrato de trabalho não suscita particulares desenvolvimentos. O discurso jurídico a propósito do regime da invalidade parcial do contrato de trabalho assume um *carácter evanescente e marcadamente descritivo*.

Prima facie, diz-se, vale a respeito da invalidade parcial do contrato de trabalho o regime comum da redução do negócio jurídico, entre nós, previsto no artigo 292.º do Código Civil, o qual estabelece como critério geral de resolução da

académicos. Doutrinalmente, RAÚL VENTURA (“Regime das nulidades do contrato de trabalho”, *cit.*, pág. 53) pronunciou-se no sentido da inconveniência da distinção. Já outros autores parecem, num plano *de iure condendo*, reconhecer virtualidades na consagração de uma nulidade mista ou atípica. Em relação aos actos extintivos da relação de trabalho, especialmente no que toca ao despedimento, vejamos as considerações tecidas por JORGE LEITE/JORGE COUTINHO DE ALMEIDA, *Colectânea de Leis do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, pág. 261 e 262. Estaremos, no entender dos Autores, perante uma invalidade que é estabelecida no interesse do trabalhador, pelo que o empregador careceria de legitimidade para a arguir (numa alusão a uma espécie de *venire contra factum proprium*). Um entendimento semelhante foi também proposto por MARIA IRENE GOMES, “A comissão de serviço”, *A Reforma do Código do Trabalho*, organização por Centro de Estudos Judiciários/Inspeção Geral do Trabalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 376, nota 8, a propósito da nulidade da cláusula de comissão de serviço por vício de forma. A Autora observa que, em matéria de comissão de serviço de trabalhador interno, naqueles casos em que o trabalhador só aceitou o cargo de direcção com o intuito de o exercer por um determinado período de tempo, a faculdade de invocar a nulidade deveria restringir-se à titularidade do trabalhador.

³ Algumas excepções devem, por isso, ser mencionadas. No sistema jurídico italiano, destaca-se a monografia de GIAMPAOLO NOVARA, *L’invalidità del contratto di lavoro*, Giuffrè, Milão, 1967, em que das cerca de trezentas páginas dedicadas ao tema da invalidade do contrato de trabalho apenas cinquenta se reportam ao problema da invalidade parcial, e mais recentemente, a análise de MARIA CRISTINA CATAUDELLA, *Contratto di Lavoro e Nullità Parziale*, Giuffrè, Milão, 2008. Na experiência jurídica espanhola, indica-se como monografia essencial o estudo de MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ, *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1975. Na Alemanha, estudos monográficos sobre o tema foram feitos essencialmente na década de sessenta, entre os quais se destacam o de DIETMAR SCHOLZ, *Die Anwendung des §139 BGB im Arbeitsvertragsrecht*, Andreas Funke, Offsetdruck, Gotinga, 1965; e de ROLF EBERTH, *Die Teilnichtigkeit im Arbeitsrecht – Eine Untersuchung der Bedeutung des §139 BGB im Arbeitsrecht*, Gouder und Hansen, Colónia, 1967.

questão da invalidade parcial o do recurso à chamada vontade hipotética ou conjectural das partes. Lê-se, com efeito, no artigo 292.º da lei geral civil “ a nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido celebrado sem a parte viciada”. No caso da experiência jurídica portuguesa, a ideia de que vale no domínio do contrato de trabalho o regime comum da redução do negócio jurídico é, aliás, reforçada pela sistematização “externa” dos dados normativos. De facto, desde o ano de 1966 até ao momento actual, a legislação laboral portuguesa consagra, dentre os preceitos legais de carácter geral que regulam o contrato individual de trabalho, a mencionada regra da redução do negócio jurídico. No período correspondente à vigência do diploma que originariamente instituiu o regime jurídico do contrato de trabalho⁴ e que depois foi substituído pela LCT, lia-se no artigo 14.º, n.º 1, “A nulidade ou anulação parcial do contrato de trabalho não determina a invalidade de todo o contrato, salvo quando se demonstre que os contraentes ou alguns deles o não teriam concluído sem a parte viciada”. Ainda que com uma ligeira diferença de redacção em relação ao artigo 292.º do Código Civil, entendia-se que o artigo 14.º, n.º 1 não continha um regime diferente quanto à redução do negócio, alicerçado, como é sabido, na *exceptio hypotheticae voluntatis*⁵. Desde 2003, com a entrada em vigor do Código do Trabalho, a aproximação terminológica com a lei civil tornou-se praticamente total. Tanto o artigo 114.º, n.º 1 do Código do Trabalho de 2003⁶, como o artigo 121.º, n.º 1 do Código do Trabalho de 2009^{7 8} – estabelecem sensivelmente que a nulidade ou a anulação parcial

⁴ O Decreto-Lei n.º 47032, de 27 de Maio de 1966, posteriormente, substituído pelo Decreto-Lei n.º 49 408, de 24 de Novembro de 1969 (LCT).

⁵ Assim, MÁRIO PINTO/PEDRO FURTADO MARTINS/ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis do Trabalho*, vol. I, Lex, Lisboa, 1994, pág. 67.

⁶ Aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, alterado pela Lei n.º 9/2006, de 20 de Março e pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro.

⁷ Aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro, pela Lei n.º 53/2011, de 14 de Outubro, pela Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho, pela Lei n.º 47/2012, de 29 de Agosto, pela Lei n.º 69/2013, de 30 de Agosto, pela Lei n.º 27/2014, de 8 de Maio, pela Lei 55/2014, de 25 de Agosto, pela Lei n.º 28/2015, de 14 de Abril, e mais recentemente, pela Lei n.º 120/2015, de 1 de Setembro.

⁸ Sempre que uma disposição legal for doravante referida apenas com a indicação de pertencer ao Código do Trabalho, e excepto se outra conclusão se retirar do contexto, deve entender-se que ela se reporta ao Código do Trabalho de 2009.

não determina a invalidade de todo o contrato de trabalho, salvo quando se mostre que este não teria sido celebrado sem a parte viciada⁹.

Não obstante esta primeira conclusão, acrescenta-se: o mencionado regime comum sofre no contexto do contrato de trabalho uma forte limitação no seu âmbito de aplicação, mercê de um amplo feixe de situações em que se impõe a manutenção coactiva do contrato de trabalho. Quer dizer, as mais das vezes, o problema da invalidade parcial do contrato de trabalho obedece a um tipo de resposta autoritária, impondo-se a manutenção do contrato de trabalho, independentemente ou mesmo contra a vontade real ou hipotética das partes ou de uma delas¹⁰.

Este tom predominantemente descritivo é aquele que também se retira das reflexões doutriniais além-fronteiras, designadamente nas experiências jurídicas italiana e alemã. Em ambos os casos, a doutrina começa por afirmar que vale em matéria de contrato de trabalho o regime comum de invalidade parcial contido na lei civil. No entanto, à semelhança do que sucede entre nós, conclui-se, que a referida regra sofre uma limitação significativa mercê da prevalência de soluções conservadoras autoritárias.

No caso do sistema italiano, a doutrina reconhece que vale, a respeito da invalidade parcial do contrato de trabalho, a regra constante do livro quarto (“Delle obbligazioni”), o artigo 1419 do *Codice Civile*, com a epígrafe “Nullità parziale”. Estatui o n.º 1 do mencionado preceito que “La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell’intero contratto, se risulta che I contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità”. Contudo, afirma-se, a maior parte dos casos de invalidade

⁹ A omissão à referência *aos contraentes* ou *algum deles* não significa que apenas o relevo negativo da vontade de um dos contraentes possa obstar à redução e ao aproveitamento do negócio. Tanto o apuramento da vontade hipotética ou conjectural do trabalhador como a do empregador podem conduzir àquele desfecho, leia-se à destruição do contrato de trabalho. Assim, PEDRO MADEIRA DE BRITO, Anotação ao artigo 121.º do Código do Trabalho, in AA. VV., *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 324.

¹⁰ Nestes termos, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 209; JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, vol. I – Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 522; JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 194 e 195; e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 251.

parcial do contrato de trabalho deixa-se reconduzir à aplicação da solução consagrada no artigo 1419/2 do *Codice*, nos termos da qual “La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative”. Ora, admitindo-se que esta última norma é também chamada a resolver o problema da (in)validade parcial do contrato¹¹, por um lado, e que dela resulta – em articulação com outros preceitos que determinam o efeito substitutivo¹² – a manutenção coactiva do contrato (portanto, sem averiguação da vontade hipotética das partes), por outro, considera-se genericamente que, em virtude da aplicação de um tal comando, a aplicação da regra comum civilística vê substancialmente reduzido o seu campo de aplicação no âmbito juslaboral¹³.

Na experiência jurídica alemã, começa-se por proclamar a aplicabilidade ao contrato de trabalho do regime geral do §139 do *BGB* que contém a regra comum em matéria de invalidade parcial, à partida aplicável a todos os casos de invalidade parcial negocial. Dispõe o §139 que “Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den

¹¹ A ideia de que o efeito previsto pelo artigo 1419/2 é o da conservação coactiva do contrato constitui aspecto que não oferece particular discussão – nestes termos, RAFFAELE DE LUCCA TAMAJO, *La Norma Inderogabile nel Diritto del Lavoro*, Eugenio Jovene, Nápoles, 1976, pág. 159; BRUNO INZITARI, *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*, Eugenio Jovene, Nápoles, 1979, pág. 156; EUGENIO SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Giuffrè, Milão, 1971, pág. 40; ADRIANA D’ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Cedam, Pádua, 1974, pág. 174; ALESSANDRO D’ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Cedam, Pádua, 2008, págs. 4 e ss.. Há, no entanto, alguma ambiguidade no discurso doutrinal no que toca às condições em que o efeito conservador é chamado a operar, tendo já sido sustentado que o efeito conservador-substitutivo dependeria de uma expressa previsão em norma *ad hoc*, embora a tendência mais recente seja para considerar que o efeito se possa também extrair da *ratio* da norma violada – sobre esta evolução, ver, por exemplo, VINCENZO ROPPO, *Trattato del Contratto, IV, Rimedi-1*, Giuffrè, Milão, 2006, pág. 117.

¹² *Maxime* o artigo 1339 do *Codice Civile*. *Vide infra*, parte II, A, capítulo 1, ponto 3.

¹³ Especificamente no contexto laboral, MARCO NOVELLA, “Considerazioni sul Regime Giuridico della Norma Inderogabile nel Diritto del Lavoro”, *ADL*, 2/2003, pág. 516, afirma que através dos artigos 1339 e 1419/2 do *Codice Civile* nega-se eficácia à cláusula derogatória sem que o mecanismo invalidante se estenda a todo o contrato. Assim, também, CARLO CESTER, “La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro”, *GDLRI*, ano XXX, n.º 119, 3, 2008, págs. 356 e 357; RICCARDO DEL PUNTA, *Diritto del Lavoro*, 2.ª edição, Giuffrè, Milão, 2008, pág. 233; e LUISA GALANTINO, *Diritto del Lavoro*, 16.ª edição, Giappichelli, Torino, 2009, pág. 147.

nichtigen Teil vorgenommen sein würde”, ou seja, quando uma parte do negócio jurídico é inválida, é inválido todo o negócio jurídico, a menos que deva assumir-se que aquele teria sido querido sem a parte inválida. Trata-se de uma *fattispecie*, como se verá, com pontos de contacto com aquela prevista no artigo 292.º do Código Civil (e no artigo 121.º, n.º 1 do Código do Trabalho) e no artigo 1419/1 do *Codice Civile*, mas que enuncia um princípio oposto: a regra será aqui a da invalidade total, e a excepção a invalidade parcial. No entanto, partindo dessa regra, admite-se que a mesma sofre uma forte atenuação no contexto do contrato de trabalho, impondo-se, as mais das vezes, uma solução de conservação coactiva do contrato¹⁴.

II – Sob a aparente linearidade deste discurso, detectam-se, depois, numa análise mais atenta, questões que transportam uma certa ambiguidade e que conferem ao tema, ao arrepio do que vem sendo comumente veiculado, *um carácter problematizador*.

Num primeiro nível, o discurso em torno do(s) enquadramento(s) e das razões que estão por detrás das soluções conservadoras autoritárias apresenta-se fortemente indeterminado pela pluralidade de tópicos que alberga, pelo que dificilmente poderá dizer-se que essa é uma questão ultrapassada. Em face de uma contrariedade do contrato de trabalho com a lei, o sistema jurídico intervém, as mais das vezes, impondo a manutenção coactiva do contrato. Sucede que, prestando algum cuidado às reflexões que vêm sendo feitas, assinalam-se a esse respeito linhas discursivas muito diversas.

A solução substitutiva, actualmente consagrada no nosso artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho, evidencia, de modo, diríamos, exemplar, estas perplexidades. Por vezes, é essa a compreensão dominante, a tónica é posta na circunstância de a solução substitutiva ter o alcance de impor a manutenção forçada do contrato de

¹⁴Essa era a orientação que, na década de sessenta, era maioritariamente secundada pela doutrina e acompanhada nos tribunais, como sublinhava DIETMAR SCHOLZ, *Die Anwendung des §139 BGB, cit.*, pág. 2, e que se mantém no contexto actual – cf. GÜNTER SCHAUB/ULRICH KOCH/RÜDIGER LINK/HIMRICH VOGELSANG, *Arbeitsrechts-Handbuch – Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis*, 12.ª edição, C. H. Beck, Munique, 2007, pág. 280; ou WOLFGANG ZÖLLNER/KARL-GEORG LORITZ/CURT WOLFGANG HERGENRÖDER, *Arbeitsrecht*, 7.ª edição, C.H. Beck, Munique, 2015, pág. 182.

trabalho, sem possibilidade de afastamento pela vontade hipotética das partes. Há quem se refira, nesse caso a um regime de redução particular – nessa medida, a solução substitutiva constituiria uma solução alternativa da aplicação da regra geral contida no n.º 1 do referido bloco normativo, alternativa portanto, da aplicação do critério aí previsto. Outras vezes preferem dizer que se trata de um regime de conversão legal, como ainda há quem avance com uma qualificação diferente, admitindo nem sequer haver lugar a uma invalidade propriamente dita.

Já no que concerne à fundamentação da solução, alguma doutrina invoca que se trata de um instituto que encontra a sua explicação no carácter de protecção das normas imperativas violadas, destinado-se, pois, a garantir a plena realização dos fins visados pelas normas que têm como objectivo a protecção dos interesses do trabalhador, enquanto contraente débil da relação. Paralelamente, deparamo-nos com posicionamentos que justificam indiferenciadamente a intervenção com base nas necessidades de tutela do trabalhador, mas também do empregador. Já num outro plano, assinala-se que a técnica substitutiva constituiria uma decorrência lógica e natural da violação das normas imperativas, pois as cláusulas de um contrato que estejam em desarmonia com preceitos imperativos não podem prevalecer, devendo ser substituídas pelas regras legais imperativas.

Idêntica amálgama de linhas de pensamento aflora no discurso da doutrina germânica, pese embora a ausência de um dado juspositivo como o nosso. De acordo com aquela que foi a orientação que se consolidou na segunda metade do século passado e que perdura ainda hoje, as soluções de conservação forçada do contrato de trabalho são uma decorrência do carácter de protecção dos preceitos imperativos violados (“Schutzvorschriften”), os quais, em razão do seu sentido e finalidade (“Sinn und Zweck”) excluiriam a aplicação do §139 do *BGB*¹⁵. Notou-se, todavia, igualmente uma outra tendência no sentido de apoiar as soluções autoritárias fundamentalmente no princípio do Estado Social, que assumiria em Direito do Trabalho um papel particularmente extenso de compressão da autonomia privada, não apenas em matéria de despedimento, como também na fixação do alcande do §139 do

¹⁵Em meados do século passado era esta a explicação maioritariamente avançada como sublinha ROLF EBERTH, *Die Teilnichtigkeit im Arbeitsrecht...*, cit., pág.56 ; actualmente, por exemplo, WOLFGANG ZÖLLNER/KARL-GEORG LORITZ/CURT WOLFGANG HERGENRÖDER, *Arbeitsrecht...*, cit., pág. 182; e ABBO JUNKER, *Grundkurs Arbeitsrecht*, 5.ª edição, C. H. Beck, Munique, 2006, pág. 101.

*BGB*¹⁶. Já, por exemplo, no caso de violação das disposições convencionais provenientes de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, *maxime*, de convenções colectivas de trabalho, a doutrina preocupou-se, por via de regra, em realçar a eficácia inderrogável (“*zwingende Einwirkung*”) das disposições convencionais para explicar o efeito substitutivo¹⁷.

Mutatis mutandis na experiência jurídica italiana, onde é também notória a tensão no discurso acerca das técnicas de intervenção. Nas palavras de FIORELLA LUNARDON¹⁸, em Direito do Trabalho “*la nullità parziale pecca per eccesso. Si entende in primo luogo per eccesso di utilizzazione. Nella maggior parte dei casi in cui essa viene fatta operare, invero la giurisprudenza e la dottrina non spiegano perché*”. Por vezes, a tónica é posta nos efeitos desvantajosos do recurso à vontade hipotética do contraente forte, solução que levaria à destruição do contrato, prejudicando o trabalhador, contraente débil que o sistema procura proteger¹⁹. Outras vezes, faz-se apelo ao carácter supra-individual dos interesses a tutelar e/ou à inderrogabilidade das normas²⁰. E noutros discursos, opta-se por uma estratégia combinatória das duas linhas de pensamento.

III – Num segundo nível, a questão da própria aplicabilidade do regime comum da redução ao contrato de trabalho – isto é, a questão de saber se faz sentido ou se é possível o recurso ao critério da vontade hipotética das partes como critério de

¹⁶ HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte – Das Verhältnis von Parteiwille und Rechtssatz im Bereich des § 139 BGB*, Carl Heymanns Verlag KG, Colónia, 1968, pág. 130; ou DIETMAR SCHOLZ, *Die Anwendung des §139 BGB...*, *cit.*, pág. 60.

¹⁷ ALFRED HUECK/HANS CARL NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts - Zweiter Band*, 6.^a edição, Franz Vahlen, Berlim/Frankfurt, 1957, págs. 389 e ss..

¹⁸ “Le nullità nel diritto del lavoro”, *ADL*, 3/2010, pág. 665.

¹⁹ VALERIO SPEZIALE, “Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro”, *Atti del Convegno Nazionale – Nuovi Assetti delle Fonti del Diritto del Lavoro*, coordenação de Cataldo Balducci e Maria Luisa Serrano, Caspur, Ciber Publishing, 2011, págs. 206 e ss..

²⁰ MARCO NOVELLA, “Considerazioni sul regime giuridico...”, *cit.*, pág. 515; EDOARDO GHERA, *Diritto del Lavoro – Il rapporto di lavoro*, Cacucci Editore, Bari, 2008, pág. 63. Num contexto mais amplo, é essa a orientação que se retira também do pensamento de autores civilistas a respeito do fundamento do mecanismo substitutivo-conservador do artigo 1419/2 do *Codice* – assim, GIOVANNI CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Giuffrè, Milão, 1959, pág. 123; VINCENZO ROPPO, *Trattato del Contratto*, *cit.*, pág. 117.

resolução da questão da conservação do contrato de trabalho parcialmente inválido – apresenta-se como um aspecto que suscita um embaraço notório junto da doutrina jus-laboral.

A ambivalência nesta sede regista-se, desde logo, por uma intuitiva tendência em relacionar a questão da aplicação do regime comum da redução com a da tutela que o valor da conservação do emprego assume no horizonte do Direito do Trabalho e *pour cause* pelo desconforto que se verifica em conciliar os dois elementos da “equação”²¹. Na verdade, é sabido que em Direito do Trabalho, porventura mais do que em qualquer outro ramo do direito, o interesse na conservação dos laços contratuais surge como um valor *a se stante*. Dir-se-á que o interesse na conservação do emprego corresponde, desde logo, a um corolário lógico da própria função económica que o contrato de trabalho é chamado a desempenhar. Colocando o trabalhador a sua energia laborativa à disposição do empregador mediante um preço – o salário –, o qual se traduzirá no principal ou mesmo único meio de sustento do trabalhador (e respectivo agregado familiar), depressa se faz sentir a premência do interesse na conservação da relação. Esse valor tem, de resto, expreso reconhecimento e protecção no plano normativo – nacional – a nível legal e constitucional – e internacional, como é sabido. A tutela deste valor assume projecções regimentais relevantes não apenas em matéria de regime de cessação do contrato de trabalho – através das limitações feitas à liberdade de decisão do

²¹ Não é, de resto, a única matéria dentro daquelas que integram a doutrina geral do negócio jurídico em que esse mal-estar é sublinhado pela doutrina nacional e estrangeira. Um outro tema onde esta tensão é registada diz respeito à invalidade do contrato de trabalho por vícios do consentimento, não tanto pelas causas da invalidade em si, mas pelos efeitos que a mesma desencadeia. JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, cit., pág. 528, refere-se à existência de “um paradoxo ou mesmo de uma “contradição” num sistema que restringe a resolução do contrato pelo empregador, colocando uma série de exigências procedimentais e balizas temporais e afasta, em regra, as consequências normais da invalidade do contrato quanto a contratos de trabalho inválidos que tenham sido executados, mas, por outro lado, permite a invocação da invalidade de acordo com as regras gerais do direito civil, que não têm em conta a especial necessidade de tutela do posto de trabalho”. Em França, GREGOIRE LOISEAU, “L’application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail”, *Études offertes à Jacques Ghestin – Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, Paris, 2001, pág. 596, observa que o direito especial do despedimento tende a impregnar o direito comum dos vícios do consentimento, modificando o momento em que é avaliada a importância do vício. Sobre a questão, desenvolvidamente, ANNA PIOVESANA, “Vizi della volontà nella costituzione del rapporto di lavoro”, *LG*, n.º 7, 2003, págs. 618 e ss..

empregador em despedir –, em matéria de suspensão do contrato de trabalho, no que diz respeito à admissibilidade e regime do contrato a termo, em relação à transmissão da empresa ou estabelecimento²², entre outros.

A verdade é que, por diversas ocasiões, nem sempre de forma explícita, acaba por se fazer uso deste tópico para insinuar a incompatibilidade ou a difícil conciliação que existiria entre a tutela do posto de trabalho e da continuidade da relação e a aplicação do regime comum da redução ao contrato de trabalho, pelo facto de, justamente, este último regime poder ter como consequência a invalidade total do negócio, a destruição do contrato, e por conseguinte, a perda do emprego. No fundo, não obstante o reconhecimento em termos gerais da aplicação do regime comum da redução ao contrato de trabalho, são visíveis hesitações em relação à referida admissibilidade, tendo por isso cabimento perguntar se haverá uma relação de incompatibilidade entre as duas matérias.

De outra parte, mesmo não se enveredando por um discurso extremista de incompatibilidade, a questão da aplicabilidade do instituto ao contrato de trabalho acaba também por se revelar delicada, mercê das dificuldades ensaiadas, desde logo, pela doutrina em identificar hipóteses de aplicação do regime comum da redução ao contrato de trabalho²³, mas, mais ainda, pelas dificuldades em avançar um critério

²² Sobre as projecções do direito à segurança no emprego e a precariedade instituída através da celebração de contratos a termo, por todos, JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 710 e ss.; JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, t. I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 1060 e ss.; JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, vol. II, Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, Serviço de Textos, Coimbra, 2004, págs. 76 e 77; PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Trabalho e Direitos Fundamentais – Compatibilização entre a segurança no emprego e a liberdade empresarial”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 246 e ss.. Em sentido convergente, MANUEL ALONSO OLEA *apud* MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LOPEZ (*La nulidad parcial...*, *cit.*, pág. 65) observa que do intenso jgo de manifestações da conservação negocial no âmbito do contrato de trabalho derivam importantes manifestações, tais como: admissão de diversas situações de novação modificativa objectiva, funcionamento do instituto da suspensão, admissão de hipóteses de subrogação na posição jurídica de empregador, preferência legal pelo contrato por tempo indeterminado, entre outras.

²³ Na jurisprudência são, de resto, exíguas as decisões que convocam o referido instituto. Destaca-se, no entanto, uma curiosa decisão do Supremo Tribunal de Administrativo de 7 de Novembro de 1961 (*in ESC*, ano I, n.º 1, 1962, págs. 121 a 126). Os factos que motivaram o referido litígio foram os seguintes. Em 20 de Dezembro de 1948, a Assembleia Geral de uma dada sociedade

orientador que permita distinguir as hipóteses que caem sob a alçada do regime comum da redução daquelas outras que obedecerão a soluções de conservação obrigatória, o mesmo é dizer, que explique que certas hipóteses obedeçam a uma resposta de tipo autoritário e já noutras o tratamento da invalidez parcial fique na disponibilidade das partes, aplicando-se o regime comum da redução. O sentimento dominante e tradicional da doutrina juslaboral portuguesa e estrangeira é apenas o de que o regime geral da redução do negócio jurídico tem um sentido praticamente

aprovara uma proposta da Direcção no sentido de autorizar que fosse celebrado determinado contrato de trabalho com X e fixando o vencimento mensal em 1.000\$00. Em 19 de Julho de 1954, a Direcção, em cumprimento da deliberação, celebra com X um contrato de trabalho, do qual constavam entre outras as seguintes cláusulas: a) um vencimento mensal de 1500\$00; b) um período norma de trabalho semanal de trinta e três horas; c) o carácter vitalício do referido contrato; d) a possibilidade de rescisão por parte da entidade empregadora em caso de prática de actos desonrosos e pelo trabalhador no caso de mudança de local de trabalho que lhe causasse prejuízo; e) o direito do trabalhador a uma indemnização, em caso de despedimento correspondente à importância de duas vezes o seu vencimento anual, multiplicado pelo número de anos de serviço prestado. Em Abril de 1958, a Direcção elevou o vencimento do referido trabalhador para 1800\$00 e, no mesmo ano, a Assembleia Geral em Novembro fê-lo baixar para 1500\$00, descida que foi acompanhada por um aumento do período normal de trabalho de nove horas semanais. Perante estas últimas alterações, o trabalhador veio exigir à entidade empregadora o pagamento de determinadas importâncias a título de diferenças de vencimentos e de horas extraordinárias e a entidade empregadora, em sede de pedido reconvenicional, pediu a declaração da nulidade do mesmo contrato de trabalho. Num primeiro momento, o Supremo Tribunal debruçou-se sobre a validade da cláusula de vencimento e concluiu que, não obstante a competência da Direcção para a celebração do contrato de trabalho em causa, a cláusula do vencimento era nula por força da nulidade da deliberação da Direcção que fixara em 1500\$00 o vencimento do trabalhador sem os necessários poderes para o fixar naqueles termos. Num segundo momento, o tribunal apreciou a validade de outras cláusulas do contrato, designadamente: a que fixava a duração vitalícia do contrato – nula por restrição inadmissível à liberdade de desvinculação das partes; a cláusula que limitava os casos de rescisão com justa causa às hipóteses de prática de actos desonrosos e mudança do local de trabalho, por fazer tábua rasa do sistema legal de casos de justa causa. Por fim, numa terceira fase, colocava-se ao tribunal a questão de saber se a nulidade das referidas cláusulas arrastaria consigo a nulidade de todo o contrato. A esse propósito, o tribunal começou por referir que o princípio geral que dominava a referida questão era o de que a cláusula ilícita só implicava a nulidade total do contrato desde que aquela tivesse sido decisiva ou determinante para o consentimento das partes, considerando tratar-se então de uma aplicação da máxima *utile per inutile vitiatur*. Perante isto, e uma vez que as cláusulas declaradas nulas constituíam a parte essencial do contrato de trabalho, o tribunal concluiu que as partes não teriam querido a celebração do contrato, se as mesmas nele não figurassem, decidindo assim pela invalidez de todo o contrato.

residual no tocante ao contrato de trabalho, de que são escassas ou reduzidas as hipóteses de aplicação do instituto, sem que daí decorram desenvolvimentos ou concretizações ulteriores particularmente consistentes²⁴.

Decerto, esporadicamente, em resposta a esta questão vêm sendo empreendidos alguns esforços, tanto no panorama doutrinal nacional como estrangeiro, pese embora em relação a todos eles se possam apontar, como teremos oportunidade de redescobrir, fragilidades e incoerências.

Deparamo-nos, desde logo, com alguns posicionamentos que entendem responder a esta interrogação, colocando a ênfase no tipo de cláusulas sobre as quais incide o vício invalidante. Quando estivesse em causa um vício invalidante que recaísse sobre um elemento ou cláusula essencial haveria lugar a uma solução de substituição automática; quando se tratasse de um elemento secundário ou cláusula acessória, valeria o regime comum da redução do negócio jurídico²⁵.

Para outros, o sentido útil do regime comum da redução estaria reservado para as hipóteses de violação de normas proibitivas. As normas imperativas com capacidade substitutiva ficariam sujeitas ao regime da conservação coactiva do contrato. Já perante a violação de normas imperativas de cariz proibitivo, sendo as mesmas insusceptíveis de inserção automática no regulamento contratual, valeria a solução comum que faz depender a manutenção do contrato do apuramento do sentido da vontade hipotética das partes²⁶.

²⁴ Neste sentido, JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, cit., pág. 522, observa: “Parece-nos que a remissão para o regime geral da redução do negócio jurídico é algo aparente, ou, pelo menos, só opera num número mais limitado de casos do que é normal.” Também JOSÉ BARROS MOURA, *A Convenção Colectiva entre as Fontes de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1984, pág. 163, nota 37, entende que: “Não é, no entanto, fácil apontar muitos exemplos (e, muito menos, exemplos com relevante interesse prático) de aplicação da regra [do artigo 292.º do Código Civil]”. Nem mesmo a genérica invocação de uma prevalência da regra do n.º 2 do artigo 121.º sobre a do n.º 1 ou de um princípio de especialidade, o qual faria prevalecer a regra do n.º 2 sobre a regra geral do n.º 1 – como pretende MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, cit., págs. 210 e 211 – dissipa cabalmente as dúvidas, pois, em rigor, não se avança com hipóteses que cairão sob a alçada desse regime comum. Cf., ainda, sobre o ponto, JOSÉ DE ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho*, 2.ª edição, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2004, pág. 528.

²⁵ LUISA RIVA SANSEVERINO, *Diritto del Lavoro*, 14.ª edição, Cedam, Pádua, 1982, pág. 188.

²⁶ RAFFAELE DE LUCCA TAMAJO, *La Norma Inderogabile...*, cit., págs. 178 e ss..

Numa outra abordagem ainda²⁷, o regime comum civilístico aplicar-se-á nas hipóteses em que, verificando-se uma invalidade parcial, a parte do negócio directamente atingida pela invalidade não pode, de todo, produzir efeitos. Como exemplos, referem-se as hipóteses de ser aposto ao contrato de trabalho um termo suspensivo sem observância da forma escrita ou de um pacto de não concorrência celebrado verbalmente²⁸. E, contudo, perguntar-se-á: não será porventura a hipótese de inobservância de forma escrita na celebração do pacto de não concorrência um daqueles casos em que justamente é de defender a manutenção do contrato de trabalho independentemente do sentido da vontade hipotética ou conjectural das partes acerca da essencialidade do pacto de não concorrência (admitindo que o pacto de não concorrência possa ser perspectivado como uma componente de um contrato de trabalho)²⁹?

Mais recentemente, no panorama italiano, surgem autores que, numa tentativa de revalorização do tema, procuram evidenciar um sentido útil para o regime comum da redução em Direito do Trabalho apelando a uma outra ordem de considerações. No fundo, parte-se da constatação de que as normas laborais não serão sempre inspiradas exclusiva ou predominantemente por razões de ordem pública de protecção do contraente débil – desde logo, as normas que regulam as condições de acesso a certas modalidades contratuais flexíveis de contrato de trabalho – extraindo-se desse factor

²⁷ JOSÉ DE ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho*, *cit.*, pág. 529.

²⁸ Este era também uma das hipóteses em que excepcionalmente ARTHUR NIKISCH (*apud* DIETMAR SCHOLZ, *Die Anwendung des §139 BGB...*, *cit.*, pág. 11) entendia que faria sentido a aplicação irrestrita do §139 do *BGB*.

²⁹ Tem sido essa, aliás, a posição maioritariamente sustentada na literatura nacional. Assim, por exemplo, JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, vol. II, *cit.*, págs. 62 e 63; JOÃO ZENHA MARTINS, “Os pactos de não concorrência no Código do Trabalho”, *RDES*, ano XLVII, n.ºs 3 e 4, 2006, págs. 319 e 320; SOFIA SILVA E SOUSA, *Obrigações de não concorrência com efeitos “post contractum finitum”*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, págs. 52 e 53; e ainda MARIA IRENE GOMES, “Questões a propósito dos requisitos exigidos para a lícita constituição da cláusula de não concorrência no âmbito do contrato de trabalho”, *QL*, número especial (42), 2013, pág. 244. Na jurisprudência, pese embora não fosse essa a questão central da pronúncia, veja-se, por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Maio de 2008, processo n.º 08S322 (disponível em www.dgsi.pt).

consequências para recompreender a utilidade da existência de um regime geral de redução em Direito do Trabalho³⁰.

Como é bom de ver, estas hesitações tornam-se particularmente perturbadoras no contexto de um ordenamento como o nosso, por diferentes razões, entre as quais destacaríamos apenas duas. Desde logo, o facto de o legislador laboral ter tomado a opção de reproduzir a regra da redução comum entre os preceitos com carácter geral da lei geral do trabalho adensa a necessidade de alcançar um sentido útil para a referida regra no contexto juslaboral português. Depois, como foi já mencionado, a lei laboral portuguesa consagra, a par da regra da redução do negócio jurídico, no mesmo bloco normativo, uma outra solução que determina que, em caso de cláusula que viole norma imperativa, opera a substituição automática da cláusula pela norma imperativa (o artigo 121.º, n.º 2). Pois bem. Se se entender que as duas normas têm em vista dar resposta a problemas distintos, a questão não causará especial melindre. Mas se, como tem sido o entendimento corrente, se arvorarem as duas regras como soluções gerais e antagónicas para o mesmo problema, colocam-se certamente problemas interpretativos delicados. Afinal, em que termos a presença das duas normas não implicará uma relação de mútua exclusão? Em que termos a primeira norma tem operatividade, não obstante a existência da segunda, e vice-versa? No fundo, como explicar a articulação entre os n.ºs 1 e 2 do artigo 121.º, sob pena de o sistema revelar neste ponto uma contradição insanável? Quando se aplica o n.º 1? E quando se aplica o n.º 2? Mais. Se, de facto, corresponde à percepção dominante sobre o problema da invalidade parcial no contrato de trabalho a ideia de que a grande maioria das situações, na prática, convoca a aplicação do artigo 121.º, n.º 2, *rectius*, a solução substitutiva, por que razão o legislador laboral português terá optado por uma arrumação sistemática que, *pelo menos externamente*, dá primazia à solução regra assente no critério subjectivo-voluntarístico, secundarizando aquele que é afinal o regime regra no contrato de trabalho? Ou, deve afinal considerar-se ser outro o alcance da solução substitutiva prevista no artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho?

IV – Temos assim retratado, em linhas gerais, *o carácter problematizador* ou se quisermos *a dupla ambiguidade* que, julgamos, atinge o tema da invalidade parcial

³⁰ É o caso de CRISTINA CATAUDELLA, *Contratto di Lavoro e Nullità...*, cit., págs. 37 e ss., e de ANTONIO VALLEBONA, “La nullità dei contratti di lavoro atipici”, *ADL*, 2/2005, págs. 527 e ss..

do contrato individual de trabalho ³¹ enquanto objecto de reflexão jurídica. Pretendemos com este estudo traçar os contornos do regime da invalidez parcial do

³¹ Fora do nosso alcance fica, pelo que vem sendo avançado, o problema da invalidez parcial dos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, *maxime* a questão da *invalidez parcial da convenção colectiva de trabalho*. Trata-se de um tema que, em rigor, por si só, justificaria bem um estudo monográfico próprio, dado o grau de complexidade da construção dogmática que a figura encerra – na feliz expressão de CARNELUTTI, “um híbrido que tem um corpo de contrato e alma de lei” –, bem como, o tipo de funções que é chamada a desempenhar. Basta, para levantar um pouco o véu, atentar na diversidade de questões e feixe de respostas que nos deu a conhecer a doutrina alemã das décadas de cinquenta e sessenta do século passado. Antes do mais, discutiu-se então se a natureza da convenção colectiva de trabalho impediria liminarmente a aplicação do §139 do *BGB* como solução de princípio para as hipóteses de invalidez parcial. Foi precisamente a dupla faceta – negocial e normativa – tradicionalmente reconhecida à convenção colectiva, que esteve no centro do debate e gerou controvérsia. Extremados os campos, deparávamo-nos com as doutrinas que, pondo a tónica no carácter normativo do acto, rejeitavam, em regra, a aplicação do §139 do *BGB* (assim, por exemplo, ARTHUR NIKISCH, STAHLHACKE, KÜCHENHOFF e HERSHEL) ou, ao invés, salientando tratar-se de um acordo obtido através de negociações, valendo como fórmula de equilíbrio entre os interesses colectivos dos trabalhadores e dos empregadores, revelavam abertura ao funcionamento do instituto civilístico (MAYER-MALY, GALPERIN). Na sequência desta divisão, surgiu ainda o posicionamento de NIPPERDEY, o qual, optando por distinguir o conteúdo obrigacional da convenção da parte normativa, entendeu que apenas uma invalidez parcial que atingisse o conteúdo obrigacional cairia no âmbito de aplicação do §139 do *BGB*. Num segundo nível, fez-se emergir a interrogação sobre o critério que devia dar resposta ao problema da invalidez parcial, leia-se, saber se esse critério se reconduzia ao previsto no §139 do *BGB* ou outro. A hipótese prática que impulsionou o debate neste ponto dizia respeito às disposições convencionais que fixavam um salário para as trabalhadoras inferior ao estabelecido para os trabalhadores, em violação do artigo 3/2 da Lei Fundamental alemã. Uma parte da doutrina manifestou-se favorável à aplicação do critério da vontade hipotética ou conjectural das partes, invocando, no entanto, atendendo à eficácia da convenção perante terceiros, a necessidade de uma indagação de cariz “objectivo”. Nesta linha, dever-se-ia procurar o que as partes de modo razoável, de acordo com a boa fé e com os usos do tráfico, teriam decidido. Outros autores chegaram mesmo a sustentar, no caso da invalidez parcial da convenção colectiva, uma inversão da regra ou do raciocínio presuntivo estabelecido no §139, vale dizer, a conservação parcial da convenção colectiva valeria como solução de princípio, salvo se se fizesse prova de uma vontade hipotética das partes de sentido contrário (neste sentido, por exemplo, ERICH FREY, “Die Folgen der Teilnichtigkeit im Arbeitsrecht“, *AuR*, ano 5, n.º 6, 1957, págs. 163 e ss.). Por fim, para um significativo sector doutrinal, a consideração do escopo de protecção da maioria das disposições convencionais determinava que a conservação da convenção colectiva de trabalho operasse com irrelevância da vontade hipotética das partes. Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, no referido período histórico, com amplas indicações bibliográficas, ROLF EBERTH, *Die Teilnichtigkeit im Arbeitsrecht...*, *cit.*, págs. 96 e ss..

contrato de trabalho tomando como coordenadas ou eixos estruturantes as interrogações que vimos de enunciar, as quais não sendo certamente as únicas de que se ocupa este estudo³², terão certamente condicionado a posição e a orientação do *nosso* “holofote”³³. Pensa-se que esta é uma área onde a tarefa de interpretação, construção e sistematização do direito positivo enquanto funções gerais de qualquer dogmática jurídica se assume como uma exigência incontornável³⁴. Com efeito, o

Presentemente, o tema, não sendo uma área que desperte particular atenção, não se encontra totalmente ignorada. A respeito dos *Tarifverträge*, a doutrina rejeita a aplicação do §139 no que se refere à parte normativa do instrumento. Já no que toca à parte obrigacional, fica aberta a possibilidade de recurso ao §139. No entanto, mesmo aí, a jurisprudência do *Bundesarbeitsgericht* orienta-se consistentemente no sentido de a invalidade de uma disposição da convenção colectiva não conduzir, segundo o §139, à invalidade total da convenção (vejam-se as decisões do *Bundesarbeitsgericht* de 22 de Julho de 2003, *NZA*, 9/2004, págs. 507 e ss.; de 24 de Agosto de 2004, *NZA*, 5/2005, págs. 302 e ss.; de 12 de Dezembro de 2007, *NZA*, 15/2007, págs. 892 e ss.). Invoca-se para lá do carácter normativo das disposições convencionais, o interesse na continuidade e estabilidade que através das convenções se realiza e que mesmo sem a parte inválida pode ser alcançado. A solução de invalidade total é perspectivada como solução excepcional que apenas terá lugar caso a convenção colectiva sem a parte inválida se apresentar como uma regulação sem sentido e incompleta. A mesma orientação é, de resto, sensivelmente a que se decanta a respeito dos *Betriebsvereinbarungen* – cf. HERBERTH ROTH *in* JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch I, Allgemeiner Teil* – §§139-163, Sellier-de Gruyter, Berlim, 2010, págs. 16 e 17. Entre nós, a questão é, em termos doutrinários, praticamente virgem. Ainda assim, mostra-se particularmente cauteloso no que respeita à extensão de regras que regulam negócios jurídicos à convenção colectiva de trabalho, referindo-se apenas a título meramente incidental ao artigo 292.º do Código Civil, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, “Do âmbito temporal da convenção colectiva”, organização de António Monteiro Fernandes, *Estudos de Direito em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 502.

³²Daí a opção que se julgou mais simples em relação ao título deste estudo, “a invalidade parcial do contrato de trabalho”.

³³Na sugestiva expressão de KARL POPPER (“teoria da ciência do holofote”) para ilustrar a ideia de que todas as descrições científicas de factos são altamente selectivas.

³⁴Acerca da dogmática jurídica e das suas funções, ver a síntese de JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 13.ª reimpressão da edição de 1982, Almedina, Coimbra, 2002, págs. 359. Na classificação de MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004, págs. 28 e 29, teríamos uma função de estabilização (fixação de soluções e um efeito multiplicador de esquemas de decisão), uma função de simplificação (redução de alternativas de decisão, evitando processos argumentativos longos e de acentuada complexidade), uma função técnico-constructiva (discriminação, clarificação,

reexame crítico do tema impõe-se, supomos, não apenas por razões de conceptualização e de adequada sistematização “externa” dos dados normativos, mas também para fins de orientação da prática aplicativa, tanto em termos interpretativos de soluções já positivadas, como em termos integrativos de situações para as quais não surge como directamente mobilizável um critério de solução no sistema.

A nossa análise decorrerá essencialmente *no quadro do direito português*. Não enjaitaremos, como, de resto, já terá ficado subentendido nos parágrafos anteriores, um apelo às experiências jurídicas de outros ordenamentos, em especial, dos sistemas italiano e germânico. Não haverá, contudo, lugar a uma análise autónoma e genérica destas experiências em rubrica *ad-hoc*. A diversidade de questões que serão tratadas ao longo da investigação bem como a dispersão de dispositivos normativos convocados não se coadunavam satisfatoriamente com essa sistematização tradicional. Este facto, aliado à circunstância de a disciplina do nosso ordenamento ser das mais completas a nível das respostas, levou-nos a que, salvo hipóteses pontuais, não tivéssemos enveredado por um tipo de estudo detalhado ou sistematizado desses ordenamentos, tendo-se antes o contributo daqueles manifestado em notas várias, aduzidas sempre que se considerou oportuno.

Por outro lado, e no que respeita ao direito nacional vigente, *optou-se por não abordar o problema sob o prisma das relações jurídicas de emprego público*³⁵. Não reputámos particularmente útil alongar o nosso percurso a esse conjunto de casos. Sendo as soluções consagradas para o vínculo de trabalho em funções públicas – pelo menos as de índole geral³⁶ – em tudo idênticas àquelas fornecidas pela legislação do

conceptualização, enunciação, e sistematização todo o material normativo, pondo em evidencia os princípios que subjazem às diversas regulamentações legais, ao seu jogo recíproco e as lacunas existentes), uma função de controlo (funcionamento como uma instância de racionalidade que o julgador acaba por ter de respeitar) e, finalmente, uma função heurística (viabilização de modelos de decisão para situações de facto inicialmente não contempladas). No nosso ponto de mira estarão especialmente as funções técnico-constructiva, de controlo e heurística. São elas as que predominantemente são colocadas em exame pela teia labiríntica de posicionamentos.

³⁵ Recorde-se que, nos termos do artigo 6.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho (a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas), o vínculo de emprego público pode revestir as modalidades de contrato de trabalho em funções públicas, nomeação e comissão de serviço.

³⁶ Estatui o actual artigo 53.º, n.º 3, da Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho que “A nulidade ou a anulação parcial não determina a nulidade de todo o vínculo, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada”, determinando a disposição seguinte que “A parte do conteúdo do

sector privado, parece legítimo supor que a análise, a esse nível, não conhecerá variações dignas de nota. Aliás, mesmo que se detectem especificidades – e independentemente, por ora, do mérito das soluções³⁷ – pensamos que, no essencial, elas encontrarão o seu fundamento no imperativo de subordinação ao interesse público, o que também terá contribuído para reforçar o nosso entendimento no sentido do seu carácter não-nuclear no contexto deste estudo.

V – Para encetar a investigação do conjunto de questões vindas de enunciar, optámos por iniciar o nosso percurso com uma apresentação elementar da figura da redução do negócio jurídico, a partir do tratamento que dela é feito tradicionalmente no Direito Civil. Em bom rigor, pensamos que o instituto padece, entre nós, de um estudo aprofundado, pese embora as referências genéricas que a ele são feitas nos manuais de teoria geral do direito civil³⁸. Também não é nossa pretensão levar a cabo

vincula de emprego público que viole normas imperativas considera-se substituída por estas”. Sobre as referidas disposições, vejam-se as breves observações de PAULO VEIGA E MOURA, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 244 e ss., em especial, 250, depreendendo-se do discurso do Autor o funcionamento alternativo dos dois preceitos.

³⁷ Haja em vista, por exemplo, a solução de proibir a “conversão” do contrato a termo resolutivo num contrato sem termo em caso de violação dos requisitos materiais exigidos para a válida aposição do termo. *Vide infra*, parte II, A, capítulo II, ponto 2.

³⁸ A esse propósito, são elucidativas as considerações de PETER ULMER, “Offene Fragen zu §139 BGB: Vorteilsregel und Politik des Gesetzes“, *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, organização de Jürgen F. Baur, Klaus J. Hopt, Peter Mailänder, Walter de Gruyter, Berlim/Nova Iorque, 1990, pág. 801, sobre a correspondente norma alemã. Segundo o Autor, apesar do teor literal reconhecidamente claro do §139 do *BGB* e da sua função pacificamente aceite como preceito que regula as consequências da invalidade parcial de um negócio jurídico, existem poucos preceitos na parte geral do *BGB* cuja compreensão e aplicação suscitem tantas dificuldades como o §139. Na visão deste Autor, várias são as questões controvertidas: (i) a compreensão da norma como regra interpretativa ou como presunção de nulidade a prevalecer na ausência de uma vontade hipotética de sentido contrário; (ii) a questão de saber se para decidir sobre a conservação parcial do negócio devem ser apreciados apenas os interesses das partes ou se podem ser tidas em conta outras circunstâncias externas, designadamente a finalidade da norma violada que conduz à invalidade parcial; (iii) o problema de determinar se o preceito apenas pode ser mobilizado como uma norma que decide da conservação do negócio ou se pode também ser utilizado como instrumento para reduzir a medida ou o teor excessivo de certas cláusulas; (iv) e por fim, o debate em torno das razões politico-jurídicas que levaram o legislador alemão a “favorecer” o resultado da invalidade total, já que enquanto alguns

tal tarefa – o que seria uma meta demasiado ambiciosa para a envergadura a que este estudo se propõe. Nessa primeira parte, espécie de antecâmara da compreensão da segunda, procuraremos aflorar as questões essenciais que a análise do artigo 292.º do Código Civil convoca e cuja compreensão se virá a revelar útil ao correcto enquadramento dos problemas suscitados na disciplina laboral.

Munidos desse recorte elementar sobre a figura da redução, talqualmente se encontra disciplinada no artigo 292.º do Código Civil, estaremos em condições de avançar para a segunda parte deste estudo – parte central – em que serão analisadas as questões fundamentais relacionadas com a compreensão do regime jurídico da invalidade parcial do contrato de trabalho no ordenamento jurídico português. Nesta linha, afigurou-se-nos adequado dividir esta segunda parte da nossa investigação em *duas grandes “sub-hipóteses”*.

Num primeiro momento, curaremos de *hipóteses de não aplicação do regime comum da redução ao contrato de trabalho*, o mesmo é dizer, das situações em que há lugar à intervenção do sistema jurídico laboral, determinando a conservação coactiva do contrato de trabalho. Ainda que em termos gerais exista a percepção de que esse é o desfecho típico (o da conservação coactiva), uma análise mais atenta permite assinalar *nuances* no tipo de técnicas através das quais o sistema jurídico assegura a essa conservação. Dessa diversidade procuraremos ir dando nota e nessa base se fará a arrumação da correspondente matéria deste primeiro “título”. À medida que for sendo enunciada cada uma das técnicas, procuraremos desenvolvê-la, analisando manifestações jurídicas da sua utilização, por vezes com expressa consagração no direito positivo, outras vezes fruto de criação doutrinal e/ou jurisprudencial. No horizonte desta análise estarão, entre outras, questões de enquadramento dogmático/qualificação das referidas técnicas, e naturalmente, compreender qual ou quais o(s) fundamento(s), a(s) razão(ões) que reclamam a aplicação de técnicas de conservação autoritária do contrato de trabalho.

Num segundo momento, a nossa atenção versará sobre as *hipóteses de aplicação do regime da redução do negócio jurídico ao contrato de trabalho*, aquelas em que a questão da conservação do contrato de trabalho é deixada ao critério da

criticam duramente a referida opção, outros vêem nela uma homenagem justificada à autonomia privada.

vontade das partes. Procurar-se-ão identificar e analisar algumas hipóteses onde nos parece plausível que possa ser convocado em matéria de invalidade parcial do contrato de trabalho o regime comum da redução do negócio jurídico, *rectius*, o regime constante do artigo 121.º, n.º 1 do Código do Trabalho. Esporadicamente, a doutrina vem fornecendo uma ou outra manifestações dessa utilidade. Propomo-nos ir um pouco mais além e investigar outros possíveis exemplos de aplicação do regime.

Deste esforço analítico sairá potenciada, depois, ao que cremos, a compreensão da questão do(s) possível(eis) critérios orientadores do regime de invalidade parcial aplicável, o mesmo é dizer, da questão de saber se é possível traçar uma linha orientadora que permita distinguir as hipóteses que caem sob a alçada do regime comum da redução daquelas outras que obedecerão a soluções de conservação obrigatória. Trata-se de um tópico que reputámos metodologicamente mais adequado reservar para o fim, pois as soluções a apresentar aqui terão de legitimar-se e de estar em harmonia com os resultados parcelares que fomos obtendo ao longo da exposição, o que implica uma estreita conexão desta etapa final com tudo o que o antecede.

A terminar, serão formuladas conclusões. Porque o tema escolhido se desdobra em múltiplas questões, cuja resolução se traduz noutras tantas conclusões parcelares, formuladas ao longo de todo o texto, optámos por imprimir às conclusões um cunho mais expositivo, de síntese do essencial das principais respostas e resultados que fomos obtendo nas várias etapas do percurso percorrido, em ordem a possibilitar uma sua visão de conjunto.

PARTE I – RELANCE SOBRE O REGIME GERAL DA REDUÇÃO NUMA ÓPTICA CIVILISTA

1. Considerações gerais. Sequência.

Este breve excursus tem por escopo dar nota, através de uma elementar sistematização, dos principais aspectos que caracterizam o instituto da redução do negócio jurídico no tratamento que dele é feito tradicionalmente no Direito Civil.

A nossa análise decorrerá, naturalmente, *no quadro do direito português*, muito embora em diálogo permanente, em especial, com as experiências de dois outros ordenamentos jurídicos, o italiano e o alemão. Estamos perante sistemas jurídicos que optaram por formular uma regra geral para o problema da invalidade parcial, à semelhança do português³⁹. O artigo 1419/1 do *Codice Civile* determina que

³⁹ Aliás, uma opção semelhante é aquela que podemos encontrar também em ordenamentos jurídicos como o suíço (artigo 20/2 do *Code des Obligations*) e o austríaco (§878 do *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), ou ainda, no anteprojecto do privado Código Europeu dos Contratos (artigo 144) – para maiores desenvolvimentos sobre esta última solução, cf. GIUSEPPE GANDOLFI (coordenação), *Code Européen des Contrats – Avant-projet, livre premier*, Giuffrè, Milão, 2002, págs. 404 e ss, em especial, pág. 549. Diversamente, sistemas jurídicos como o espanhol e o francês não dispõem de nenhuma norma de alcance geral, o que não impediu, de todo o modo, que o tema fosse desenvolvido doutrinariamente, como atestam os estudos, por exemplo, de ANTONIO GÓMEZ-MARTINHO FAERNA “La nulidade parcial de los negocios jurídicos”, *Estudios de Derecho Privado*, direcção de Martínez-Radio, *Revista de Derecho Privado*, 1962, págs. 338 e ss., e de PHILIPPE SIMLER, *La Nullité Partielle des Actes Juridiques*, LGDJ, Paris, 1969. Também o ordenamento jurídico inglês conhece e aplica o conceito de invalidade parcial – o termo utilizado para designar este aproveitamento parcial é “severance” – embora também neste sistema a figura não tenha o alcance de um princípio geral, apresente escasso desenvolvimento doutrinal (a excepção são os estudos de MARSH, “The Severance of Illegality in Contract”, 64 *Law Quarterly Review*, págs. 230 e ss, e “Severance and Public Policy – An Addendum”, 69 *Law Quarterly Review*, págs. 111 e ss.) e relativa frequência nas decisões jurisprudenciais – sobre as especificidades do sistema inglês no cotejo com a tradição romanística e continental, ver, por exemplo, GIUSEPPE GANDOLFI, *La conversione dell’atto invalido – Il problema in proiezione europea*, reimpressão, Giuffrè, Milão, 1990, págs. 333 e ss. ; e FABIO ZICCARDI, “Severance e nullità parziale del contratto”, *L’Europe du Troisième Millenaire, Mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi à l’occasion du dixième anniversaire de la fondation de l’Académie*, vol. II, Giuffrè, Milão,

“La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell’intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita della nullità”. E o §139 do *BGB* prevê “Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde”.

Primo conspectu, poder-se-ia estranhar esta opção de partir de uma análise que incluisse o diálogo com a experiência jurídica alemã. De facto, é tradicional⁴⁰, salientar-se uma dicotomia vincada entre a regra geral no sistema alemão, por um lado, e a regra geral em sistemas como o italiano ou o português, por outro. É comum ler-se que o legislador italiano teria assumido a regra *utile per inutile non vitiatur* como princípio geral do ordenamento, por oposição ao sistema alemão. Terá decerto contribuído para marcar esta dicotomia a diferente redacção que os textos legislativos apresentam nestes dois sistemas jurídicos. Todavia, temos para nós que a análise do instituto na perspectiva apontada não prejudica o objectivo que nos propomos. Primeiro, a dicotomia que tradicionalmente se procura estabelecer entre a regime sobre a invalidade parcial no sistema alemão e a regime sobre a invalidade parcial nos sistemas português e italiano é, como veremos, menos vincada, ou pelo menos, mais limitada, do que à primeira vista poderá parecer⁴¹. Não obstante o carácter oposto das formulações apresentadas, as normas jurídicas dos respectivos sistemas são substancialmente assimiláveis nos seus perfis e nas respectivas estruturas. Segundo, para o propósito com que daremos lugar à análise do instituto, a diferença que ainda assim se regista entre o sistema italiano e português, por um lado, e o sistema alemão, por outro, acaba por se repercutir num aspecto delimitado, o da

2004, págs. 1143 e ss..

⁴⁰ Neste sentido, EMILIO BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turim, 1950, pág. 477. Entre nós, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 372, também contrapõe a formulação do *BGB* à do Código Civil, e considera mesmo não haver total coincidência entre a opção do legislador português e a do legislador italiano.

⁴¹ ENZO ROPPO, “Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede”, *RDC*, ano 17, parte I, 1971, pág. 715. O Autor alerta precisamente para o facto de se enfatizar mais do que o necessário a oposição entre o sistema italiano e o sistema germânico nesta matéria.

disciplina probatória, como veremos⁴².

Paralelamente, a análise tomará por referente os dados do *ordenamento jurídico português vigente, rectius*, o regime instituído pelo artigo 292.º do Código Civil. Também esta decisão poderia causar alguma estranheza, uma vez que já no período anterior à codificação de 1966 as referências à figura abundavam⁴³, e mais do que isso, é comum remontar-se ao Direito Romano no tratamento da questão⁴⁴. Aliás, os tradistas da figura no direito moderno pretenderam ver em textos do Direito Romano manifestações da figura jurídica de que se ocupavam e procuraram nesses textos a legitimação das teses que formulavam na caracterização do instituto da redução. Sucede que, contrariamente ao que se veio a verificar na experiência

⁴² Vide parte I, ponto 3.5.

⁴³Ver, entre outros, LUÍS DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1929, págs. 404 e 405; ALBINO ANSELMO VAZ, “A conversão e a redução dos negócios jurídicos”, *ROA*, ano 5, 1945, págs. 131 e ss.; JOSÉ DIAS MARQUES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1959, págs. 249 e ss.; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 9.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 427. A jurisprudência, numa fase inicial, terá hesitado, ora não considerando a redução admissível, ora admitindo-a só nos casos em que a lei contivesse elementos a autorizá-la (cf., por exemplo, os arestos do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Abril de 1926 e de 1 de Fevereiro de 1927 – respectivamente em *RLJ*, ano 59, n.º 2322, 1926-1927, págs. 365 e ss.; *RLJ*, ano 60, n.º 2331, 1927-1928, págs. 92 e ss.). Já na década de cinquenta surgem decisões favoráveis à admissibilidade da operação – assim, entre outros, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de Maio de 1953 (*Revista dos Tribunais*, ano 71, n.ºs 1667 a 1668, 1953, págs. 296 e ss.) e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Abril de 1957 (*O Direito*, ano LXXXIX, 1957, pág. 260 e ss.).

⁴⁴Embora, observe-se, não haja um entendimento consensual a respeito do período histórico a partir do qual é possível identificar nos textos romanos referências à invalidade parcial. Alguns autores afirmam a origem justiniana da figura (INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, *cit.*, pág. 370), enquanto outros procuram demonstrar que o recurso à figura não era totalmente desconhecido já na época clássica ou mesmo até antes. Através de uma análise aturada de textos do Digesto, GIOVANNI CRISCUOLI, *La nullità parziale del...*, *cit.*, págs. 46 e ss., chegou a conclusões distintas consoante se tratasse de negócios *inter vivos* e negócios *mortis causa*. No caso dos últimos, a cisão do conteúdo em disposições distintas e autónomas era já relativamente corrente no período anterior à época clássica e era vista como inerente ao próprio acto, como algo espontâneo atendendo à própria natureza e função do testamento: este permitia ao testador fazer valer a sua vontade após a morte nas mais variadas direcções, cada uma correspondendo a um especial intento do testador. Nos negócios *inter vivos*, tratava-se de uma operação de uso excepcional no direito clássico que foi conhecendo progressiva expansão nos períodos seguintes.

moderna, não houve propriamente da parte dos juristas romanos a ambição de construção de uma regra abstracta ou de um critério unitário para as hipóteses de invalidade parcial⁴⁵. De acordo com o espírito que cunhou a tradição romanista de resolução dos concretos problemas da vida, alheio portanto a abstracções teóricas, as soluções de conservação parcial dos negócios, nos casos em que eram admitidas, eram inspiradas em diferentes exigências contingentes e de ordem prática que cada negócio fazia valer⁴⁶.

Uma última nota sobre a sequência da exposição a adoptar. Considerando que o problema a que a norma procura trazer resposta consiste fundamentalmente em saber em que condições a ordem jurídica admite a subsistência de um negócio parcialmente inválido, em que condições se deve admitir a subsistência de um negócio que já não pode valer com a amplitude originária pretendida pelas partes, optámos por dividir a análise subsequente em duas partes. Assim, em primeiro lugar, começaremos por identificar e delimitar o pressuposto, o quadro ou a moldura abstracta da norma em questão, o da existência de uma invalidade parcial de um negócio jurídico. Discutir-se-á aí em que circunstâncias se pode afirmar a existência de uma invalidade parcial. De seguida, debruçar-nos-emos sobre a resposta, propriamente dita, que a ordem jurídica fornece para o problema da invalidade parcial, designadamente, sobre o *critério* em que assenta a decisão sobre a redução do negócio e sobre os *limites* desse juízo de redução. Por fim, passaremos em revista alguns problemas relacionados com a questão probatória.

2. O pressuposto: a invalidade parcial de um negócio jurídico

A regra geral contida no artigo 292.º do Código Civil é chamada à colação quando se verifica a *invalidade parcial* de um negócio jurídico. O Código Civil não fornece, contudo, uma noção de invalidade parcial para fins de aplicação daquele regime, apenas a assume como pressuposto da aplicabilidade do artigo 292.º.

⁴⁵ Ver ANTONIO GÓMEZ-MARTINHO FAERNA “La nulidade parcial...”, *cit.*, pág. 342; e GIOVANNI CRISCUOLI, *La nullità parziale del...*, *cit.*, pág. 34.

⁴⁶ Cf., de novo, GIOVANNI CRISCUOLI, *La nullità parziale del...*, *cit.*, pág. 34; e ANTONIO GÓMEZ-MARTINHO FAERNA “La nulidade parcial...”, *cit.*, pág. 342.

Debrucemo-nos, então, sobre o pressuposto em que assenta a previsão da norma em questão.

2.1. Contrariedade do negócio com a lei sancionada como invalidade; contrariedade meramente parcial

I – Em termos genéricos, podemos partir da ideia de que a invalidade parcial traduz uma contrariedade parcial do negócio jurídico com a lei, contrariedade essa sancionada com a consequência da invalidade⁴⁷. No caso do sistema português, a lei admite mesmo que essa consequência possa ser tanto a nulidade como a anulabilidade⁴⁸. Quanto à natureza do vício que afecta parcialmente o negócio, tem-no

⁴⁷ De facto, já escrevia MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, cit., pág. 427, que a redução pressupõe a nulidade parcial, *hoc sensu*, do negócio jurídico: a redução pressupõe *uma contrariedade parcial do negócio com a lei, contrariedade essa que é sancionada pela lei como invalidade*.

⁴⁸ Tal não resulta de forma tão explícita das formulações legislativas utilizadas nos outros sistemas: no §139 do *BGB* (“Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig...”); no artigo 1419/1 do *Codice Civile* (“La nullità parziale di un contratto o la nullità di single clausole...”). Contudo, também nestas experiências jurídicas, a posição dominante é favorável a um entendimento amplo. Em Itália, tanto a doutrina – GIOVANNI CRISCUOLI em *La nullità parziale del...*, cit., pág. 60 e “Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai vizi della volontà”, *RDC*, ano X, parte I, 1964, págs. 364 e ss.; VINCENZO ROPPO, *Trattato del Contratto*, cit., pág. 112 – como as pronúncias dos tribunais – GIORGIO CIAN, *Codice Civile e Leggi Collegate – Commento Giurisprudenziale Sistematico*, Cedam, Milão, 2010, pág. 2467 – já concluíram poder estar em causa seja um negócio parcialmente nulo seja parcialmente anulável. Ainda que sem correspondência na letra da lei, a doutrina alemã não levanta dificuldades ao alargamento do instituto no caso de contrariedades parciais do negócio jurídico com a lei quando essa contrariedade é sancionada como ineficácia. Pense-se na hipótese em que a falta do consentimento de um terceiro ou da autorização de uma autoridade afectam parcialmente a produção dos efeitos de um negócio – assim, HANS THEODOR SOERTEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, Allgemeiner Teil*, 12.^a edição, Kohlhammer, Estugarda/Berlim/Colónia/Mainz, 1988, pág. 1016; HERBERT ROTH in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, cit., pág. 24; e HEINZ GEORG BAMBERGER/HERBERT ROTH, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1 – 610*, 3.^a edição, C.H. Beck, Munique, 2012, pág. 545. Igualmente no direito suíço, a doutrina tem sustentado o recurso ao artigo 20/2 do *Code des Obligations*, por analogia, aos casos em que o fundamento de anulabilidade apenas atinge uma parte dos efeitos do negócio – neste sentido HALUK TANDOGAN, *La nullité, annulation et la résiliation partielle des contrats*, Kundig, Genebra, 1952, págs. 257 e ss. Curiosa foi a este respeito a evolução no direito inglês, sistema em que numa fase

entendido a doutrina, à partida, como irrelevante⁴⁹. Pode estar em causa um vício relativo aos sujeitos (v.g. incapacidade), um vício que afecta a declaração negocial (v.g. vícios da vontade ou divergência entre a vontade e a declaração; inobservância da forma da declaração) ou atinente ao conteúdo ou objecto do negócio (v.g. violação de uma proibição legal ou uma ofensa dos bons costumes).

A tarefa mais delicada e aquela que suscita maior controvérsia é, sem dúvida, a de determinar quando é que uma contrariedade do negócio com a lei se pode dizer meramente parcial, o mesmo é dizer, em que circunstâncias estaremos perante uma invalidade *parcial*.

II – Corresponde aos ensinamentos gerais sobre a matéria a ideia de que, para estarmos perante uma invalidade parcial, o *quid* atingido pelo fundamento da invalidade tem de corresponder apenas *a uma parte de um todo, a uma porção de uma operação negocial unitária*⁵⁰, pois só assim verdadeiramente assume relevância a

inicial a “severance” fora apenas admitida no caso de invalidades por contrariedade à *common law*, e não nos casos de violação do *statute*, tendo mais tarde vindo a afirmar-se a ideia de que, havendo vários graus de *illegality*, a “severance” estaria excluída naquelas situações em que exigências de *public policy* o impedissem. Ambas as delimitações acabariam, no entanto, por sofrer atenuações – cf. GIUSEPPE GANDOLFI, *La conversione dell'atto inválido...*, *cit.*, págs. 334 e ss..

⁴⁹ É o que o que vem sendo amplamente salientado na doutrina germânica, nomeadamente por HANS THEODOR SOERGEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, *cit.*, pág. 1016; HERBERT ROTH in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, *cit.*, pág. 24; ou HEINZ GEORG BAMBERGER/HERBERT ROTH, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, *cit.*, pág. 545. Também WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band (Das Rechtsgeschäft)*, 2.^a edição, Springer Verlag, Berlim/Heidelberg/Nova Iorque, 1975, pág. 576, destaca que o preceito não distingue qual o tipo de fundamento da invalidade que atinge o negócio.

⁵⁰ Daí ser também frequente a afirmação de que a redução negocial pressupõe a unidade do negócio, a unitariedade da operação negocial. Entre nós, assim, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, Quid Iuris, Lisboa, 1993, pág. 561; e CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 433. Mas é sobretudo na doutrina alemã que esse pressuposto é amplamente reconhecido e desenvolvido. O ensinamento praticamente unânime na doutrina germânica, em presença do texto do §139, é o de que um dos pressupostos de aplicação do preceito é a unitariedade do negócio (“die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts”) – nestes termos, ver, entre outros, THEODOR SOERGEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, *cit.*, pág. 1019; WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil...*, *cit.*, pág. 571; HERBERT ROTH in JULIUS VON STAUDINGERS,

intencionalidade problemática da norma em análise, leia-se, a do aproveitamento parcial do negócio jurídico. De facto, um tal problema (conducente às duas soluções alternativas que são a invalidade total e a redução) só se põe, como observa FRANCISCO PEREIRA COELHO⁵¹, quando, na realidade, houver um único negócio, não fazendo efectivamente sentido estender-se a invalidade de um negócio quando este for outro, totalmente autónomo em relação ao negócio directamente afectado pelo vício em causa⁵².

Kommentar zum Bürgerlichen..., cit., pág. 25; e HEINZ GEORG BAMBERGER/HERBERT ROTH, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, cit., pág. 547.

⁵¹ *Contratos complexos e complexos contratuais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 176, nota 402.

⁵² Complexo pode, no entanto, revelar-se o diagnóstico da existência de uma unidade negocial, sobretudo quando estiverem em causa formações contratuais complexas. Neste ponto merece particular destaque o sistema jurídico germânico, sistema onde vem sendo amplamente sustentado que a existência de uma unidade negocial, para efeitos do funcionamento do §139, pode ocorrer não apenas perante os negócios jurídicos que correspondem a tipos legais na ordem jurídica (a chamada unidade em sentido estrito, “Einheitlichkeit im strengen Sinne”), mas também naquelas hipóteses em que vários negócios jurídicos, estruturalmente autónomos, se encontrem ligados numa unidade, ou seja, perante os chamados “zusammengesetzte Rechtsgeschäfte” – cf. HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, cit., pág. 547. Pois bem. O apuramento da existência de uma unidade depende, segundo a compreensão dominante, *de uma vontade de unidade por parte dos respectivos sujeitos* (“ein Einheitlichkeitwille der Parteien”). Sucede que, por um lado, nem sempre é claro o discurso acerca dos critérios de apuramento dessa vontade de unidade, havendo quem coloque a tónica na vontade efectiva das partes contratuais (assim, HERBERT ROTH in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen ...*, cit., págs. 25 e ss.), enquanto outros afirmam ser suficiente que, segundo a consideração dos interesses das partes e os usos do tráfico, se presuma uma vontade unitária das partes ao tempo da conclusão do contrato (THEODOR SOERGEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, cit., pág. 1019). Por outro lado, a própria ideia de que a determinação da unidade depende de uma vontade de unidade acaba por revelar insuficiências e fragilidades. Ora, porque os autores reconhecem que a determinação de uma unidade também poderá resultar, afinal, do “sentido objectivo dos negócios” (“objektiven Sinngehalt der Rechtsgeschäfte”) – assim, HERBERT ROTH in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen ...*, cit., págs. 25 e ss.) – ou do “sentido e finalidade” dos negócios, quando entre eles exista uma conexão fáctica (“sachlicher Zusammenhang”) – neste sentido, THEODOR SOERGEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, cit., pág. 1019. Ora, porque, sendo o diagnóstico da unidade negocial baseado na vontade dos sujeitos, a questão da determinação de uma unidade negocial acaba por (con)fundir-se com aquela outra relacionada com a da determinação da conservação/destruição total do negócio baseada na vontade hipotética das partes – sobre o ponto, FRANZ JÜRGEN SÄCKER,

Significa isto dizer que, num primeiro nível, a identificação de uma invalidade parcial coloca, num tratamento analítico das coisas, o problema de determinar e seleccionar o que pode ser “parte” do todo que é o negócio jurídico. Deve sublinhar-se – como teremos oportunidade de comprovar já de seguida – que a doutrina civilista tem interpretado generosamente o conceito de “parte” do negócio jurídico, sendo por isso viável discriminar várias manifestações de *parcelização*⁵³. Parte pode corresponder a uma declaração de vontade, a uma cláusula de um negócio jurídico ou simplesmente corresponder a uma parcela do objecto ou da prestação, na sua medida ou na sua dimensão temporal⁵⁴.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, ProstG, AGG, 6.^a edição, C.H. Beck, Munique, 2012 (beck-online), pág. 11. Esta intersecção de planos também é possível registar no discurso de FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos e...*, *cit.*, pág. 142, dado que o Autor identifica como exemplo típico de nexos intranegociais – nexos que exprimem uma unidade negocial – onexo do condicionamento e, do mesmo passo, reconhece que umnexo de condicionamento está presente no regime geral da redução do negócio jurídico, havendo lugar à invalidade total do negócio, quando as partes hipoteticamente tiverem condicionado a subsistência do mesmo à validade ou subsistência do elemento ou parte atingido pela invalidade.

⁵³ Para esta orientação terá contribuído a terminologia utilizada nas formulações legislativas dos sistemas jurídicos em apreço. Realce-se que a lei alemã utiliza a locução “Teil eines Rechtsgeschäfts” (e já não por exemplo “einzelne Klauseln” ou “Bestimmungen”); a lei italiana refere-se à “nullità parziale di un contratto” ou “nullità di singole clausole”; o sistema português optou pela expressão “nulidade ou anulação parcial”. Curiosa é a situação do direito suiço que na versão francesa do artigo 20/2 do *Code des Obligations* alude a negócio “vicié que dans certaines de ses clauses”, onde nas versões alemã e italiana do mesmo preceito pode ler-se “einzelne Teile des Vertrages” e “alcune parti”, respectivamente. As diferentes formulações deram origem a interpretações mais e menos extensas do conceito de parte, como dá conta HALUK TANDOGAN, *La nullité, annulation...*, *cit.*, págs. 58 e 59. Veja-se ainda a formulação utilizada no anteprojecto do Código Europeu dos Contratos que, no seu artigo 144/1/2, discrimina como hipóteses de nulidade parcial a nulidade que atinge apenas uma “cláusula”, “uma parte do contrato”, “um contrato de vários contratos ligados entre si” e “um vínculo de apenas uma das partes nos contratos formados por mais de duas partes”.

⁵⁴ Esta descrição tem por base um negócio unitário comum. Não está, porém, excluído, que o problema que o instituto é chamado a resolver se coloque quando o fundamento da invalidade negocial se reporte apenas a uma parcela contratual de uma formação contratual complexa de tipo unitário – *v.g.* a uma parcela correspondente a um dos tipos negociais incluídos numa formação contratual mista ou quando em causa estejam negócios aparentemente autónomos mas entre si conexionados ou coligados –, sendo que, nesse caso, parte do negócio corresponderá a um bloco de efeitos contratuais susceptível de ser apartado dos restantes blocos de efeitos contratuais. A admissão deste cenário como uma hipótese invalidade parcial fora já reconhecida por MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, *cit.*, pág.

Num segundo nível, impõe-se, de acordo com as formulações doutrinárias sobre a noção de invalidade parcial, que a parte do negócio directamente atingida pelo fundamento da invalidade seja uma parte separável ou divisível. Estaremos perante uma invalidade parcial para efeitos do artigo 292.º na medida em que o *quid* atingido pela invalidade se possa considerar *parte de um todo, parte de uma unidade negocial* e seja *divisível, separável do restante negócio*. A identificação da existência de uma invalidade parcial surge, pois, umbilicalmente ligada ao conceito-chave de divisibilidade, ao ponto de ser frequentemente referido nos textos gerais sobre a matéria que *a aplicação do instituto da redução pressupõe a divisibilidade de um negócio, que a divisibilidade do negócio é a condição prévia, o pressuposto para que o processo de redução do negócio jurídico possa vir eventualmente a ter lugar*⁵⁵. Cumpre aí saber quando estaremos perante um negócio divisível, em que circunstâncias se pode dizer que está preenchido o requisito da divisibilidade. Dito de outro modo, qual ou quais os critérios através dos quais se apura a divisibilidade do negócio.

428, nota 2; e ADRIANO VAZ SERRA, “A redução e a conversão de negócios jurídicos no caso do Acórdão do S.T.J. de 8 de Abril de 1969”, BFDUC, vol. XLVI, 1970, pág. 141, servindo-se este último Autor do exemplo do negócio composto por duas partes – a adopção como acto criador de uma relação familiar, e a disposição dos bens por morte – sendo nula a primeira e equacionando-se a manutenção da parte válida, *rectius*, da disposição dos bens por morte. Sobre o tema, mais recentemente, ver FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos e...*, *cit.*, *passim*. Não sendo esse o cenário típico que mobilizaremos na segunda parte deste estudo, optámos por dar relevância em texto à análise convencional.

⁵⁵ Entre nós, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Conversão...*, *cit.*, pág. 561; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, *cit.*, pág. 432; JOAQUIM RODRIGUES DAMAS, “A redução do negócio jurídico”, *ROA*, ano 45, 1985, págs. 727 e ss.. Na jurisprudência, veja-se, por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Julho de 1994, processo n.º 081614, disponível em www.dgsi.pt. No ordenamento germânico, a característica da “*Teilbarkeit*” é genericamente sublinhada – ver, por todos, THEODOR SOERGEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, *cit.*, pág. 1022. Cf. ainda GIOVANNI CRISCUOLI, “Clausola illecita, scindibilità oggettiva del regolamento negoziale, essenzialità soggettiva della parte nulla, mancanza unilaterale di volontà ed automatica inserzione sostitutiva di norme imperative nel contratto secondo la disciplina della nullità parziale”, *GI*, parte I, 1966, coluna 1158. Mesmo nos sistemas da *common law*, designadamente no sistema inglês, o termo usado para designar o tratamento da invalidade parcial, a “*severance*”, é claramente alusivo a esta operação de separação – neste sentido, por todos, EDWIN PEEL, *The Law of Contract*, 12.ª edição, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, Londres, 2007, pág. 556 e ss..

Ora, em resposta a esta questão, e na tentativa de eleger um critério unitário para aferir da divisibilidade do negócio, a doutrina germânica concluiu que tal divisibilidade só se encontra preenchida se *a parcela do negócio que não se achar afectada pela causa de invalidade puder subsistir autonomamente enquanto negócio jurídico*. A invalidade parcial no sentido do §139 do *BGB* apenas existe quando a invalidade se limita a uma parte do negócio de tal modo que a parte que resta possa existir ainda como negócio jurídico⁵⁶.

Também na experiência jurídica italiana, as tentativas de densificar a ideia de divisibilidade, não obstante o vasto conjunto de formulações, não se afastam muito da noção de consistência estrutural do negócio. Assim, diz-se que a divisibilidade ocorrerá sempre que “ao proceder-se à separação da parte sã da parte viciada do acto, aquela separação não altere, segundo um juízo de abstracta qualificação jurídica da *fattispecie*, as linhas da estrutura fundamental para a subsistência do negócio”⁵⁷; ou que haverá divisibilidade se, “suprimida a cláusula inválida, permaneça uma *fattispecie* contratual estruturalmente válida”⁵⁸; ou ainda sempre que seja possível detectar uma “autossuficiência estrutural do negócio residual”⁵⁹.

Por fim, várias são as vozes na doutrina nacional que acolhem a ideia de divisibilidade com o sentido acima exposto, enquanto possibilidade de subsistência autónoma da parte restante⁶⁰. Assim, a este respeito CARVALHO FERNANDES⁶¹ observa

⁵⁶ Assim, WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 573; HANS THEODOR SOERTEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, cit., pág. 1022; HEINZ GEORG BAMBERGER/HERBERT ROTH, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, cit., pág. 548; HERBERT ROTH in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, cit., pág. 35; REINHARD BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3.ª edição, Mohr Siebeck, Tubinga, 2011, pág. 478; KARL LARENZ/WOLF MANFRED, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8.ª edição, C.H. Beck, Munique, 1997, pág. 850; ou ainda HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, cit., pág. 53.

⁵⁷ GIOVANNI CRISCUOLI, “Clausola illecita, scindibilità oggettiva...”, cit., coluna 1161.

⁵⁸ MARIO CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Giuffrè, Milão, 1974, pág. 22.

⁵⁹ ALESSANDRO D’ADDA, *Nullità parziale...*, cit., pág. 41.

⁶⁰ Veja-se ainda a solução proposta para o Código Europeu dos Contratos que alude expressamente a este requisito (artigo 144/1): “(...) si la nullité touche seulement une clause ou une partie du contrat, celui-ci demeure valable dans sa partie restante, pourvu que cette dernière *possède une consistance et une validité autonomes...*” (itálico nosso).

⁶¹ *A Conversão...*, cit., pág. 561.

que “tem de estar em causa um negócio que seja divisível, i.é., possa subsistir em alguns dos seus elementos, como um negócio autónomo”. Em termos idênticos, também CALVÃO DA SILVA⁶² reconhece na possibilidade de divisibilidade objectiva do negócio em partes o requisito ou pressuposto para a aplicabilidade do artigo 292.º, concluindo que tal cenário se tem por verificado quando “a parte restante do contrato (amputado da parte nula) seja susceptível de uma existência jurídica autónoma”. Do mesmo modo, salienta RODRIGUES DAMAS⁶³, “condição *sine qua non* à redução do negócio jurídico é a de que este seja passível de se cindir em ‘partes’ distintas, susceptíveis uma ou alguma de se manterem e outra ou outras de serem eliminadas por forma a que, excluída a parte inválida, a parte que resta possa ainda ser considerada como um negócio jurídico [...]”^{64 65}.

⁶² *Sinal e Contrato-Promessa*, 13.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 51.

⁶³ “A redução do negócio jurídico”, *cit.*, pág. 729.

⁶⁴ Cf. no mesmo sentido ainda PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral de Direito Civil*, reimpressão da 7.ª edição de 2012, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 644; e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral – Negócio Jurídico*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 948. Na jurisprudência, *vide*, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de Abril de 2004, processo n.º 0451748 – acessível em www.dgsi.pt. No período anterior ao Código Civil de 1966, consultar ALBINO ANSELMO VAZ, “A conversão e a redução...”, *cit.* pág. 147.

⁶⁵ No caso da experiência jurídica inglesa pode até dizer-se que o juízo acerca da admissibilidade da redução do negócio (da “severance”) é tradicionalmente um juízo estritamente formal-estrutural ou objectivo. A jurisprudência estabelece uma distinção fundamental entre duas classes de casos de invalidade parcial – assim, EDWIN PEEL, *The Law of Contract*, *cit.*, págs. 556 e ss.. De um lado estarão as hipóteses de “severance of consideration” (de correspectivo), do outro as hipóteses de “severance of promises” (de prestações). No primeiro caso, faz-se apelo a um critério de índole estrutural, o de saber se a “illegal consideration” é substancial ou subsidiária. No segundo, a regra fundamental inglesa reconduz-se ao célebre “blue pencil test”, um juízo assente na possibilidade de divisão sintática do texto negocial: o contrato permanecerá válido se mantiver a sua eficácia depois de eliminadas as palavras ou os termos que exprimem a ilegalidade. O recurso a um critério formal como o “blue pencil test” é habitualmente explicado com base na ideia de que o juiz não se encontraria legitimado a reescrever o contrato pelas partes, cabendo-lhe, portanto, esta função de eliminação de palavras ou termos (justificação que, diga-se, não convence cabalmente, já que sistemas como o português, o italiano ou alemão, avessos também a uma intervenção judicial remodeladora dos termos do contrato, optaram por um critério subjectivo). E, no entanto, não deixa de ser significativo registar que, mesmo em sistemas como o inglês, foi-se assistindo progressivamente a uma atenuação da importância deste critério puramente formal-sintático – até pelos resultados arbitrários a que conduzia –, passando o juízo de “severability” a ser complementado por uma análise dos interesses dos

II – Antes de avançarmos no desenvolvimento desta ideia, convirá, porventura, esclarecer um aspecto terminológico e conceitual sobre o qual reina alguma confusão. Há quem designe esta possibilidade de divisão do negócio genericamente como *divisibilidade objectiva* – justamente para fazer apelo à ideia de que se trata de uma avaliação de índole puramente estrutural – que se poderá contrapor à designada *divisibilidade subjectiva* – essa sim que envolvendo já um juízo de (in)compatibilidade do negócio amputado da parte inválida com a vontade (hipotético-conjectural) das partes. Trata-se de uma terminologia bastante usual na literatura italiana (com eco entre nós⁶⁶) – “scindibilità oggettiva”⁶⁷, por um lado, e “scindibilità soggettiva”, por outro. Perspectivando o artigo 1419/1 do *Codice Civile* como preceito que prevê em que condições pode haver lugar a uma redução ou conservação do negócio, a divisibilidade objectiva é, digamos assim, o requisito prévio para que, num momento posterior, entre em linha de conta a avaliação do sentido da vontade das partes.

No entanto, como veremos mais adiante, as expressões “divisibilidade objectiva” e “divisibilidade subjectiva” tendem a ser utilizadas, em especial no espaço jurídico germânico, com um conteúdo mais específico, reportando-se a algumas das

contraentes, numa clara aproximação da avaliação de tipo subjectivo adoptada nos sistemas da *civil law* – sobre esta evolução, ver FABIO ZICCARDI, “Severance e nullità parziale...”, *cit.*, págs. 1155; e ALESSANDRO D’ADDA, *Nullità parziale...*, *cit.*, págs.13 e ss., em especial, págs. 18 e 19.

⁶⁶ Cf. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-Promessa...*, *cit.*, pág. 51; JOAQUIM RODRIGUES DAMAS, “A redução do negócio jurídico”, *cit.*, pág. 729.

⁶⁷ Assim, por exemplo, GIOVANNI CRISCUOLI, “Clausola illecita, scindibilità oggettiva...”, *cit.*, c. 1158, sublinha que é necessário distinguir o perfil estático-estrutural e o perfil dinâmico-funcional do fenómeno da invalidade parcial. O primeiro diz respeito à “scindibilità oggettiva” da parte inválida, o segundo, o da “scindibilità soggettiva” apenas intervém no caso de resposta positiva ao problema da “scindibilità oggettiva” e diz respeito à avaliação da conservação parcial ou não do negócio atendendo à vontade das partes. Também MARIO CASELLA, *Nullità parziale del contratto...*, *cit.*, pág. 22, separa duas questões: a primeira atende ao tipo de cláusulas que são afectadas pelo vício da nulidade, as quais devem ser cláusulas que não prejudicam a essência da própria estrutura do contrato, e como tal, cláusulas separáveis; a segunda ocupa-se da compatibilidade desse restante contrato, expurgado da parte viciada, com o escopo prático prosseguido pelas partes, ou seja, da apreciação da subsistência do contrato de acordo com a vontade hipotética das partes. Cf. ainda GIAMPAOLO NOVARA, *L’invalidità del...*, *cit.*, pág. 85. Distinguindo também as duas operações, no sistema suíço, HALUK TANDOĞAN, *La nullité, l’annulation...*, *cit.*, pág. 57 e ss., refere-se à “divisibilidade dos efeitos do contrato do ponto de vista objectivo” e à “divisibilidade dos efeitos do contrato do ponto de vista subjectivo”.

diferentes modalidades que a própria divisibilidade (objectiva-estrutural) é susceptível de assumir. Nesse caso, faz-se apelo aos diferentes cenários de divisibilidade (repita-se objectiva-estrutural) do negócio jurídico. A parte divisível do negócio pode identificar-se com a declaração negocial de um dos sujeitos intervenientes no negócio, na hipótese de estar em causa um negócio bilateral ou unilateral em que, de um dos lados ou do lado único do negócio haja uma pluralidade de declarações – o que a doutrina alemã identifica com a chamada *divisibilidade subjectiva* (“subjektive Teilbarkeit”)⁶⁸; como pode corresponder a uma parte do conteúdo de um negócio e/ou a uma prestação ou objecto de um conjunto mais amplo de prestações ou objectos – hipótese de *divisibilidade objectiva* (“objektive Teilbarkeit”). A estas duas modalidades acresce ainda uma outra que identifica a divisibilidade da prestação no seu aspecto quantitativo – no seu valor ou no seu aspecto temporal – a designar por *divisibilidade quantitativa* (“quantitative Teilbarkeit”)⁶⁹ ou que alguns, em termos mais restritos, preferem apelidar apenas de divisibilidade temporal (“zeitliche Teilbarkeit”)^{70 71}.

⁶⁸ Nestes termos, a título meramente exemplificativo, HANS THEODOR SOERTEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, cit., pág. 1022; HERBERT ROTH in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, cit., pág. 37; HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, cit., págs. 54 e ss.. REINHARD BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen...*, cit., pág. 478, estabelece apenas a distinção entre “Teilbarkeit in personeller Hinsicht” e a “Teilbarkeit in sachlicher Hinsicht”.

⁶⁹ HANS THEODOR SOERTEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, cit., pág. 1023; HERBERT ROTH in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, cit., pág. 38; e HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, cit., págs. 54 e ss..

⁷⁰ DIETER MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB: Ein Lehrbuch*, 8.^a edição, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2002, pág. 199.

⁷¹ A ideia de que a expressões “divisibilidade objectiva” e “divisibilidade subjectiva” surgem, por vezes, com significados equívocos retira-se também das conclusões de FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos e...*, cit., págs. 358 e 359. Afirma o Autor: “(...) é frequente ver indicado, como um dos requisitos a que obedecerá a redução negocial (para lá dos que se reportam directamente à verificação de uma vontade hipotética em determinado sentido), a divisibilidade do negócio jurídico (cuja redução se acha justamente em jogo). Neste sentido vai aliás o ensinamento corrente dos autores alemães: só poderia operar a redução negocial (verificados naturalmente os requisitos relativos à vontade hipotética das partes) se o conjunto negocial (sobre o qual incide a operação de redução) fosse susceptível de divisão, divisibilidade esta que seria de apurar quer

2.2. “Modalidades” de invalidade parcial, de divisibilidade do negócio ou diferentes processos de redução

Definidas que estão as duas subquestões que o problema da identificação de uma invalidade parcial concita, impõe-se agora, num esforço de concretização passar em revista as diferentes situações em que se pode afirmar que uma parte do negócio jurídico preenche o requisito da divisibilidade, estando, por essa via, verificado o pressuposto ou a previsão que dá lugar a aplicação do regime do artigo 292.º. Esta operação de concretização passa por aferir, a respeito de cada componente considerada “parte”, em que medida se encontra verificada a característica da divisibilidade de acordo com o critério acima exposto. Desta análise resultará, digamos, o quadro de “modalidades” de invalidade parcial, ou se quisermos, desde

objectivamente (quer dizer, do ponto de vista da própria estrutura do negócio, a qual seria indivisível se não comportasse qualquer possibilidade de decomposição interna, atento designadamente o respectivo objecto), quer mesmo subjectivamente (quer dizer, atenta a vontade das partes)”. E continua: “Afigura-se-nos, todavia, que: em primeiro lugar, a referida divisibilidade “subjectiva” ou se confunde precisamente com a vontade hipotética das partes, ou, se se reportar à sua vontade efectiva (não hipotética), remete para um outro problema, que é o da consideração do regime do artigo 292.º como regime supletivo (na medida em que as próprias partes podem prever a invalidade parcial e determinar as consequências que então se produzirão); em segundo lugar, a divisibilidade “objectiva” confunde-se, também ela, ao menos parcialmente, com o requisito da redução atrás indicado, recorde-se, a possibilidade de sobrevivência autónoma (quer dizer, enquanto negócio jurídico *a se stante*) da parte restante (não afectada portanto pela causa de invalidade) do negócio parcialmente inválido”. Acaba, no entanto, por admitir que se possa falar, fora desse contexto, de um requisito específico de divisibilidade, quando reconhece: “Incluimos aqui, neste requisito de divisibilidade objectiva do negócio inválido, fundamentalmente circunstâncias relacionadas com a própria divisibilidade do objecto (mediato) negocial (divisibilidade do prédio, divisibilidade da coisa móvel, divisibilidade do crédito quando este for o objecto do negócio, etc.)” – pág. 359, nota 833.

Ora, no que diz respeito ao significado da expressão “divisibilidade subjectiva”, pensamos, diferentemente do Autor, que a expressão é plurívoca não tanto por através dela se representar o requisito relativo à vontade hipotética e o carácter supletivo do regime, mas porque através dela se dá conta, nuns casos, do requisito atinente à vontade hipotética, e noutros, se pretender fazer referência às hipóteses em que a divisibilidade estrutural-objectiva se analisa na possibilidade de eliminação da declaração negocial de um dos sujeitos. Já quanto ao alcance da expressão “divisibilidade objectiva”, pensamos, tal como o Autor, que a fórmula é utilizado tanto com o significado mais geral para aludir à possibilidade de sobrevivência autónoma do negócio, como para especificar casos em que essa divisibilidade estrutural se obtém por divisibilidade do objecto.

uma outra perspectiva, as diversas modalidades de divisibilidade ou os diferentes “processos” de que pode derivar a redução do negócio jurídico⁷².

2.2.1. Invalidade parcial e invalidade de cláusulas acessórias ou secundárias

2.2.1.1. Traços característicos

Numa primeira acepção, aquela que de forma mais próxima é sugerida pela própria locução “invalidade parcial”, a invalidade diz-se parcial quando atinge uma cláusula ou cláusulas não essenciais do negócio jurídico. Neste caso, parte do negócio identifica uma cláusula ou estipulação do conteúdo negócio e o requisito da divisibilidade tem-se por preenchido na medida em que o fundamento da invalidade diga respeito a um elemento ou cláusula não essencial.

Tem sido este o entendimento amplamente sufragado pela literatura alemã, a qual é unânime em reconhecer que não pode, nesse contexto, estar em causa um elemento essencial (“wesentlicher Bestandteil”)⁷³. *Mutatis mutandis*, no ordenamento jurídico italiano, onde, pese embora as várias compreensões se distinguirem em termos de formulação inicial, todas elas acabam por evidenciar que a divisibilidade está excluída (e com ela a ideia de invalidade parcial) sempre que o vício atinja uma

⁷² Na doutrina portuguesa, há quem opte por reportar-se às diferentes *modalidades de invalidade parcial* – é o caso de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral – Acções e factos jurídicos*, vol. II, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 421; e LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 5.^a edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, pág. 523. Já antes MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação...*, *cit.*, pág. 427, se referia às diferentes variantes da nulidade parcial. Outros autores preferem descrever *os vários processos* de que pode derivar a redução do negócio, como faz CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, *cit.*, pág. 434, ao assinalar “Considerando no negócio jurídico uma dupla estrutura – estrutura formativa (em que as partes são os enunciados que compõem declarações e as declarações que compõem o texto) e estrutura constitutiva (em que as partes são os componentes seleccionados para integrar o respectivo eixo sintagmático pelo qual se opera a “leitura” do seu texto) – a redução do negócio jurídico pode derivar de diferentes processos”.

⁷³ HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, *cit.* pág. 54; REIHHARD BORK, *Allgemeiner Teil des...*, *cit.*, pág. 478.

cláusula ou um elemento essencial do contrato ⁷⁴. Entre nós, sublinha-se a circunstância de o vício não atingir *radicalmente* o negócio, o que, uma vez mais, parece estribar-se na ideia da não essencialidade da estipulação afectada pelo vício ⁷⁵.

Quanto ao alcance das expressões “elementos” ou “cláusulas” essenciais e não essenciais, pensa-se que ela vem sendo adoptada no discurso doutrinal com um conteúdo específico que importa precisar. A alusão toma aqui como ponto de referência a classificação que os elementos que compõem o conteúdo ⁷⁶ de cada negócio típico ou nominado podem assumir. Sob esse ponto de vista, os elementos ou cláusulas dizem-se essenciais na medida em que contradistinguem um certo tipo negocial dos restantes tipos, e acessórios ou secundários nos restantes casos. Neste sentido, FLUME observa que uma invalidade parcial apenas existe quando a parte remanescente se apresenta, por si, como um negócio jurídico no sentido de um acto

⁷⁴ A conclusão é avançada por ENZO ROPPO, “Nullità parziale del contratto...”, *cit.*, págs. 688 e 689. Entende o Autor que este teste formal ou objectivo, pese embora as diferentes formulações que tem vindo a adoptar, não se tem distanciado significativamente da distinção entre cláusulas principais/essenciais e acessórias/secundárias.

⁷⁵ É o que realça, por exemplo, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, *cit.*, pág. 421.

⁷⁶ De facto, é sabido que a referência aos elementos essenciais nem sempre é feita atendendo ao conteúdo negocial. No caso da classificação tradicional que reparte os elementos do negócio jurídico em essenciais, naturais e acidentais, a referência aos elementos essenciais é ambígua já que tanto é usada com o sentido de *elementos do conteúdo do negócio* – estipulações negociais que caracterizam e contradistinguem o tipo (e que na terminologia de MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, *cit.*, pág. 33 e ss., e de CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 384, são os elementos essenciais de cada negócio típico) – como com o sentido de *requisitos ou pressupostos negociais para a existência* – os sujeitos, a declaração negocial, o objecto – e *validade do negócio* – capacidade, legitimidade dos sujeitos, declaração negocial sem anomalias e idoneidade do objecto – os designados *elementos essenciais dos negócios jurídicos em geral*. Acresce a este dado, o facto de esta classificação, quando usada com o sentido de elementos do conteúdo do negócio, arrancar, parece-nos, de uma concepção acerca da conformação do conteúdo que coloca a vontade como fonte jurídica praticamente exclusiva de efeitos jurídicos, o que, em vários domínios da vasta área contratual, está hoje ultrapassada.

Paralelamente, recorde-se, a expressão pode ser utilizada tomando como ponto de referência a essencialidade sob o ponto de vista da vontade das partes, sendo essenciais as cláusulas que para as partes, ou para uma delas, revestiram tanta importância, na sua determinação de concluir o negócio jurídico, que sem elas o negócio não teria sido realizado (sobre esta classificação, *vide*, de novo MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, *cit.*, pág. 35).

típico da ordem jurídica (“ein Rechtsordnung bestimmt Aktstyp”), o que aponta para a ideia de que não podem estar em causa as cláusulas essenciais de um determinado tipo negocial⁷⁷. A mesma ideia perpassa junto da doutrina italiana, quando, por exemplo, MARIO CASELLA⁷⁸ salienta que a aplicação do artigo 1419/1 pressupõe a manutenção de uma ou várias cláusulas secundárias; SARACINI⁷⁹, a propósito da densificação da expressão “nullità di singole clausole” no artigo 1419/1, assinala que aquela só poderá dizer respeito a uma ou várias cláusulas secundárias; ou ainda ALESSANDRO D’ADDA⁸⁰, que remete para a distinção entre cláusulas essenciais, aquelas que cunham um tipo contratual, e cláusulas acidentais, aquelas cuja presença ou ausência não incide sobre a enquadrabilidade da *fattispecie* no esquema típico.

À luz deste critério, é, pois, no quadro das chamadas cláusulas secundárias e/ou acessórias que se encontram aquelas estipulações cuja invalidade faz entrar em cena o regime da redução. Como exemplos paradigmáticos, faz-se habitualmente apelo às cláusulas acessórias típicas gerais⁸¹ – a condição, o termo, o modo, a cláusula penal ou as cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil – embora este grupo de hipóteses esteja longe de esgotar a plétora de estipulações abrangidas por esta categoria⁸².

⁷⁷ *Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 574. Os exemplos fornecidos pela literatura alemã também corroboram esta conclusão. Dá-se o exemplo de um contrato de compra e venda em que a estipulação do preço é nula; nesse caso, a estipulação da coisa, por si só, não é susceptível de formar um negócio jurídico. Nesse caso, conclui-se, o negócio é totalmente inválido, sem que haja lugar à intervenção do §139 do *BGB*.

⁷⁸ MARIO CASELLA, *Nullità parziale del contratto...*, cit., pág. 22.

⁷⁹ EUGENIO SARACINI, *Nullità e sostituzione...*, cit., pág. 20.

⁸⁰ ALESSANDRO D’ADDA, *Nullità parziale...*, cit., pág. 37.

⁸¹ Assim reputadas na manualística de teoria geral do direito civil – MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, cit., pág. 36; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pág. 555 e ss.; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, cit., pág. 403 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, cit., pág. 343 e ss..

⁸² No domínio juscivilístico, GIOVANNI FERRI, “Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico”, *RDCom*, ano LXI, parte I, 1963, pág. 273, faz coincidir o universo das cláusulas acessórias ou secundárias com aquelas que permitem aos sujeitos privados implementar uma série aberta de possíveis variações de estrutura e de regulamento do próprio acto de autonomia privada, de dar forma ao assento de interesses, no negócio concreto, segundo os critérios e segundo as necessidades dos próprios interessados, exercitando assim a liberdade contratual que lhes é reconhecida.

2.2.1.2. Reconhecimento no direito português e no direito comparado

O reconhecimento deste cenário como uma hipótese que convoca a aplicação do artigo 292.º não merece hoje discussão entre nós. Antes da entrada em vigor do Código Civil de 1966, havia quem identificasse o campo de aplicação da redução apenas com aquelas situações em que a expurgação da invalidade se obtinha por uma redução quantitativa do objecto, categoria que será mencionada mais adiante. Para PAULO CUNHA⁸³, havia que distinguir o fenómeno da produção parcial dos efeitos, pelo qual se eliminavam cláusulas enquanto outras subsistiam, do da redução propriamente dita, em que da própria cláusula ilegal se extraía, por via de redução de um quantitativo, um negócio em harmonia com a lei. Segundo RAÚL VENTURA⁸⁴, o campo de aplicação do princípio *utile per inutile* dizia respeito aos casos em que há uma invalidade de certas estipulações ou disposições do negócio; já a redução abrange as hipóteses em que, sem alteração qualitativa, o negócio sofre uma amputação parcial dos seus efeitos. DIAS MARQUES⁸⁵ estabelecia a destrição nos seguintes termos: “a invalidade parcial é apenas a invalidade de algum dos preceitos materialmente distintos que do conteúdo negocial fazem parte, ao passo que a redutibilidade supõe a invalidade de um aspecto parcial do negócio apenas idealmente distinguível da parte restante”. Já autores como MANUEL DE ANDRADE⁸⁶ e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES⁸⁷

⁸³ *Apud* LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Conversão...*, *cit.*, pág. 551.

⁸⁴ *A Conversão dos Actos Jurídicos no Direito Romano*, Dissertação para Concurso para Professor Extraordinário, Lisboa, 1947, pág. 152 e ss..

⁸⁵ *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, pág. 252. O Autor acaba por não retirar consequências práticas significativas desta distinção, pelo menos em termos de regime jurídico. No primeiro caso, o da invalidade parcial, entende DIAS MARQUES que, na falta de disposição legal, a questão deve ser resolvida com recurso ao critério da vontade hipotética das partes. Quando confrontado com o problema da redutibilidade negocial, propende a considerar que deve primeiramente averiguar-se se há norma que implícita ou expressamente proíba ou imponha a redução, ou se uma norma que preveja a redução pode aplicar-se por analogia, a casos não previstos. Admite, no entanto, que das disposições legais que admitem a redutibilidade se pode extrair um princípio mais geral segundo o qual deve atribuir-se relevância “à vontade hipotética dos autores do negócio sempre que os elementos objectivos neste existentes permitam proceder a uma qualificação subsidiária atributiva de validade”.

⁸⁶ *Teoria Geral da Relação Jurídica...*, *cit.*, pág. 428.

⁸⁷ Haja em vista o acórdão que suscitou a anotação do Autor em *O Direito*, ano LXXXIX, 1957, pág. 260, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Abril de 1957, no qual estava em discussão saber se um contrato com algumas das suas cláusulas feridas de invalidade devia considerar-

referiam-se indistintamente aos dois fenómenos como fazendo parte do campo de aplicação do instituto em questão.

A partir da entrada em vigor do Código Civil, em 1966, não restam dúvidas de que a invalidade de cláusulas (secundárias ou acessórias) passou a ser um dos cenários que a doutrina de modo praticamente unânime identifica como fazendo parte do pressuposto de aplicação do artigo 292.º. Neste sentido convergem as posições de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO⁸⁸, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO⁸⁹, LUÍS CARVALHO FERNANDES⁹⁰, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA⁹¹, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES⁹², HEINRICH HÖRSTER⁹³, PAIS DE VASCONCELOS⁹⁴, entre outros.

Dados do direito positivo também reforçam esta compreensão, nomeadamente, o disposto no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro⁹⁵ – diploma que instituiu o

se todo nulo ou se devia reduzir à parte em si mesma isenta de vício. Sobre o instituto, ver ainda, o parecer do mesmo Autor, “Redução do negócio jurídico”, *Revista dos Tribunais*, ano 71, n.ºs 1667 a 1668, 1953, págs. 290 e ss..

⁸⁸ *Direito Civil – Teoria...*, cit., pág. 421. O Autor refere que neste caso estamos perante uma *invalidade parcial na qualidade*. A expressão *invalidade parcial na qualidade* – por contraposição à *invalidade parcial na quantidade* – não é especialmente feliz; em bom rigor, no caso da *invalidade parcial na modalidade* da *invalidade de cláusulas* existe uma alteração quantitativa uma vez que a cláusula viciada é suprimida, eliminada do negócio, e, do mesmo passo, uma alteração qualitativa, na medida em que a *invalidade da cláusula* e a sua *eliminação* traduzem uma forma incompleta e defeituosa de realização da operação económica perseguida pelas partes, uma perturbação mais ou menos grave do programa predisposto pela autonomia privada.

⁸⁹ *Teoria Geral...*, cit., pág. 625.

⁹⁰ *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, cit., pág. 518, referindo que nesse caso estaremos perante uma *redução qualitativa*.

⁹¹ *Texto e Enunciado...*, cit., pág. 434. Na classificação do Autor, dentro dos processos através dos quais a redução pode operar, estaremos perante uma hipótese de redução por eliminação de elementos constitutivos, mais concretamente uma hipótese de *redução sintagmática* – que só será admissível quando o tipo negocial em causa permita a ausência desse elemento, o que coincidirá, conclui o Autor, com a expurgação de uma circunstância ou cláusula que não sejam essenciais à composição do respectivo tipo.

⁹² *Manual dos Contratos em Geral*, cit., pág. 372.

⁹³ *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª reimpressão da edição de 1992, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 598.

⁹⁴ *Teoria Geral de Direito Civil*, cit., pág. 644.

⁹⁵ Com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto e, pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 Julho.

regime jurídico das cláusulas contratuais gerais. Com efeito, é sabido que a típica função das cláusulas contratuais gerais consiste na regulação de elementos acessórios ou secundários do contrato, particularmente, aqueles efeitos que derivando de disposições legais supletivas podem pelas partes ser afastados ou modificados⁹⁶. Pois bem. Determina o artigo 14.º do diploma que quando, em caso de invalidade de alguma ou algumas cláusulas do contrato por violação dos limites aí estabelecidos, o aderente não exerça o seu direito de optar pela manutenção do contrato, ou exercendo-o daí resultar um desequilíbrio de prestações gravemente atentório da boa fé, vigora o regime jurídico da redução do negócio jurídico previsto no artigo 292.º do Código Civil. Ora, este configura, a nosso ver, um elemento importante no sentido de se poder concluir que as hipóteses de invalidade cujo fundamento atinge uma determinada cláusula acessória ou secundária de um negócio jurídico integram a pressuposto para a aplicação do regime da redução do Código Civil, já que são sobretudo aquelas as estipulações que aquele diploma tem na mira.

Também nas experiências jurídicas alemã e italiana, o reconhecimento de que parte divisível do negócio pode corresponder a uma cláusula secundária não oferece particulares resistências. De um modo geral, estes são casos que a boa parte da doutrina alemã agrupa sob o epíteto de *divisibilidade objectiva* do negócio (“objektive Teilbarkeit”) e que, sem dificuldade, faz coincidir com uma das hipóteses que cai sob a alçada do §139 do *BGB*⁹⁷.

⁹⁶ Voltaremos a pronunciar-nos sobre esta questão *infra*, parte II, A, capítulo 4, ponto 3.1.

⁹⁷ HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, *cit.*, pág. 54; HANS THEODOR SOERGEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, *cit.*, pág. 1023; ou ainda HEINZ GEORG BAMBERGER/HERBERT ROTH, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, pág. 549; e HERBERT ROTH *in* JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, *cit.*, pág. 37. O reconhecimento deste cenário como uma das hipóteses que integram o conceito de nulidade parcial é também feito sem dificuldades na doutrina francesa por PHILIPPE SIMLER, *La Nullité Partielle...*, *cit.*, págs. 40 e ss.; ou FRANÇOIS TERRÉ/ PHILIPPE SIMLER/YVES LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 10.ª edição, Dalloz, Paris, 2009, pág. 431. Aliás, no caso deste último sistema, na ausência de uma disposição geral relativa ao fenómeno da invalidade parcial, toda a construção da figura teve por base uma habilidosa interpretação jurisprudencial dos artigos 900 e 1172 do *Code Civil*, os quais regulam as consequências resultantes da estipulação de condições impossíveis, ilícitas e imorais. As conclusões respeitantes a estas cláusulas acessórias a doutrina e a jurisprudência francesas generalizaram a todo tipo de cláusulas ou convenções acessórias.

Na experiência jurídica italiana, deparamo-nos com um aspecto peculiar. Não só existe unanimidade no entendimento de que o artigo 1419/1 do *Codice Civile* se aplica às hipóteses em que a invalidade atinge certas cláusulas – secundárias, acessórias – do contrato, sem atingir o contrato no seu todo (para essa conclusão aponta a própria letra do preceito que se refere à “nullità di singole clausole”), como boa parte da doutrina reconhece esse cenário de invalidade parcial como único abrangido pelo artigo 1419/1. Ou seja, para a maioria dos autores a invalidade parcial para efeitos do artigo 1419/1 é *apenas* a invalidade que atinge cláusulas acessórias ou secundárias⁹⁸.

2.2.2. Invalidade parcial e decomposição do objecto/prestação em termos quantitativos

2.2.2.1. Traços característicos

Numa segunda acepção, a invalidade diz-se parcial na medida em que o fundamento da invalidade atinge o objecto/a prestação do negócio, em termos quantitativos, na sua medida/valor ou no seu aspecto temporal. Neste caso, “parte” do negócio é uma parte ideal do objecto, da prestação do negócio. Cabem aqui as hipóteses que na classificação de MANUEL DE ANDRADE⁹⁹, o Autor identifica como hipóteses de desconformidade parcial entre a lei e uma cláusula essencial – preço, coisa ou quantia sobre que recai o negócio; duração do mesmo, nos contratos típicos nos quais tem de intervir esse elemento.

Está em causa uma operação abstractamente redutiva da entidade da prestação para colocá-la dentro dos limites que já não entrarão em conflito com o ordenamento jurídico. A expurgação da invalidade é obtida através de uma decomposição do objecto/da prestação – na sua medida/valor ou ainda no seu aspecto temporal – e amputação de uma parte (leia-se, da parte que se reputa excessiva e tornaria por isso o

⁹⁸ Cf. EUGENIO SARACINI, *Nullità e sostituzione...*, cit., pág. 38; GIUSEPPE MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Livro IV, t. II, Utet, Turim, 1958, pág. 384; MARIO CASELLA, *Nullità parziale del contratto...*, cit., pág. 17; e VINCENZO ROPPO, *Trattato del Contratto*, cit., pág. 112.

⁹⁹ *Teoria Geral...*, cit., pág. 427.

negócio inválido), tornando possível a conservação do negócio dentro dos limites da lei. Alguns exemplos ilustram o que se acaba de descrever.

No que diz respeito à decomposição do objecto no que toca ao seu valor ou quantidade – veja-se o exemplo paradigmático do contrato de mútuo nulo por vício de forma. Como é sabido, o contrato de mútuo de valor inferior a 2500 euros é um negócio consensual, vale dizer, a lei não impõe uma determinada roupagem exterior para o negócio; se a quantia mutuada for superior a 2500 euros, mas inferior a 25 000 euros, o negócio só será válido se celebrado por documento particular assinado pelo mutuário; já se a quantia mutuada exceder 25 000 euros, exige-se escritura pública ou documento particular autenticado (artigo 1143.º do Código Civil). Supondo uma hipótese em que é celebrado por documento particular um contrato de mútuo da importância de 30 000 euros, estamos perante um negócio desconforme, na sua forma, com os padrões legais de observância obrigatória. Perguntar-se-á então se o negócio será nulo na totalidade ou poderá ser tratado como um mútuo válido de 25 000 euros e como mútuo nulo só na parte excedente. Ou então o exemplo de escola do contrato de compra e venda de um terreno parcialmente alheio. *A* vende a *B* um terreno, verificando-se mais tarde que o terreno vendido não pertencia a *A* na sua totalidade, pois compreendia uma faixa pertencente a *C*; a venda dessa faixa de terreno é nula por se tratar de uma venda de bens alheios (artigo 892.º do Código Civil), podendo questionar-se se será nulo todo o negócio ou permanecerá válida a venda do terreno efectivamente pertencente a *A*¹⁰⁰.

Como exemplo de decomposição que se reporta ao aspecto temporal, haja em vista o exemplo fornecido por MANUEL DE ANDRADE do contrato de arrendamento celebrado por um determinado prazo sem o necessário registo¹⁰¹. À época, o artigo

¹⁰⁰ Exemplos colhidos em CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pág. 633 e 634.

¹⁰¹ Exemplo colhido em *Teoria Geral...*, cit., pág. 427. Ou ainda a hipótese real formulada na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 2471, 65.º, pág. 228 e ss., com a seguinte configuração: nos termos do artigo 27.º do Decreto 5411, artigo 180.º, § 2.º, alínea e) do Código de Registo Predial e artigo 949.º, § 2.º, alínea e) do Código Civil, um contrato de arrendamento de um imóvel por prazo superior a quatro anos constituía um arrendamento sujeito a registo, e por força do artigo 147.º, n.º 6.º do Código de Notariado, carecia de ser celebrado através de documento autêntico. Imaginando que *A* concluía com *B* um contrato de arrendamento de uma casa pelo prazo de seis anos, sem adiantamento de renda, e por documento particular, perguntava-se se não poderia o contrato ser havido como válido até ao limite dos quatro anos e só nulo no que ultrapassava aquele prazo.

949.º, §2.º, alínea a) do Código Civil obrigava ao registo de arrendamentos por mais de um ano, havendo adiantamento de renda, ou por mais de quatro, não havendo. Por outro lado, o artigo 10.º do Decreto n.º 5411 estipulava que o marido não podia fazer, sem autorização da mulher, um arrendamento sujeito a registo, e o artigo 163.º, n.º 6, do Código do Notariado, bem como o artigo 37.º, 1, alínea a) da Lei 2030, de 22-VI-1948, sujeitavam a escritura pública os mesmos contratos. Imaginando que um homem casado fazia um arrendamento por dez anos (sem aditamento de renda), sem autorização da mulher, o contrato estaria em conflito com o artigo 10.º do Decreto n.º 5411, mas apenas na parte em que excedia quatro anos. Perguntava-se então se não poderia o contrato ser havido como válido até ao limite dos quatro anos e só nulo no que ultrapassava aquele prazo.

Certo é que, paralelamente a estas hipóteses de invalidade parcial por decomposição do objecto, na sua medida ou no seu aspecto temporal, outras há que, desde uma certa perspectiva ampla, também podem ser vistas como hipóteses de decomposição do objecto em termos quantitativos. Pense-se no exemplo de um contrato de compra e venda que tem por objecto várias coisas. Se por algum motivo o acordo relativo a alguma delas não é válido, poder-se-á equacionar o aproveitamento do negócio em relação aos restantes bens¹⁰².

2.2.2.2. Reconhecimento no direito português e alemão; o mistério da “nullità parziale”

De um modo geral, a doutrina nacional não tem criado quaisquer resistências à admissibilidade destas hipóteses como um dos cenários de “invalidade parcial” para efeitos do artigo 292.º. Antes da entrada em vigor do Código Civil, em 1966, vezes havia justamente, como já se aludiu, que associavam mesmo o fenómeno da redução

¹⁰² Estas são hipóteses que, como já se aludiu *supra*, integram, na classificação de alguma doutrina germânica, a categoria da “divisibilidade objectiva” (“objektive Teilbarkeit”), a qual compreende tanto as hipóteses em que está em causa um vício que atinge uma cláusula acessória como também aqueles cenários em que se admite uma redução dos objectos – HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, *cit.*, pág. 55.

apenas àquelas situações em que a expurgação da invalidade se obtinha por uma redução quantitativa do objecto¹⁰³.

A partir da entrada em vigor do actual Código Civil, a doutrina tem dado por assente que este é um dos cenários típicos pressuposto pelo preceito. Neste sentido apontam as posições de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁰⁴ – o Autor refere-se às hipóteses a expurgação da invalidade que se obtém por uma redução quantitativa do objecto –, LUÍS CARVALHO FERNANDES¹⁰⁵, aludindo nesses casos a uma limitação dos efeitos do contrato na parte em que se têm por excessivos, ou CARLOS MOTA PINTO¹⁰⁶, implicitamente, pelos exemplos que refere como ilustradores do recurso à figura da redução¹⁰⁷.

A percepção de que este tipo de situações convoca um cenário de invalidade parcial, susceptível de ser solucionado ao abrigo da regra geral contida no artigo 292.º, resulta, de resto, da articulação sistemática, entre o dispositivo normativo em

¹⁰³ Na doutrina nacional seguiam esta corrente, PAULO CUNHA, RAUL VENTÚRA e DIAS MARQUES (*vide supra*). Autores como MANUEL DE ANDRADE e GALVÃO TELLES identificavam esta como uma das hipóteses em que a redução poderia ter lugar. Alguma doutrina francesa (ver, especialmente, FRANÇOIS TERRÉ/ PHILIPPE SIMLER/YVES LEQUETTE, *Droit civil...*, *cit.*, pág. 434) utiliza a expressão “réduction” para identificar justamente este cenário de invalidade parcial.

¹⁰⁴ *Direito Civil...*, *cit.*, pág. 421.

¹⁰⁵ *A Conversão ...*, *cit.*, pág. 555.

¹⁰⁶ *Teoria Geral...*, *cit.*, pág. 624 e 625. Veja-se o exemplo do terreno vendido que não pertencia na totalidade ao vendedor e o exemplo do contrato de mútuo que excede a quantia X, concluído através de documento particular.

¹⁰⁷ Cf. ainda PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral de Direito Civil*, *cit.*, pág. 644; e CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, *cit.*, pág. 435, referindo-se este último autor a hipóteses desta natureza como casos de redução por eliminação de elementos constitutivos, na submodalidade *redução paradigmática*, aquela que se verifica quando haja cumulação não necessária segundo a norma aplicável ou indicação alternativa de pessoas ou objectos. Assinala, como exemplo, a venda de um certo número de prédios, sendo a venda nula em relação a um deles (nota 198). O Autor manifesta maiores reservas em relação às hipóteses de redução quantitativa do objecto na sua medida ou no seu aspecto temporal, como melhor se verá *infra*, parte I, ponto 3.2.2.4.

Veja-se, em contrapartida, a hipótese tratada no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de Abril de 2004 (processo n.º 0451748) – consultada em www.dgsi.pt – em que num contrato de arrendamento rural fora acordado que a renda seria “vinho a meias”. A cláusula em questão foi reputada nula por violar o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 385/88, de 25 de Setembro, e o tribunal entendeu tratar-se de uma hipótese de invalidade parcial ou de divisibilidade que ficaria sujeita ao regime do artigo 292.º do Código Civil...

questão e alguns outros dados do direito positivo (máxime no que toca às hipóteses de decomposição do objecto no seu valor ou quantidade). Assim, por exemplo, os artigos 884.º e 902.º do Código Civil, pressupondo hipóteses de invalidade parcial com um significado quantitativo, operam uma remissão expressa para o artigo 292.º¹⁰⁸. No primeiro caso, dispõe a lei que “Se a venda ficar limitada a parte do seu objecto, nos termos do artigo 292.º ou por força de outros preceitos legais, o preço respeitante à parte válida do contrato é o que neste figurar, se houver sido discriminado como parcela do preço global”, e na falta dessa discriminação, a redução será feita por avaliação”. No segundo, determina-se que “Se os bens só parcialmente forem alheios e o contrato valer na parte restante por aplicação do artigo 292.º, observar-se-ão as disposições antecedentes quanto à parte nula e reduzir-se-á proporcionalmente o preço estipulado”. Há, pois, nestes termos, um reconhecimento implícito de que as hipóteses de decomposição do objecto em termos quantitativos integram o âmbito de aplicação da figura da redução do negócio jurídico.

O reconhecimento desta modalidade de invalidade parcial também não oferece particulares resistências no espaço jurídico alemão. Neste sistema, a fórmula divisibilidade quantitativa (“quantitative Teilbarkeit”) abrange justamente o acervo de hipóteses em que a divisibilidade do negócio e como tal a existência de uma invalidade parcial radicam na possibilidade de decomposição do objecto em termos quantitativos, na sua medida ou duração¹⁰⁹. Decerto, o reconhecimento, hoje isento

¹⁰⁸ Na jurisprudência, considerando a venda de um bem parcialmente alheio como uma hipótese de invalidade parcial para efeitos do artigo 292.º do Código Civil, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Janeiro de 2014, processo n.º 296/09.2TBVRL.P2.S1, disponível em www.dgsi.pt. Sirva também de exemplo a decisão do mesmo tribunal de 15 de Outubro de 1999, processo n.º 080567, também acessível através de www.dgsi.pt. Estava em causa a venda de um prédio, que, por erro na declaração, havia sido descrito na escritura como prédio misto. O tribunal, por aplicação do artigo 292.º, manteve como válida a venda quanto ao prédio urbano.

¹⁰⁹ Os exemplos colhidos da jurisprudência (cf. HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, cit., pág. 56) aproximam-se significativamente daqueles acima expostos. Atente-se na hipótese do tutor que celebra um contrato de arrendamento em nome do menor com uma duração que excede a data em que o menor atinge a maioridade, sem a autorização judicial exigida pelo §1822 V *BGB*. Ou no caso do representante que apenas detinha procuração para a aquisição de uma determinada quantidade de material e que a adquire em excesso. Diversamente, numa outra hipótese em que havia sido celebrado um contrato de seguro de vida sem o preenchimento dos requisitos impostos pelo § 1822 V do *BGB*, o tribunal recusou que o contrato pudesse ser aproveitado nos termos

de dúvidas, não reuniu consenso numa fase inicial. As dificuldades em admitir esta modalidade de invalidade parcial terão estado relacionadas com o conceito de “parte” do negócio (o §139 refere “Ist ein Teil...”). De facto, nas hipóteses de divisibilidade quantitativa, o conceito de parte tem de ser entendido em termos hábeis. Está em causa uma operação abstractamente redutiva da entidade da prestação; “parte” do negócio não é, pois, aqui uma porção do conteúdo do negócio (ou uma das declarações negociais que o compõem) mas uma parte ideal do objecto do negócio. Daí que tenha havido algum embaraço inicial na doutrina em reconhecer essas hipóteses como um cenário abrangido pelo §139. O argumento preponderante para a inclusão destas hipóteses no âmbito de aplicação do §139 terá sido a própria teleologia da norma em apreço. Nas hipóteses de divisibilidade quantitativa, a expurgação do vício opera através de uma amputação dos efeitos excessivos, de uma redução *hoc sensu* da prestação. Ora, a ser assim, conclui a doutrina, desde que essa redução dos efeitos venha depois a ser avaliada à luz da vontade hipotética das partes (como alternativa a um desfecho de invalidade total), não se vislumbram razões para não admitir estas hipóteses como casos de divisibilidade do negócio, e como tal, assimiláveis às restantes hipóteses que integram o âmbito de aplicação do §139 do *BGB*¹¹⁰.

De todo o modo, em ambas as experiências jurídicas, nuns casos, a própria lei, noutros, os ensinamentos doutrinários, dão conta de um aspecto elementar. Tratando-se de contratos bilaterais, torna-se necessário que a decomposição em termos quantitativos da prestação seja acompanhada da correspondente parcelização da prestação contrária. Os artigos 884.º e 902.º do Código Civil ilustram bem essa exigência, ao aludirem, respectivamente, a uma redução do preço a realizar de acordo com o que houver sido discriminado como parcela do preço global ou por meio de

do §139, através da redução temporal, por entender que, no caso de um seguro de vida, porque o valor do prémio se encontra intimamente ligado ao aspecto temporal, um contrato de seguro com uma duração inferior reclamaria uma alteração do prémio. Favorável a esta decisão, WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 574; em tom crítico, HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, cit., pág. 57.

¹¹⁰ Neste sentido, HANS THEODOR SOERGEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, cit., pág. 1023. Já HERBERT ROTH in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, cit., pág. 38, considera que o §139 se deve aplicar por analogia às situações em apreço.

avaliação, e a uma redução proporcional do preço¹¹¹. Pense-se também no exemplo de um contrato de compra e venda que tem por objecto várias coisas. Se por algum motivo o acordo relativo a alguma delas não é válido, só se poderá falar em invalidade parcial se o correspondente preço se deixar repartir em diferentes parcelas. Neste último caso, alguns autores alemães¹¹² esclarecem que não é estritamente necessário que essa possibilidade de repartição resulte directamente do contrato. Basta que a parcelização resulte evidente segundo as circunstâncias do caso. Quando, diversamente, a redução apenas se tornar possível através de uma avaliação do juiz, não dispondo este de um critério fixo/seguro, a divisibilidade deve ter-se por afastada.

II – Na experiência jurídica italiana, a questão é, todavia, mais controversa.

Para a maioria da doutrina italiana, a invalidade parcial, para efeitos do artigo 1419/1 do *Codice Civile*, traduz-se apenas na invalidade de uma ou mais cláusulas secundárias do regulamento negocial. Segundo a interpretação prevalecente, com as expressões “nullità parziale” e “ nullità di singole clausole”, o legislador, no artigo 1419/1, pretendeu abranger *apenas* o cenário de invalidade de alguma ou algumas cláusulas secundárias do regulamento contratual¹¹³.

Este entendimento não convenceu totalmente, porém, todo o espectro da doutrina italiana. Se o legislador italiano optou por utilizar a formulação “La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole...”, tê-lo-á feito, dirão alguns, tendo em vista abranger situações distintas. Ora, se dúvidas não há de que a expressão “nullità di singole clausole” se reporta às hipóteses de invalidade de cláusulas

¹¹¹ Veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Janeiro de 2014, acima citado, hipótese em que o tribunal recorreu, como critério para a redução proporcional do preço do bem em questão, ao preço do metro quadrado de terrenos limítrofes e com a mesma aptidão construtiva. Ou ainda o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Fevereiro de 2007, processo n.º 06A4766 (disponível em www.dgsi.pt),

¹¹² Cf. WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 575; HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, cit., pág. 55.

¹¹³ Dá conta deste entendimento GIANLUCA SICCHIERO, “Studi preliminari sulla clausola del contratto”, *Contr. impr.*, 3/1999, pág. 1237. Alguns autores sustentam que o legislador ao utilizar a expressão “o” e não “e” terá querido apenas reportar-se ao mesmo fenómeno, respondendo a uma exigência de clareza do texto legislativo – assim, EUGENIO SARACCINI, *Nullità e sostituzione...*, cit., pág. 18; MARIO CASELLA, *Nullità parziale del contratto...*, cit., pág. 16, ENZO ROPPO, “Nullità parziale del contratto...”, cit., pág. 690.

acessórias/secundárias do contrato, a expressão “nullità parziale” deverá reportar-se, dirão, a um cenário diferente do da invalidade das mencionadas cláusulas.

Num primeiro grupo, situam-se aqueles autores que procuraram decifrar alguma utilidade na alternativa linguística, mas acabaram por não se afastar significativamente da ideia base de que em ambas as fórmulas está pressuposto um cenário de invalidade de alguma(s) cláusula(s). Estão em causa propostas interpretativas que apenas conseguiram estabelecer uma distinção de cunho puramente descritivo. Para uns, a dupla fórmula utilizada pelo legislador assumiria carácter quantitativo: num caso, ter-se-ia em vista o cenário de invalidade de uma só cláusula, no outro, a hipótese de invalidade de várias cláusulas, proposta interpretativa que mereceu pouco acolhimento na doutrina¹¹⁴. Outros autores, como foi o caso de FRAGALI¹¹⁵, admitiram tratar-se de uma distinção com significado qualitativo. A expressão “nullità parziale” reportar-se-ia às hipóteses de nulidade de um grupo de cláusulas coligadas, na medida em que disciplinassem uma mesma matéria ou sector do regulamento negocial; já a expressão “nullità di singole clausole” teria em vista qualquer cenário de nulidade de cláusulas não coligadas, atendidas isoladamente.

Já numa outra linha de raciocínio situam-se as propostas de autores como MIRABELLI e FEDELE. O primeiro¹¹⁶, na tentativa de salvar a distinção, sustentou que a expressão “nullità di singole clausole” se refere às hipóteses em que a invalidade atinge elementos acidentais do negócio ou pactos acessórios (em particular ao termo e à condição), abstractamente separáveis, portanto, enquanto a expressão “nullità parziale” procuraria dirigir-se aos casos em que é afectada pela invalidade uma parte do conteúdo substancialmente unitário. Para FEDELE¹¹⁷, a locução “nullità parziale” teria em vista o cenário de invalidade de apenas uma parte do conteúdo ou dos efeitos de uma cláusula, enquanto a expressão “nullità di singole clausole” referir-se-ia ao

¹¹⁴ Sobre esta orientação, na jurisprudência, EUGENIO SARACINI, *Nullità e sostituzione...*, *cit.*, pág. 16.

¹¹⁵ MICHELE FRAGALI, “Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio”, *Gciv*, ano IX, t.1, parte I, 1959, pág. 315 e ss., onde o Autor estabelece a distinção entre cláusula simples (“clausola semplice”), cláusula composta (“clausola composta”) e cláusula complexa (“clausola complessa”).

¹¹⁶ GIUSEPPE MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, *cit.*, pág. 384.

¹¹⁷ ALFREDO FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Giappichelli, Turim, 1943, pág. 108.

cenário de invalidade total de uma cláusula. Neste último caso haveria uma limitação do número de efeitos, já no primeiro uma redução do *quantum* dos efeitos ou da duração dos efeitos.

Mas houve mesmo quem tivesse procurado autonomizar o verdadeiro sentido útil e distinto para a expressão “nullità parziale”, fora do contexto da invalidade de cláusulas secundárias ou acessórias. Libertando-se da premissa de que a invalidade parcial tem de corresponder sempre à invalidade de cláusulas secundárias, MICHELE TAMPONI¹¹⁸ identifica como hipóteses de invalidade parcial subsumíveis na expressão “nullità parziale” aquelas em que a entidade de uma prestação ou a duração do efeito superam a medida fixada na lei, sendo o negócio inválido pelo excesso. Como bem nota o Autor, nestes casos “la nullità parziale non è la nullità di parte del negozio, bensì la nullità del negozio “per una parte””. Dá como exemplo o cenário de uma venda de vários bens, existindo em relação a algum deles uma proibição de aquisição por parte do comprador. Numa hipótese como essa poderia operar o artigo 1419/1 e considerar-se válido o contrato relativamente aos bens não sujeitos a proibição, se a tal não se viesse a opor a vontade hipotética dos contraentes. Com esta construção, TAMPONI desmistifica a tão controversa expressão “nullità parziale”, imputando-lhe um sentido útil (e, diga-se, não redundante) próximo daquele que entre nós corresponde às hipóteses de decomposição do objecto – na sua medida ou no aspecto temporal – e que a doutrina germânica vinha referindo como hipóteses de “quantitative Teilbarkeit”.

2.2.2.3. Uma hipótese controversa: desgradação do elemento viciado

I – Em causa está fundamentalmente a questão de saber se é também um cenário de invalidade parcial aquele que se coloca quando a expurgação do vício e a eventual conservação do negócio implicam uma certa reconformação do conteúdo do negócio de acordo com os limites legais admissíveis. Pense-se na hipótese de num

¹¹⁸ MICHELE TAMPONI, “Contributo all’ esegesi dell’ art. 1419 c.c.”, *RTDPC*, ano XXXII, 1978, pág. 505 e ss.. Refira-se que, em momento anterior, LUIGI MOSCO, *La Conversione del Negozio Giuridico*, Eugenio Jovene, Nápoles, 1947, págs. 271 e ss., teria distinguido já três categorias, afastando-se, portanto, da compreensão tradicional: a redução do objecto da prestação, a redução da duração de um particular efeito do negócio e a invalidade de uma determinada cláusula.

negócio ter sido estipulada uma cláusula de exclusão da responsabilidade independentemente do grau de culpa do devedor¹¹⁹, inválida, como é sabido, nos termos do artigo 809.º do Código Civil¹²⁰. Ou ainda no caso de ter sido fixada a duração de um determinado contrato – por exemplo, a duração do fornecimento de um determinado serviço num contrato de prestação de serviço – em termos excessivos, que ultrapassam os limites admissíveis à luz do ordenamento, e como tal, inválida. A eventual conservação do negócio – expurgado o elemento viciado – implicaria uma reconformação do conteúdo contratual dentro dos limites legais admissíveis. Estariam – *em razão da necessidade dessa reconformação* – hipóteses como as acabadas de enunciar excluídas da noção de invalidade parcial para efeitos do artigo 292.º e por isso, à partida, fora do âmbito de aplicação do referido preceito?

II – Antes do mais cumpre dar conta de um enquadramento que vem sendo chamado à colação a respeito da situação por nós enunciada, mas que, em bom rigor, se coloca num momento lógica e cronologicamente anterior. Referimo-nos à possibilidade de, perante a ambiguidade ou a imprecisão com que determinada cláusula é formulada, se optar por aquele sentido que salvaguarde a validade da mesma, designadamente, restringindo o alcance da cláusula, por forma a contê-la dentro do admissível. Numa palavra, referimo-nos à chamada “interpretação conservadora”.

¹¹⁹Recorde-se que as cláusulas limitativas e de exclusão podem ser agrupadas segundo vários critérios, sendo que aquele que aqui se faz referência prende-se com *os fundamentos de responsabilidade* – sobre o ponto, por todos, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, reimpressão da obra publicada em 1985, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 103 e ss..

¹²⁰Que a proibição do artigo 809.º do Código Civil abrange a cláusula de irresponsabilidade por dolo é aspecto que sempre reuniu consenso na doutrina nacional. A questão que suscitou divergências foi antes a de saber se, à face dos dados legais, seriam nulas as cláusulas de exclusão – não havendo que distinguir, para o efeito entre culpa leve, por um lado, e o dolo e a culpa leve, por outro –, ou se do preceito apenas se retiraria a proibição das cláusulas de irresponsabilidade por dolo ou culpa grave, sendo admissíveis já as cláusulas de exclusão por culpa leve. Sobre esta querela doutrinal, pugnando pela segunda solução, tendo por base razões de fundo assim como os elementos literal, histórico e sistemático da interpretação, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão...*, *cit.*, págs. 159 e ss., em especial, págs. 217 e ss..

No contexto em que nos movemos não reveste particular interesse saber em que termos a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo tal mecanismo¹²¹. O que se afigura essencial reter é que se trata de um expediente que, a ser admissível, é chamado a operar num momento anterior àquele da questão por nós problematizada. Na verdade, a interpretação conservadora consiste numa operação hermenêutica, num expediente que opera no plano da interpretação das declarações negociais, funcionando como um desfecho alternativo à invalidade da cláusula. Já o problema por nós enunciado dá por assente a invalidade de uma cláusula, pressupõe o fracasso do instrumental interpretativo, havendo lugar aí à discussão sobre a conservação ou não do negócio. Aliás, bem vistas as coisas, quando o resultado proveniente da tarefa interpretativa for positivo, em bom rigor, um problema de invalidade e subsistência do negócio nem chega sequer a colocar-se¹²². É quando o instrumental interpretativo fracassa em absoluto, quando não há como não reputar a cláusula como inválida, que se coloca a questão que da conservação ou não do negócio dentro dos limites da lei, com os efeitos permitidos por lei, menores do que os pactados pelas partes.

III – Esclarecido este ponto, podemos registar que há, de facto, autores que, optam por reconduzir as hipóteses em questão a outros enquadramentos fora do contexto da figura da redução, mais concretamente, à figura da conversão do negócio jurídico¹²³, ora colocando a tónica na redução enquanto processo, invocando que

¹²¹ É sabido, desde logo, que o mesmo suscita particular interesse num domínio como o do Direito das Sucessões.

¹²² Escreve LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Conversão...*, cit., pág. 442, a propósito, da delimitação da conversão perante outros institutos, em termos perfeitamente transponíveis para o quadrante que nos ocupa: “Daí que importe também não confundir a conversão com a chamada *benigna interpretatio* (“wohlwollende Auslegung”) ou interpretação conservadora, porquanto, quando ela tem lugar (nomeadamente em direito sucessório, por aplicação do *favor testamenti*), se trata de atribuir a certas palavras ou elementos do conteúdo negocial o sentido possível, em vista de tornar o negócio eficaz. Enquanto for viável a *benigna interpretatio*, o problema da conversão não se põe, pois aquela conduz, por definição, à validade do negócio. Só quando o instrumental da interpretação fracassar em absoluto, em qualquer das suas formas, o negócio, então inválido, pode ser objecto de conversão”.

¹²³ A análise do ponto justifica-se independentemente do tipo de contraposição que seja feita entre os dois institutos, sabido que existem orientações que vêem na conversão um caso de invalidade parcial, ainda que de tipo diferente da redução, um espécie de “invalidade parcial qualitativa” (entre

aquela se basta com um processo de eliminação da cláusula ou de mera decomposição mecânica do objecto, ora com o argumento de que em tais casos o resultado da limitação quantitativa do conteúdo negocial não pode ser visto como algo de menos monta, mas como algo diferente. Estes dados, aliados ao facto de, tanto no plano doutrinal como legal¹²⁴, se admitir que a conversão se possa referir apenas ao conteúdo do negócio (sem implicar uma alteração do tipo) contribuíram decididamente para a consolidação deste tipo de orientação.

Assim, na experiência jurídica alemã, alguma doutrina tem entendido o requisito divisibilidade (em termos objectivos-estruturais) pressuposto pelo §139 do *BGB* com um sentido particularmente exigente: é suposto que a parte remanescente do negócio, expurgada a parte viciada, tenha capacidade para subsistir autonomamente sem que isso implique qualquer desvio ou modificação do que houvera sido acordado pelas partes¹²⁵. Quer dizer, a divisibilidade só se verifica na medida em que expurgada a parte viciada, a parte remanescente do negócio possa subsistir, sem ter de se desviar daquilo que fora acordado pelas partes. Se a conservação implica uma reformulação do conteúdo do negócio, o conteúdo do negócio altera-se e como tal, o negócio que se conserva já se desvia do que as partes teriam querido. A ser tida em conta aquela exigência, tal significa que um cenário de divisibilidade só ocorre quando se verifica uma decomposição mecânica do objecto ou perante a eliminação de puros acordos laterais, totalmente autonomizáveis do restante conteúdo. Caso contrário, conclui-se, não estará verificado o pressuposto para que o instituto da redução possa intervir. O apuramento de uma eventual conservação do negócio (do seu aproveitamento) terá de ser feito à luz de outros instrumentos da ordem jurídica, designadamente, através do recurso ao instituto da conversão.

Também no contexto nacional, encontramos eco deste pensamento. A questão é suscitada por CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA¹²⁶, quando se refere àquelas hipóteses em que a conservação do negócio impõe uma alteração de medida ou do grau de um elemento negocial. Assim escreve: “Na redução por eliminação ou simplificação, há

eles, WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil...*, cit., pág.) e e outras, nomeadamente a doutrina dominante portuguesa, que configura os dois institutos como categorias autónomas distintas. Sobre o ponto, com amplas referências, ver LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Conversão...*, cit., págs. 561 e ss..

¹²⁴ Entre nós, cf. o artigo 293.º do Código Civil.

¹²⁵ É o caso de DIETER MEDICUS, *Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 198.

¹²⁶ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, cit., pág. 435.

uma diminuição no número de elementos formativos ou constitutivos; na “desgradação”, os elementos são em igual número, embora um deles seja quantitativamente inferior (a relação para menos é apenas em grau), não sendo indiscutível se não existirá, em certos casos, uma mutação quantitativa. (...) A conversão é um processo mais complexo de idealização de um texto do que aquele que caracteriza a redução [...]. A primeira das operações ideais em que se decompõe a conversão consiste na expurgação do elemento gerador da nulidade, ficando, porém (e diferentemente da redução) o negócio incompleto; a segunda operação consiste na integração do elemento em falta por adição de um elemento literalmente omissis, por via de implicação”. E, mais adiante, continuando a confrontar redução e conversão: “à identidade de um dos pressupostos não corresponde identidade de processos — a redução termina com a expurgação que, por si só, conduz a um negócio completo e válido, enquanto a conversão exige uma integração que lhe confira coerência”¹²⁷. Concluindo, “Parece, por isso, preferível limitar aos casos de simplificação por eliminação o âmbito da redução do negócio jurídico propriamente dita, considerando que as hipóteses de alteração de medida ou do grau de um (ou mais) dos elementos melhor cabem na categoria da conversão ou constituem uma situação particular de um conjunto amplo de operações denominadas alterações combinatórias, às quais se aplica o essencial do mesmo grupo de regras jurídicas”.

IV – Em primeiro lugar, importa saber se existem dados ou elementos na redacção da norma que apontem no sentido de excluir liminarmente do âmbito de aplicação do artigo 292.º aquelas hipóteses em que a eventual conservação do negócio implique ou possa implicar a recomposição do conteúdo da cláusula dentro dos limites legais. Não devendo sobrevalorizar-se, o elemento literal não pode, todavia, ser descurado.

Ora, por um lado, o pressuposto da norma refere genericamente “A nulidade ou anulação parcial do negócio” não dando espaço para que daí possa extrair-se liminarmente que do âmbito de aplicação do preceito codicístico apenas possam fazer

¹²⁷ Pág. 436, nota 200, *in fine*.

parte cláusulas inválidas claramente autonomizáveis ou separáveis do restante conteúdo do negócio ou divisões puramente materiais do objecto¹²⁸.

Por outro lado, estabelece-se que “A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade parcial de todo o negócio, *salvo quando se mostre que este teria sido concluído sem a parte viciada.*” Da leitura deste último segmento da norma também não se pode retirar, sem mais, que a lei faça depender a aplicação deste regime da circunstância de estar em causa um elemento ou secção separável do negócio. Em destaque na referida fórmula legal, não está tanto o modo ou processo pelo qual a conservação opera, mas o critério que serve de base a essa decisão. Ao dizer-se “salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada” pretende-se realçar que o juízo acerca da determinação da extensão dos efeitos da invalidade (o juízo sobre a conservação do negócio) está em última instância dependente de uma análise sobre o sentido do negócio inicialmente celebrado pelas partes e sobre o significado – mais ou menos essencial – desempenhado pela parte ou cláusula inválida na economia desse negócio¹²⁹.

¹²⁸ Na doutrina alemã, há mesmo quem refira, a propósito do §139, que este preceito apenas fornece o critério pelo qual se decide da conservação do negócio não obstante o vício parcial, bem como uma espécie de regra interpretativa para os casos de dúvida, não se pronunciando abertamente sobre os pressupostos de aplicação – assim, PETER ULMER, “Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln”, *NJW*, 38/1981, pág. 2028.

¹²⁹ Ainda que de modo não totalmente explícito, esta acaba por ser a orientação perfilhada por LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Conversão...*, *cit.*, pág. 574 e ss., em especial, pág. 579. Na compreensão do Autor, a destriça entre redução e conversão dá-se pelo modo por que cada um desses institutos actua, isto é, pela via através da qual se dá o aproveitamento do comportamento negocial das partes. Na redução, esse resultado obter-se-ia pela simples separação ou limitação do elemento sobre que incide o vício que afecta o negócio. No caso da conversão, o aproveitamento operaria mediante a imputação de efeitos sucedâneos admissíveis ao acto. Estabelecida a distinção nestes termos, o Autor reconhece que a questão pode assumir foros de maior complexidade quando justamente estiver em causa a destriça entre a conversão e a redução quantitativa. Contudo, mesmo nesse quadrante, “O facto de o negócio quantitativamente diminuído, por a sua longa duração contrariar os bons costumes, constituir, para os seus autores, em absoluto, um outro negócio, não significa que o caso não seja de redução, mas apenas que esta não pode ter lugar por a isso se opor a vontade conjectural deles. (...) significa apenas (...) que as partes, se tivessem considerado o resultado a que conduz a redução, *não a teriam aceiteado, isto é, não teriam celebrado o negócio com uma duração mais limitada.* No fundo, a redução não tem lugar, não por a espécie não caber no §139 do BGB (ou nos preceitos correspondentes), mas por o regime nele definido a excluir.” (itálico nosso).

Em segundo lugar, afigura-se-nos que as hipóteses em discussão são ainda compatíveis com a ideia rectora de divisibilidade que é doutrinalmente associada à existência de uma invalidade parcial. Estão em causa vícios que não comprometem radicalmente o negócio, que não põem em causa a viabilidade do mesmo. Os elementos atingidos pelo vício invalidante ou não correspondem aos elementos essenciais do tipo e a invalidade deriva de um desfasamento em termos de extensão dos efeitos ou dizem respeito ao aspecto temporal do vínculo, em termos próximos de algumas hipóteses de divisibilidade (quantitativa) analisadas no ponto anterior. É certo que a opção de reconduzir ao mecanismo da redução apenas aquelas hipóteses em que estão em causa cláusulas puramente autonomizáveis, separáveis da parte restante do negócio ou divisões puramente materiais do objecto, encerra uma compreensão da figura da redução na sua roupagem *mais pura* e certamente mais próxima da concepção da figura nos textos romanos. De facto, a introdução na experiência jurídica romana do tratamento da invalidade parcial assentava em raciocínios lógicos, rudimentares, que tinham como ponto de partida a situação objectiva, física, de parcialidade do vício. A avaliação das possibilidades de subsistência do acto tinha no aspecto objectivo-estrutural de separação da parte viciada o elemento central¹³⁰. Contudo, este não pode, a nosso ver, constituir o único dado relevante para apreender o âmbito de aplicação do instituto da redução, pelo menos à luz do artigo 292.º do Código Civil. A partir do momento em que o legislador elegeu como critério fundamental para a decisão acerca da conservação do negócio o apuramento da vontade hipotética das partes, colocando, portanto, na esfera destas a palavra final, haverá certamente menos razões para sufragar uma compreensão tão rígida do elemento estrutural¹³¹.

¹³⁰ Neste sentido, GIUSEPPE GANDOLFI, “Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto”, *RTDPC*, ano XLV, 1991, pág. 1050.

¹³¹ A este propósito são elucidativas as observações de GIUSEPPE GANDOLFI, “Nullità parziale...”, *cit.*, pág. 1056: “Il trattamento di nullità parziale può effettuarsi sia come – nella norma predetta – tenendosi conto dell’intento specifico dei soggetti, al fine de accertare se l’impiego del criterio stesso avvenga in senso ad esso conforme, sia anche prescindendosi dal medesimo (...) ossia mediante un’operazione astrattamente riduttiva dell’entità della prestazione, per portarla entro i limiti consentiti dall’ordinamento (salvo verificare se la parte o la clausola invalida siano scorporabili senza compromettere totalmente la struttura del rapporto, ossia se il resto che residua abbia una sua autonomia sotto il profilo logico-economico). Senza dubbio questa seconda soluzione è più semplice, mentre la prima è più laboriosa. *Ma quest’ultima è non solo più conforme al principio di autonomia*

Finalmente, cumpre ainda referir um outro estrato do problema em análise. Não se afigura isento de reparos, à luz do nosso direito, reconduzir o tipo de hipóteses em apreço ao instituto da conversão. Atenta a configuração que lhe é dada no artigo 293.º do Código Civil, aquela parece distanciar-se substancialmente do cenário em vista. Faz-se, é certo, referência à conversão num negócio (de tipo) ou conteúdo diferente, o que poderia, em certa medida, apelar a um fenómeno de alteração do conteúdo negocial. Contudo, o pressuposto da conversão é a total invalidade do negócio jurídico – a lei refere-se a negócio nulo ou anulado – o que colide com o cenário de invalidade de apenas uma parte do conteúdo do contrato, designadamente, de uma cláusula secundária. Por outro lado, a lei prevê como requisito objectivo para que a conversão possa ter lugar que o negócio inválido contenha os requisitos essenciais de substância e de forma do negócio sucedâneo. Quer dizer, o funcionamento do mecanismo da conversão supõe uma descaracterização do negócio inicial, o que claramente extravasa o quadro problemático que temos em mãos. Somos, pois, tentados a dizer, perante a formulação legislativa do artigo 293.º, que este preceito não foi pensado para o cenário que temos em mãos, ou que, no mínimo, são perceptíveis as dificuldades em enquadrar tais hipóteses num cenário de conversão.

Em suma, não se afiguram convicentes os argumentos avançados no sentido de limitar o âmbito de aplicação do instituto apenas aquelas hipóteses de separação mecânica de uma parte do negócio em relação ao restante. Também naquelas hipóteses em que a expurgação do vício exige uma desgradação do conteúdo admissível nos parece que fará sentido, em princípio, o apelo à figura.

V – Uma última observação. Esta posição parece-nos justificada, designadamente, naquelas hipóteses em que o padrão em conformidade com a ordem jurídica resulta de forma expressa da regulamentação legal. Reconhe-se, no entanto, que a questão pode assumir contornos mais delicados quando o padrão infringido configure por exemplo a violação de uma cláusula geral como a dos bons costumes, *maxime*, pelos termos excessivos da vinculação assumida. Coloca-se a questão de

privata, ma è tale da consentire l'applicazione del criterio dell'utile per inutile non vitiatur in modo assai più ampio: ossia ben al di là di quei soli casi in cui la nullità derivi da un eccesso in senso quantitativo della prestazione (...), e in ogni ipotesi di nullità.” (itálico nosso).

saber até que ponto estipulações inválidas, porque formuladas com excessiva amplitude – prevendo vinculações excessivas, no caso de duração excessiva¹³² –, configurarão uma hipótese de divisibilidade¹³³. E, de facto, em relação a esta concreta questão, mormente no espaço jurídico alemão, a doutrina e a jurisprudência dividem-se¹³⁴. Mas mesmo neste contexto particular, em que, de facto, podem suscitar-se

¹³²Foi esse o cenário que se revelou problemático na doutrina alemã; já não aqueloutro que emerge quando em causa está uma operação negocial que compreende vários negócios e um deles seja nulo por violação dos bons costumes. Nesse caso, a doutrina orienta-se consistentemente no sentido de reconhecer a possibilidade de aplicação do §139 do *BGB* – neste sentido, HANS THEODOR SOERGEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, cit., pág. 1024.

¹³³Efectivamente, pode questionar-se se a violação dos bons costumes (§138 do *BGB*) não obriga, liminarmente, à invalidade total de um qualquer negócio jurídico. Houve na doutrina alemã quem assumisse uma orientação deste tipo: sempre que num determinado negócio jurídico uma dada regulação negocial consubstanciasse uma violação dos bons costumes isso não poderia deixar de influenciar todo o negócio e culminar, por isso, a invalidade total do negócio. Para uns, esse resultado impunha-se porquanto mesmo quando a actuação negocial contrária aos bons costumes dissesse respeito a apenas uma parte do negócio, pois não havia como autonomizar uma parte sã e uma parte viciada, ficando todo o negócio irremediavelmente comprometido. Para outros, a sanção da invalidade total encontrava apoio na própria letra do §138 do *BGB*, o qual culmina a nulidade do negócio ofensivo dos bons costumes. Latente a esta compreensão das coisas, estaria a percepção de que no caso do §138 do *BGB* haveria preocupações especiais a atender: a violação dos bons costumes exigiria, por assim dizer, uma sanção mais exigente do que a violação da lei, não devendo ser “recompensada” com alguma forma de conservação parcial do negócio ou com a admissibilidade de uma invalidade meramente parcial. Contra esta linha de raciocínio argumentava-se em contrapartida que a letra do §138 não se opunha, *prima facie*, a um cenário de divisibilidade do negócio. Ao estabelecer a nulidade do negócio violador dos bons costumes, a lei ter-se-ia limitado a regular as consequências jurídicas da violação daquela cláusula geral, sem estabelecer qual o âmbito ou extensão dessas consequências – sobre a questão, ver ROLF EBERTH, *Die Teilnichtigkeit im Arbeitsrecht...*, cit., pág. 77.

¹³⁴Uma hipótese que fez correr rios de tinta na literatura alemã foi a dos célebres contratos de fornecimento de cerveja (“Bierlieferungsverträge”) celebrados com uma duração excessiva, reputada ofensiva dos bons costumes. Decisões houve que negaram a possibilidade de conservação do contrato com redução do prazo (*vide* a decisão do *Reichgericht* de 1910), com o argumento segundo o qual, num contrato bilateral, quando a prestação de uma das partes fosse reputada inválida, não poderia permanecer nenhum negócio susceptível de subsistir autonomamente. Já para outros, a falta de limites legais pré-estabelecidos não constitui um obstáculo à mobilização do §139, ficando a concretização desse limite a cargo do juiz. Assim, as decisões do *Bundesgerichtshof* de 14 de Junho de 1972 (*NJW*, 33/1972, págs. 1459 e 1460) e de 17 de Setembro de 1974 (*NJW*, 46/1974, págs. 2089 a 2091); e na

dúvidas pertinentes, importa ter presentes dois aspectos. Por vezes, a objecção que se coloca não se prende directamente com a divisibilidade do negócio jurídico, mas com uma certa frustração que o recurso ao critério da vontade hipotética das partes pode arrastar em termos de realização das finalidades de protecção do comando violado¹³⁵

doutrina, HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtigkeit Rechtsgeschäfte...*, cit., pág. 61; HANS THEODOR SOERGEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, cit., pág. 1025.

Mas a questão colocou-se também a respeito das cláusulas de não concorrência, quando estipuladas em termos excessivos do ponto de vista temporal, geográfico ou material, e objecto de reprovação através daquela cláusula geral. Detecta-se, ainda assim, uma particular inconstância da jurisprudência nesta matéria. À configuração mais radical que considera o pacto nulo nos termos do §138 do *BGB* contrapõem-se linhas argumentativas favoráveis a uma possível modificação parcial do pacto. Alguma jurisprudência do *Bundesgerichtshof*, com apoio na doutrina (SOERGEL, STAUDINGERS), procurou sustentar a possibilidade de conservação do pacto dentro de limites temporais e espaciais admissíveis com recurso ao §139, fazendo justamente apelo a um cenário de divisibilidade quantitativa. Esta foi, no entanto, uma construção criticada por alguns sectores doutrinários que não viam no §139 suporte para uma tal leitura (cf. SIEGBERT LAMMEL, “Vertragsfreiheit oder Wirtschaftsfreiheit Zur Teilnichtigkeit von Wettbewerbsabreden”, *AcP*, 189, 1989, pág. 261). Paralelamente, notou-se uma outra tendência no sentido de apoiar a conservação do pacto na medida admissível através de um expediente de interpretação do próprio pacto, ora com recurso a uma interpretação em conformidade com a Constituição, ora com apelo a uma interpretação complementadora da qual se pudesse retirar implicitamente que as partes razoavelmente teriam aceite concluir o pacto dentro dos limites da lei (assim, JENA BUTTERS, “Modifizierte Teilnichtigkeit sittenwidriger nachvertraglicher Wettbewerbsverbote”, *JuS*, 4/2001, pág. 326).

¹³⁵ Na realidade, colocado o problema no quadro da invalidade parcial, foi também alvo de debate a questão de saber até que ponto uma disposição como o §138 do *BGB* não configuraria uma norma de protecção (“Schutzvorschrift”) a justificar uma solução de conservação obrigatória do negócio (vide parte I, ponto 3.4.2). Na doutrina civilista, autores como OTTO SANDROCK, “Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften – Ein Beitrag zur Auslegung von §139 BGB”, *AcP*, 156, 1960-1961, pág. 514 e ss., pronunciaram-se contra uma qualificação genérica do preceito como norma de protecção, entendendo que esse diagnóstico deveria ser feita caso a caso. Aliás, independentemente da questão de saber se a reconformação do conteúdo da cláusula correspondia ou não a uma hipótese de invalidade parcial, aquele foi sempre um dos aspectos que provocou divergências. Alguns sectores, sobretudo na jurisprudência, consideravam que essa conservação deveria ser feita segundo a vontade real ou hipotética das partes, portanto com recurso à autonomia privada; já outros entendiam que num conjunto de hipóteses – designadamente quando a violação dos bons costumes resultasse da fixação de uma estipulação negocial particularmente desvantajosa para uma das partes –, a conservação do contrato segundo a medida admissível era imposta pelo próprio sistema jurídico – foi a tese de JOHANNES HAGER, “Die gesetzeskonforme Aufrechterhaltung übermäßiger Vertragspflichten – BGHZ 89, 316 und 90, 69”, *JuS*, 4/ 1985, págs.

ou ainda com o facto de contribuírem para o juízo de invalidade vários aspectos da conformação negocial, e não apenas aquele relacionado com o aspecto temporal (o que tornaria menos óbvio o cenário de divisibilidade)¹³⁶. Por outro, algumas das reservas suscitadas a respeito do preenchimento do requisito da divisibilidade neste contexto resultam da reconformação do conteúdo negocial envolver uma actividade “criadora” por parte do juiz, o que, uma vez mais, demonstra que se trata de uma objecção que não se coloca perante toda e qualquer hipótese de remodelação do conteúdo do negócio.

2.2.3. Invalidade parcial e eliminação da declaração negocial de um dos sujeitos

2.2.3.1. Traços característicos

Até ao momento fizemos alusão ao conceito de parte inválida do negócio tomando por referente uma porção do conteúdo do negócio – uma cláusula, um pacto – ou uma porção em termos ideais do seu objecto. Cabe agora fazer referência a uma acepção quantitativamente mais ampla de parte inválida: parte inválida pode coincidir com a inteira participação de um sujeito num negócio jurídico, ou mais correctamente, com a declaração negocial de um dos sujeitos intervenientes no negócio¹³⁷.

Tal sucede fundamentalmente quando se pensa em negócios plurilaterais/bilaterais ou unilaterais¹³⁸ em que de um dos lados ou do lado “único” do negócio

264 e ss., em parte acompanhada por HERBERT ROTH, “Geltungserhaltende Reduktion im Privatrecht”, *JZ*, 9/1989, págs. 412 e ss..

¹³⁶ Cf. JENA BUTTERS, “Modifizierte Teilnichtigkeit sittenwidriger...”, *cit.*, pág. 328; KONRAD WERNICKE, “Die Rückführung überlanger Wettbewerbsverbote in der BGH-Rechtsprechung”, *BB*, 37/1990, pág. 2210.

¹³⁷ Assumindo que a declaração negocial é encarada em termos de unidade e completude. Segundo CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, *cit.*, pág. 274, quando o negócio jurídico é formado por uma ou mais declarações, cada uma delas é unificada em relação com cada uma das partes no negócio jurídico.

¹³⁸ Sobre esta classificação, ver, entre outros, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *cit.*, pág. 385 e ss., LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, *cit.*, pág. 57 e ss., devendo, no entanto, registar-se a falta de um entendimento totalmente unânime acerca do critério de distinção.

(consoante se trate, respectivamente, de contrato ou de negócio unilateral) haja uma pluralidade de sujeitos (e de declarações negociais) e essa pluralidade de sujeitos (e de declarações) não seja essencial, do ponto de vista estrutural, para a subsistência e conservação do negócio. Nesse cenário, a invalidade que atinge apenas a participação de um dos sujeitos dir-se-á parcial na medida em que, do ponto de vista estrutural, a sua eliminação não impeça a subsistência do negócio.

Repare-se que os fundamentos da invalidade que afectam o vínculo de um dos sujeitos podem ser vários. Pode estar em causa uma hipótese de falta de capacidade negocial; uma invalidade resultante de um vício de vontade; ou uma invalidade que atinge a declaração negocial do ponto de vista formal (pense-se na inobservância da forma exigida para a declaração) ou no seu objecto/conteúdo (v.g. a prestação devida é impossível, ilícita, indeterminada ou indeterminável)¹³⁹. Como exemplos de escola, na manualística, dá-se o exemplo da redução do número de credores ou devedores solidários, se a obrigação for inválida em relação a um deles; ou o do contrato de compra e venda com pluralidade de vendedores, quando a invalidade atinja apenas o vínculo de um dos vendedores¹⁴⁰.

2.2.3.2. Reconhecimento nos sistemas português, alemão e italiano

O sistema português não consagra nenhuma regra geral que verse o problema da invalidade que a participação de um dos vários sujeitos envolvidos num negócio plurilateral ou em negócios bilaterais ou unilaterais em que de um dos lados ou do lado “único” do negócio haja uma pluralidade de declarações. No Anteprojecto para o então novo Código Civil, RUI DE ALARCÃO¹⁴¹ considerou a previsão desnecessária, porquanto tais hipóteses se reconduziriam, afinal, à regra geral sobre a redução. Também CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA¹⁴² admite ser este um dos processos de que

¹³⁹ GIOVANNI CRISCUOLI, *La nullità parziale del...*, cit., pág. 172 e mais detalhadamente, pág. 204.

¹⁴⁰ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, cit., pág. 434, nota 198.

¹⁴¹ “Invalidade dos negócios jurídicos – Anteprojecto para o novo Código Civil”, *BMJ*, n.º 89, 1959, pág. 260.

¹⁴² Como exemplo da chamada redução paradigmática, assim em *Texto e Enunciado...*, cit., pág. 434

pode derivar a redução de um negócio jurídico, nos termos do artigo 292.º do Código Civil.

Em matéria de direito societário, várias são as vozes que sustentam poder ser a invalidade de uma ou mais das declarações de vontade que integram o contrato de sociedade um cenário de invalidade parcial para efeitos do artigo 292.º¹⁴³. Entre eles, JORGE COUTINHO DE ABREU¹⁴⁴, a respeito da nulidade ou anulação de uma das declarações negociais, PUPO CORREIA¹⁴⁵, designadamente, quando numa sociedade dois cônjuges assumirem responsabilidade ilimitada na mesma sociedade, havendo outros sócios. Em relação a certos vícios que atingem as participações dos sócios nas sociedades em nome colectivo e em comandita simples (vícios da vontade, usura ou incapacidade), é o próprio regime do Código das Sociedades Comerciais (*rectius*, no seu artigo 46.º) que remete explicitamente para a norma de alcance geral da lei civil¹⁴⁶.

¹⁴³ Note-se que, de momento, o nosso ensejo é apenas o de ilustrar que a invalidade de uma ou mais das declarações de vontade integrantes do contrato fundador de uma sociedade pode consubstanciar, em termos estruturais, uma hipótese de divisibilidade do negócio, e, portanto, de invalidade parcial. Daí não resulta que em todas as hipóteses de invalidade de uma ou mais dessas declarações tenha de haver necessariamente aplicação do regime prescrito no artigo 292.º, isto é, que a resposta a dar ao problema passe pela determinação do sentido da vontade hipotética. Sustentando uma solução diferenciada consoante o tipo societário em causa, veja-se CAROLINA CUNHA, Anotação aos artigos 45.º e 46.º do Código das Sociedades Comerciais, in AA. VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, coordenação de Jorge Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 613 e ss..

¹⁴⁴ *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, pág. 143.

¹⁴⁵ *Direito Comercial – Direito da Empresa*, 12.ª edição, Ediforum, Lisboa, 2011, pág. 172.

¹⁴⁶ Uma hipótese controversa em matéria de direito societário é aquela respeitante às consequências resultantes de uma convenção leonina, mais concretamente, aquela que isente um dos sócios de participar nas perdas, nula portanto, nos termos do artigo 994.º do Código Civil. Em bom rigor, a divergência situa-se *em dois planos*: (i) no alcance da referida invalidade, *rectius*, saber se a nulidade incide apenas sobre a cláusula contrária à lei ou se atinge a participação daquele a quem a cláusula proibida respeitar, o que redundaria num enquadramento distinto de invalidade parcial, ora como invalidade de cláusulas ora como invalidade da participação de um dos sujeitos; (ii) no funcionamento ou não do regime de invalidade parcial constante do artigo 292.º. Considerando que é apenas afectada a cláusula leonina manifestaram-se já diversos autores, embora com fundamentações distintas. Entre eles, JORGE HENRIQUE PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 1986, pág. 140, e LUIS VASCONCELOS ABREU, “A sociedade leonina”, *ROA*, ano 56, 1996, pág. 659 e ss., o primeiro afirmando que a redução se sobrepõe à vontade hipotética de

A fórmula divisibilidade subjectiva (“Subjektive Teilbarkeit”) traduz no direito alemão a hipótese acabada de descrever¹⁴⁷. Como foi mencionado, a ideia de invalidade parcial – pressuposto para aplicação do §139 do *BGB* – surge, no seio da doutrina alemã, umbilicalmente associada à ideia de divisibilidade do negócio. Estaremos perante uma invalidade parcial quando a parte atingida pela causa da invalidade for divisível, separável do remanescente, e tal divisibilidade encontra-se preenchida se a parcela do negócio que não se achar afectada pela causa de invalidade puder subsistir autonomamente enquanto negócio jurídico. Tomando como ponto de partida este critério, a doutrina civilista alemã tem admitido, em termos consensuais,

invalidade total, o segundo entendendo haver espaço para a aplicação do critério da vontade hipotética. Por seu turno, FERRER CORREIA, no estudo “Pacto leonino: espécies; proibição e seus fundamentos”, *RLJ*, ano 115, n.º 3697, 1982-1983, págs. 107 e 108, assumindo que a violação do artigo 994.º do Código Civil tinha como consequência a invalidade da participação daquele a quem a cláusula proibida respeitava, considerava que o problema que se punha era o de apurar qual a repercussão da nulidade da participação do sócio sobre as demais participações, ou seja, saber se da anulação da participação de um dos sócios resultaria a invalidade de todo o negócio. Segundo o Autor, a invalidade de uma das declarações negociais só anularia totalmente o contrato, quando a participação do respectivo contraente fosse de considerar essencial à realização do fim comum, isto é, quando se mostrasse que sem ela o negócio não teria sido concluído. No seu entender, ainda que a questão não estivesse explicitamente disposta pelo legislador nestes termos, poderia sem esforço resultar da aplicação do artigo 292.º do Código Civil.

Sem nos alongarmos nem pretendermos, de todo, tomar posição sobre esta específica querela, diremos, pelo menos, que as abordagens descritas nos suscitam duas observações. Primeiramente, podemos registar que não é totalmente claro o raciocínio de FERRER CORREIA ao considerar inválida toda a participação do sócio, pois, bem vistas as coisas, na exposição do Autor, tal conclusão parece resultar de um juízo sobre a vontade hipotética ou presumida do sócio, sem se indicar, no entanto, o suporte metodológico dessa leitura. Paralelamente, pensa-se, regista-se um défice de fundamentação na solução proposta por outros autores de excluir *in casu* o funcionamento da vontade hipotética – o pensamento de protecção de uma parte contra a outra (sendo esse défice é, aliás, visível a respeito de outras normas do Código Civil, como veremos mais adiante).

¹⁴⁷ Assim, HANS THEODOR SOERGEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, *cit.*, pág. 1022; HERBERT ROTH in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, *cit.*, pág. 37; KARL LARENZ/WOLF MANFRED, *Allgemeiner Teil...*, *cit.*, pág. 850; HEINZ GEORG BAMBERGER/HERBERT ROTH, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, *cit.*, pág. 549; ou HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, *cit.*, págs. 54 e ss.. No sistema suíço, a doutrina também considera ser esta uma modalidade de invalidade parcial para efeitos do artigo 20/2 do *Code des Obligations*, como refere HALUK TANDOGAN, *La nullité, annulation...*, *cit.*, págs. 67 e 247.

que a divisibilidade possa dizer respeito à participação de um dos sujeitos envolvidos. Nesse caso, o requisito da divisibilidade só se verifica quando de um lado do negócio fazem parte vários sujeitos e apenas a declaração negocial de um deles é inválida. Caso contrário, não há espaço para a aplicação do §139¹⁴⁸.

Por fim, uma nota sobre o sistema italiano, sistema onde a resposta ao problema especificamente suscitado pela invalidade parcial “in senzo soggettivo” se revela particularmente complexa¹⁴⁹. A explicação é relativamente simples: a circunstância de o *Codice Civile* contemplar, a par do artigo 1419/1, no dispositivo seguinte (artigo 1420¹⁵⁰), uma regra disciplinadora dos efeitos que a nulidade de uma das prestações suscita nos contratos plurilaterais com escopo comum. Esta dualidade legislativa concita questões interpretativas delicadas, já que não existe uniformidade de entendimento acerca da relação entre as duas normas e acerca dos pressupostos sob os quais cada uma delas opera¹⁵¹. Vozes há que entendem¹⁵² – assente a compreensão

¹⁴⁸ Como exemplos já retratados na jurisprudência (ver HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, cit., pág. 54; HERBERT ROTH in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, cit., pág. 38) referem-se o do negócio de adopção de uma criança no caso de a invalidade atingir a declaração negocial de um dos adoptantes, hipótese em que seria possível equacionar a eventual conservação do negócio enquanto adopção singular, o da redução do número de credores ou devedores solidários, se a obrigação for inválida em relação a um deles, e ainda inúmeras hipóteses no domínio do direito sucessório (v.g. a divisibilidade de uma disposição *mortis causa* quando vários sujeitos são abrangidos por um legado em dinheiro e a disposição a favor de um deles é considerada ineficaz).

¹⁴⁹ A expressão é utilizada por MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile – Il Contratto*, vol. III, 2.^a edição, Giuffrè, Milão, 2000, pág. 638.

¹⁵⁰ Reza o citado preceito que “Nei contratti con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, la nullità che colpisce il vincolo di una sola delle parti non importa nullità del contratto, salvo che la partecipazione di essa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale”.

¹⁵¹ A par das dúvidas interpretativas que existem em torno do próprio critério que cada uma delas oferece para a questão da invalidade parcial, *rectius*, saber se em relação a ambas a conservação do contrato encontra resposta na determinação do sentido da vontade hipotética ou se a expressão utilizada no artigo 1420 (a participação deve ser, segundo as circunstâncias, considerada essencial) abre margem para outro tipo de valoração. Sobre o ponto, mostrando-se claramente favoráveis a um juízo de cunho objectivo com emprego da cláusula geral da boa fé, ADRIANA D’ANTONIO, *La modificazione Legislativa...*, cit., págs. 156 e 157; e VINCENZO ROPPO, *Trattato del Contratto*, cit., págs. 132 e 133.

segundo a qual o artigo 1419/1 se dirige fundamentalmente às hipóteses de invalidade de cláusulas secundárias/acessórias – que as duas normas, embora enformadas pelo mesmo cânone fundamental do *utile per inutile*, se distinguem, radicalmente, desde logo, pelo facto de o artigo 1420 se dirigir efectivamente a hipóteses em que a invalidade atinge a participação de um dos sujeitos, enquanto o artigo 1419/1 estar limitada às de invalidade de uma porção do conteúdo do contrato. Em contrapartida, para outras abordagens, a linha de demarcação é mais limitada: o artigo 1420 tem em vista os contratos plurilaterais em que haja um escopo comum, deixando na sombra, por exemplo, todos os contratos em que não haja esse escopo, que já cairão sob a alçada do artigo 1419 do *Codice*¹⁵³.

2.2.3.3. Outra hipótese controversa: alteração da natureza bilateral de um negócio – o contrato promessa bilateral assinado por uma das partes

I – Cabe fazer uma alusão, ainda que breve, a uma hipótese controversa que foi, em tempos, profusamente analisada pela doutrina e jurisprudência portuguesas: a da celebração de contrato-promessa bilateral – para cuja validade a lei imponha a adopção de documento escrito assinado por ambos os contraentes¹⁵⁴ – quando a promessa tiver sido assinada apenas por uma das partes. *Quid iuris* quando for celebrado um contrato promessa bilateral, cuja validade a lei faz depender da assinatura de ambos os contraentes, e o mesmo tiver sido apenas assinado por um dos contraentes?

¹⁵² GIOVANNI CRISCUOLI, *La nullità parziale del...*, cit., pág. 160 e 172. Como exemplo das hipóteses que cairiam sob a alçada do artigo 1419/1 o Autor refere o caso do pacto leonino. Em sentido idêntico, MICHELE TAMPONI, “Contributo all’esegesi dell’art. 1419 c.c.” cit., pág. 496.

¹⁵³ Tem sido esta a orientação dominante na jurisprudência, como dão conta FRANCESCO CARINGELA/FRANCESCA DELLA VALLE/SANDRA DELLA VALLE, *Codice Civile Annotato con la giurisprudenza*, 2.ª edição, Giuffrè, Milão, 2006, págs. 1623 e 1624.

¹⁵⁴ Como é sabido, determina o artigo 410.º, n.º 2 do Código Civil que, quando a lei exigir para o contrato prometido a forma de documento autêntico ou particular, a promessa só é válida se constar de documento assinado pela parte que se vincula ou por ambas, consoante o contrato-promessa seja unilateral ou bilateral. Existem, no entanto, regimes especiais como sucede, por exemplo, no caso do contrato-promessa de trabalho que a lei laboral sujeita a forma escrita, não obstante o contrato de trabalho constituir, por regra, um negócio consensual (cf. artigos 103.º e 110.º do Código do Trabalho).

Colocado o problema da falta de assinatura no plano da invalidade¹⁵⁵ do negócio e das consequências daquela, arvoraram-se duas teses fundamentais: a da nulidade total, necessária ou sistemática do negócio, tese que teve sobretudo expressão em algumas pronúncias jurisprudenciais¹⁵⁶, e a tese do aproveitamento do negócio ferido de invalidade como contrato-promessa unilateral. Por sua vez, no âmbito desta segunda tese, desenharam-se divergências quanto à via pela qual esse aproveitamento deveria ser equacionado: se por recurso à figura da conversão, nos termos do artigo 293.º do Código Civil¹⁵⁷; se por aplicação do instituto da redução

¹⁵⁵ Afastada, portanto, a hipótese de se tratar apenas de uma questão de (re)qualificação da operação negocial em causa como promessa unilateral, pois se assim fosse, não chegaria sequer a levantar-se qualquer problema de invalidade negocial. De facto, num primeiro momento, colocar-se-á sempre um problema de qualificação jurídica da relação negocial que as partes pretenderam concluir e que necessariamente nos convoca para uma tarefa de interpretação do sentido das declarações negociais, com recurso às diversas circunstâncias atendíveis nessa operação metodológica, só depois fazendo sentido analisar o plano da (in)validade. Assim, e tomando como referência a matéria em apreço, num primeiro momento haverá sempre que apurar qual o tipo de operação negocial em causa, isto é, quais os escopos empíricos pretendidos e a via do direito correspondente para os alcançar – contrato promessa, contrato-promessa bilateral, contrato promessa unilateral – cabendo então sim apurar se a operação em causa obedece aos requisitos (v.g. formais) necessários à sua válida celebração. Se no contexto dessa tarefa de qualificação se apurar que as partes pretenderam vincular-se através de uma promessa unilateral, o negócio valerá como contrato promessa unilateral por ser essa a sua correcta qualificação, não havendo margem para equacionar qualquer problema de invalidade. Só se no contexto da referida tarefa qualificativa se concluir que as partes tinham pretendido vincular-se através de uma promessa bilateral é que a falta de assinatura de uma delas assume relevância no plano da validade. E, constituindo a imposição de documento assinado uma formalidade *ad substantiam*, a consequência que de imediato se retira da inobservância de forma exigida é a invalidade, *rectius*, a nulidade (ex artigos 410.º e 220.º do Código Civil).

¹⁵⁶ Sustentada pelo Conselheiro ABEL DE CAMPOS, exposta na declaração de voto no Acórdão de 2 de Julho de 1974, *BMJ*, n.º 239, 1974 págs. 174 e ss.; retomada noutros acórdãos, designadamente, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Janeiro de 1975, *BMJ*, n.º 243, 1975, pág. 239, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Abril de 1977, *BMJ*, n.º 266, 1977, págs. 156 e ss.. Para mais indicações jurisprudenciais, vejam-se LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Conversão...*, *cit.*, pág. 791, nota 2; e LUIS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, págs. 196 e ss..

¹⁵⁷ Tese secundada por INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 110 e ss.. Sustentaram também o enquadramento da nulidade total do negócio e a possibilidade de recurso ao instituto da conversão ANA PRATA, *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Almedina, Coimbra, 1994, págs. 510 e 520; JOAQUIM RODRIGUES DAMAS, “A

sujeito a um regime especial – fazendo valer neste específico contexto um regime de repartição do ónus da prova distinto daquele que decorre do artigo 292.^{o158}; se com recurso à redução¹⁵⁹, nos termos gerais do artigo 292.^{o160}.

Pois bem. Não é nosso propósito analisar nesta sede exaustivamente os diferentes posicionamentos nem sequer expor uma posição definitiva sobre o assunto,

redução...”, *cit.*, pág. 736; e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral...*, *cit.*, pág. 953.

¹⁵⁸ A tese da redução sujeita a um regime especial foi sustentada por JOÃO ANTUNES VARELA, *Sobre o Contrato-Promessa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1988, pág. 35. Esta tese veio, *prima facie*, a merecer acolhimento no Assento de 29 de Novembro de 1989. Aparentemente, dizemos, porquanto a falta de clareza e imprecisão do referido assento levaram a doutrina a formular diferentes interpretações da solução que aí foi gizada. Assim, alguns autores consideraram que os fundamentos da decisão apontavam no sentido da configuração de uma hipótese de nulidade parcial do negócio – assim, MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, reimpressão da 12.^a edição, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 395. JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.^a edição, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 326, entendeu que o assento consagra a tese da nulidade total do contrato, sem prejuízo da sua conversão nos termos gerais do artigo 293.^o (no mesmo sentido, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, *cit.*, pág. 116, nota 1). Já JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e contrato-promessa*, *cit.*, pág. 61, retirou da fundamentação do assento a conclusão de que o tribunal consagrou a tese da posição do problema em sede de redução do negócio jurídico, mas afastando-se do regime geral consagrado no artigo 292.^o. A mesma leitura é feita por ANA PRATA, *O contrato-promessa...*, *cit.*, pág. 523.

¹⁵⁹ Numa fase inicial em que o problema se pôs, algumas pronúncias dos nossos tribunais entenderam por bem fazer valer o contrato-promessa bilateral assinado apenas por algum dos contraentes como promessa unilateral, mas de modo automático, sem recurso nem ao artigo 292.^o nem a qualquer regime especial de redução – nestes termos, por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Julho de 1974 (*BMJ*, n.º 239, 1974, págs. 168 e ss.), o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Janeiro de 1975 (*BMJ*, n.º 243, 1975, págs. 235 e ss.), ou o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Novembro de 1975 (*BMJ*, n.º 251, 1975, págs. 144 e ss.) – posição que, mereceu, e bem, um comentário crítico da doutrina – ver, designadamente, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, *cit.*, pág. 112. Para outras referências jurisprudenciais, *vide*, de novo, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Conversão...*, *cit.*, pág. 788 e 789, nota 4; e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *cit.*, págs. 196 e ss..

¹⁶⁰ Favoráveis a que o eventual aproveitamento possa ocorrer por via da redução do negócio jurídico nos termos gerais, manifestaram-se, na doutrina, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e contrato-promessa*, *cit.*, pág. 50; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Conversão...*, *cit.*, pág. 799 e 800; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *cit.*, págs. 199 e 200; e MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, *cit.*, pág. 394.

a qual exigiria sempre uma ponderação mais amadurecida e que de qualquer modo se acha fora do propósito deste trabalho. Entendemos, no entanto, útil chamar a atenção para alguns dos aspectos desta querela, que ajudam a equacionar os termos do problema.

Os autores que entendem que a questão é passível de ser perspectivada em sede de redução atendem, antes do mais, ao critério tradicionalmente utilizado para determinar a existência de uma divisibilidade do negócio, o da possibilidade de subsistência autónoma da parcela sã do negócio, concluindo que essa divisibilidade se verifica também *in casu* pelo facto de o contrato-promessa unilateral poder sobreviver autonomamente.

Já as teses que reconduzem a questão a uma hipótese de nulidade total – quer aquelas que entendem tratar-se de uma nulidade necessária e incorrigível, quer as que, arrancando de um cenário de nulidade total, entendem que o terreno a explorar é o da conversão do negócio – justificam *grosso modo* esse entendimento, invocando o nexo de sinalgmaticidade do contrato em questão, o qual entendem incompatível com um eventual aproveitamento do negócio por via da redução.

Faz-se apelo à ideia de que a *quebra de um nexo como o da sinalgmaticidade* tornaria impossível a subsistência de uma parcela do contrato sem a outra. Escreve ABEL DE CAMPOS¹⁶¹: “Tratando-se de um contrato tipicamente bilateral, cada uma das prestações é causa e condição da outra e cada um dos contraentes é ao mesmo tempo credor e devedor, não parece que possa admitir-se senão a nulidade total. Efectivamente da essencial correspondência e reciprocidade das prestações resulta que cada uma delas só se compreende e justifica em razão da outra, não podendo conceber-se portanto a subsistência isolada de qualquer delas”. O recurso a este argumento não se afigura totalmente convincente, se a questão se situar, como nos parece, no plano estritamente estrutural. De facto, é verdade que um dos exemplos muitas vezes apontado para aludir a hipóteses em que a divisibilidade não se verifica é, de facto, o caso dos contratos sinalgматыcos quando a parcela afectada corresponde à obrigação principal assumida por uma das partes. Mas estas considerações não podem ser estendidas sem mais para o caso do contrato-promessa bilateral¹⁶², justamente,

¹⁶¹ *BMJ*, n.º 239, 1974 págs. 176.

¹⁶² JOÃO ANTUNES VARELA, *Sobre o Contrato-Promessa...*, *cit.*, pág. 30.

pelo menos, quando o vício invalidante¹⁶³ – atingindo diretamente apenas uma das “declarações negociais” – torna ainda viável o aproveitamento da operação como contrato unilateral. Quer dizer, não pode afastar-se, sem, mais a hipótese de estarmos perante uma hipótese de divisibilidade.

Já outros colocam a ênfase no *tipo de alteração* que este aproveitamento do contrato-promessa bilateral como contrato-promessa unilateral produz. Observa GALVÃO TELLES¹⁶⁴ : “Uma convenção desse tipo [um contrato-promessa sinalagmático] tem de constar, *toda ela*, do texto elaborado e deve corporizar *as duas declarações de vontade*, através das assinaturas respectivas. Se esse texto consubstancia apenas uma das declarações, porque só um dos autores o subscreveu, o negócio é nulo na sua *integralidade*, por falta de forma escrita (...). Dir-se-á que a declaração do subscritor é uma parte válida do negócio, pois vale como contrato-promessa unilateral, para que a lei se contenta (hoje) com documento do promitente único. Mas isso não faria sentido, porquanto um contrato-promessa unilateral não pode jamais conceber-se como parte de um contrato promessa bilateral. É em si e por si um negócio completo e acabado, e com natureza e conteúdo distintos deste outro”.

A questão é, deste ponto de vista, mais delicada: é aqui que as fronteiras entre o instituto da redução e o da conversão podem tornar-se mais sensíveis de definir. De facto, autores há que não vêem neste aspecto qualquer dificuldade. É o caso de LUÍS CARVALHO FERNANDES¹⁶⁵, quando observa que “À luz do critério adoptado, o caso é de redução, porquanto se trata de eliminar uma parte do negócio, aquela sobre que incide o vício, na espécie, a declaração negocial de que emerge a obrigação do promitente que não assinou o documento. (...) Erradicado do negócio o elemento viciado do seu conteúdo, o restante mantém-se e produz o seu efeito típico essencial”. Já outros entenderão que a alteração produzida – ainda que obtida através da eliminação de uma parcela do negócio – produz uma alteração qualitativa. Dirão que a

¹⁶³ Pode no entanto o vício afectar apenas uma das parcelas – a obrigação assumida por uma das partes – e tal significar necessariamente a nulidade total do contrato-promessa bilateral. Pense-se na hipótese de ser celebrado um contrato-promessa de compra e venda de uma moradia que na data em que o negócio foi concluído havia sido destruída por um incêndio. Sendo esta obrigação assumida nula por impossibilidade física (artigos 280.º e 401.º do Código Civil), este será um caso em que a parcela restante não pode sobreviver...

¹⁶⁴ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, cit., pág. 114.

¹⁶⁵ *A Conversão...*, cit., pág. 801.

hipótese assume contornos distintos das hipóteses acima retratadas – caso da invalidade que atinge a declaração negocial de um dos vários sujeitos envolvidos num negócio plurilateral ou em negócios bilaterais ou unilaterais em que, de um dos lados ou do lado “único” do negócio haja uma pluralidade de declarações – porquanto nesses casos, a eliminação da declaração negocial produz *somente* uma alteração quantitativa.

Não nos parece, de facto, que a questão assuma a linearidade sugerida por LUÍS CARVALHO FERNANDES. Reconhece-se pelo menos a *atipicidade* da hipótese em apreço, já que a alteração efectuada – de facto, de eliminação de uma parte – não se salda apenas na eliminação de uma declaração negocial, mas numa certa desfiguração do próprio objecto, dos seus efeitos jurídicos principais¹⁶⁶. De todo o modo, propendemos a considerar que, num plano estritamente estrutural, a alteração produzida, não implicando uma modificação qualitativa do *quid im obligatio* nem uma alteração do tipo contratual, se possa reconduzir a um cenário de invalidade parcial a configurar em termos de redução¹⁶⁷.

É certo que paralelamente a este debate em termos *estruturais*, a discussão também tem sido analisada do ponto de vista do *regime* de aproveitamento do negócio que se revele mais adequado *à ponderação dos interesses em jogo*. Ora, desse ponto de vista, ambos os regimes dão relevância à vontade hipotética ou conjectural das

¹⁶⁶ Daí que o próprio raciocínio de KARL LARENZ/WOLF MANFRED, *Allgemeiner Teil...*, *cit.*, pág. 850, não seja particularmente claro quando os autores se reportam aos contratos bilaterais. Por um lado, põe a tónica no facto de a redução poder operar quando a parte não afectada pela invalidade puder subsistir enquanto negócio; por outro, parece indicar como aspecto complementar o facto de com a nulidade de uma das prestações o contrato perder o seu carácter de contrato de troca, sendo alterado na sua essência, no seu carácter complexo.

¹⁶⁷ Da análise que assim se faz apenas se conclui que o facto de a expurgação do elemento viciado ter como consequência a perda do carácter bilateral de um contrato não constitui um aspecto incompatível com um cenário de invalidade parcial, de um ponto de vista estrutural. É claro que esse aspecto – o carácter sinalagmático ou não do contrato – pode relevar depois no momento seguinte, em termos de determinar a invalidade total do contrato se for de concluir que as partes “hipoteticamente” teriam condicionado a subsistência do contrato à verificação desse carácter sinalagmático. Não nos parece, no entanto, que sendo este um caso a tratar em termos de redução, deva haver, como já se entendeu, uma inversão do “ónus da prova” ou da “presunção” estabelecida em matéria de redução. Na realidade, esse “ónus” ou “presunção” mantém-se; a circunstância de se tratar de uma operação económica pensada para operar em termos bilaterais significa sim, tão simplesmente, que a referida prova (cujo encargo continua a pertencer à parte interessada na invalidade total) fica facilitada.

partes, ainda que em termos opostos. No caso do regime da redução (questão de que nos ocuparemos só mais adiante), a redução só não se dará se se provar uma vontade hipotética das partes contrária a essa redução. No caso do regime da conversão, a conversão só opera se se provar uma vontade hipotética favorável ao conteúdo do negócio “sucedâneo”. De todo o modo, desse ponto de vista, fazendo apelo à ponderação dos interesses em jogo¹⁶⁸ e ao circunstancialismo em regra subjacente a este tipo de casos jurisprudenciais¹⁶⁹, pensa-se que o regime da redução – com as eventuais correcções que se revelarem necessárias em razão dos ditames da boa fé – se revela suficientemente adequado a esse quadro de interesses¹⁷⁰.

3. A resposta ao problema da invalidade parcial

3.1. O critério: a vontade hipotética ou conjectural das partes

Após termos analisado algumas das principais questões que se podem colocar a propósito da noção de invalidade parcial, importa agora que nos debrucemos sobre o tipo de resposta que o ordenamento jurídico português fornece para o problema da invalidade parcial do negócio jurídico. Determina o artigo 292.º do Código Civil que “A nulidade ou anulação parcial *não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada*”. Ou seja, de acordo com o regime do artigo 292.º, a redução do negócio jurídico opera, a não ser

¹⁶⁸ Por exemplo, a articulação com o regime do sinal. Como bem observa LUIS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, cit.*, pág. 200, o regime da redução permite manter a sanção do sinal em relação à parte que permanece vinculada à celebração do contrato-definitivo.

¹⁶⁹ Referimo-nos muito concretamente ao facto de na maior parte dos casos a assinatura que falta ser, em regra, a do promitente-comprador e, em regra, também o contrato-promessa de compra e venda de bens imóveis ser acompanhado do pagamento de um sinal mais ou menos significativo em relação ao preço da venda prometida. Sobre este circunstancialismo, JOÃO ANTUNES VARELA, *Sobre o Contrato-Promessa, cit.*, págs. 33 e 34; e LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Conversão..., cit.*, págs. 798 e 799.

¹⁷⁰ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e contrato-promessa, cit.*, pág. 57, vai, parece-nos, mais longe e considera que a aplicação de um regime diferente contraria o escopo de protecção da norma legal (artigo 410.º, n.º 2), ao acabar por permitir a invocação de nulidade que redundaria em prejuízo da pessoa a favor da qual é disposta (para evitar leviandades, precipitações e imponderações).

que se conclua que a vontade hipotética ou conjectural das partes teria sido no sentido da não celebração do negócio.

Da leitura da referida norma, e desconsiderando para já algumas peculiaridades que, como veremos, terão sobretudo implicações em matéria probatória, é possível inferir que a resposta do legislador civil português ao problema da invalidade parcial assenta numa opção de reconhecer à vontade (hipotética) das partes o papel relevante no juízo acerca da conservação ou não do negócio jurídico parcialmente inválido. A vontade (hipotética) das partes constitui – em termos semelhantes ao que ocorre nos sistemas jurídicos italiano e alemão¹⁷¹ –, por assim dizer, o *critério* que funda a decisão sobre a conservação ou não do negócio, e nessa medida, assume-se também, como uma homenagem ao princípio da autonomia privada^{172 173}. Convém, em todo o caso, que nos detenhamos mais atentamente sobre

¹⁷¹ Ou mesmo em sistemas jurídicos como o francês, onde o desenvolvimento doutrinal conduziu a que fosse esse – o critério subjectivo – o critério, à partida, aplicável para determinar a extensão da invalidade – FRANÇOIS TERRÉ/ PHILIPPE SIMLER/YVES LEQUETTE, *Droit civil...*, *cit.*, pág. 434; MURIEL FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 2.^a edição, Presses Universitaires de France, Paris, 2007, pág. 447. Próxima, embora revelando maiores semelhanças com a fórmula utilizada entre nós em matéria de conversão (artigo 293.º do Código Civil), foi aquela escolhida no anteprojecto do Código Europeu dos Contratos (artigo 144/1): “(...) si la nullité touche seulement une clause ou une partie du contrat, celui-ci demeure valable dans sa partie restante, pourvu que cette dernière possède une consistance et une validité autonomes *et réalise de manière raisonnable le but poursuivi par les parties*” (itálico nosso).

¹⁷² Há também quem se refira ao apuramento da vontade hipotética como a *condição subjectiva* para que a redução do negócio possa ocorrer. Nesta óptica, a redução do negócio dependeria da reunião de duas condições: uma de índole objectiva – a possibilidade de divisão do negócio em partes (a chamada divisibilidade objectiva ou estrutural) – e uma de índole subjectiva – relacionada com o apuramento de uma vontade hipotética (a divisibilidade subjectiva).

¹⁷³ Em sentido idêntico, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, *cit.*, pág. 422, quando reconhece que o critério último é o da vontade das partes; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral de Direito Civil*, *cit.*, pág. 645; e HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código...*, *cit.*, pág. 598. A esse propósito, escrevia CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *cit.*, pág. 633, nota 869, “Tal como a interpretação no mundo do Direito é vista por Betti (numa obra clássica *Interpretazione della legge e degli negozi juridici*) como uma aplicação num campo específico de uma actividade comum a múltiplos domínios culturais, pode também assinalar-se que a redução dos negócios jurídicos é uma manifestação no plano jurídico de um problema-tipo pertinente em todos os domínios da cultura e, mais latamente, da vida. A resposta em qualquer domínio onde o problema [da redução] se equacione é encontrado sob a perspectiva dos valores e dos fins relevantes nesse domínio:

este elemento, mormente sobre os aspectos seguintes: (i) em que consiste afinal a determinação da vontade hipotética; (ii) quais os possíveis conteúdos ou resultados dessa determinação; e por fim (iii) quais os limites de relevância que o apuramento ou a determinação dessa vontade pode sofrer.

3.2. Determinação da vontade hipotética

3.2.1. Vontade real ou vontade reconstruída?

Num primeiro momento, poder-se-ia pensar que a vontade a averiguar coincidiria com a vontade real ou efectiva das partes no momento da celebração do negócio. Tem-se formado, no entanto, um consenso doutrinário em como o *quid* em análise não corresponde à vontade real nem efectiva das partes no momento da conclusão do negócio¹⁷⁴. Para esta conclusão aduzem-se vários argumentos.

a utilidade social, o mérito social, a justiça, a conservação da vida, etc. Não surpreende que também na patologia do negócio jurídico, a solução arranque da consideração dos valores e fins que aí relevam: a autonomia privada e o controlo social desta, a boa fé (artigo 292.º)”. Em termos próximos, nos ordenamentos italiano e suíço, respectivamente, MARIO CASELLA, *Nullità parziale del contratto...*, *cit.*, pág. 71, afirma que a nulidade parcial é caracterizada pela prevalência que o ordenamento reconhece em certas condições à vontade privada de, de acordo com o seu escopo prático, determinar a contenção dos efeitos da norma imperativa; e HALUK TANDOGAN, *La nullité...*, *cit.*, pág. 71, observa: “Cette condition d’application de l’article 20 II CO, en tenant compte de la volonté des contractants, rend compatible la prononciation de la nullité partielle avec le principe de la liberté des conventions”.

¹⁷⁴ Cf. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *cit.*, pág. 634; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, *cit.*, pág. 525; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, *cit.*, pág. 423; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral...*, *cit.*, pág. 948, e também em *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 1069, nota 653. Em sentido análogo, já antes, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, *cit.*, pág. 428. Na experiência jurídica alemã, HANS THEODOR SOERGEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, *cit.*, pág. 126; HERBERT ROTH in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, *cit.*, pág. 45; WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil...*, *cit.*, pág. 578. Em Itália, vejamos, entre muitos, GIOVANNI CRISCUOLI, *La nullità parziale del...*, *cit.*, pág. 237; ALFREDO FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico...*, *cit.*, pág. 155; e ENZO ROPPO, “Nullità parziale del contratto...”, *cit.*, pág. 693.

Desde logo, a própria formulação da norma legal tende a afastar uma leitura assente na vontade real das partes¹⁷⁵. As fórmulas codicísticas utilizadas para indicar as condições de conservação do negócio residual são expressas no modo condicional, fazendo apelo a uma vontade que se supõe não determinável.

Depois, invoca-se a ideia de que um tal juízo – tendo como *quid* a vontade real – estaria logicamente condenado ao fracasso. De facto, na maioria das vezes, as partes estão apenas preocupadas em regular de modo adequado os seus próprios interesses, pelo que não exprimem nenhuma vontade ou pensamento acabado sobre a hipótese da redução do negócio. Se se entendesse que o objecto do juízo coincidia com a verificação de uma vontade real, tal acabaria por significar que se estaria a apurar algo que, pura e simplesmente, as mais das vezes, não tinha possibilidade de ser apurado, tornando-se inviável o preceito^{176 177}.

Mas o entendimento dominante segundo o qual a vontade a apurar não deve ser identificada com a vontade real é ainda corroborado por um outro aspecto lógico do problema. Se se fizesse coincidir o juízo sobre a invalidade parcial com o apuramento da vontade real, sublinha-se, o que estaria em causa seria uma mera operação de interpretação das declarações negociais, a realizar nos termos gerais, pelo que, em bom rigor, o próprio artigo 292.º perderia boa parte da sua utilidade¹⁷⁸. De facto, quando a resposta à questão da conservação ou não do negócio puder ser obtida por via da interpretação das declarações de vontade das partes, vale o que resultar do apuramento dessa tarefa hermenêutica, não sendo necessário o recurso ao preceito

¹⁷⁵ Neste sentido, HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, cit., pág. 68; ENZO ROPPO, “Nullità parziale del contratto...”, cit., pág. 701, nota 48.

¹⁷⁶ Assim, WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 578; HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, cit., pág. 69.

¹⁷⁷ Há também quem se refira ao problema em termos ligeiramente distintos. Se de vontade efectiva e real das partes se deve falar é apenas em relação ao negócio no seu complexo. A vontade real e efectiva das partes não se perspectiva em termos de invalidade ou redução, pelo que se o critério a adoptar para o juízo sobre a redução fosse o da vontade real a consequência não poderia deixar de ser a normal extensão da invalidade a todo o negócio, o que, em última instância, redundaria numa solução contrária à lógica do próprio preceito sobre redução – neste sentido, ALESSANDRO D’ADDA, *Nullità parziale...*, cit., págs. 58 e 59.

¹⁷⁸ Nestes termos, HANS THEODOR SOERGEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, cit., pág. 1026; ou ENZO ROPPO, “Nullità parziale del contratto...”, cit., pág. 700. Entre nós, vide MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, cit., pág. 428, nota 4.

legal sobre redução. A norma sobre invalidade parcial surge precisamente para resolver os casos em que tal interpretação não é possível de obter, isto é, para os casos em que não existe uma vontade – expressa ou tácita – das partes sobre o ponto, e como tal, conclui-se, o critério legal aí previsto não pode coincidir com o apuramento de uma vontade real.

Estas últimas considerações permitem, aliás, realçar duas outras observações sobre a norma em questão.

A primeira sobre a natureza subsidiária, ou melhor, dispositiva¹⁷⁹, da norma sobre redução negocial. Com efeito, corresponde ao entendimento dominante, a ideia de que o critério legal só é chamado à colação quando as partes não tenham, elas próprias, previsto uma solução para o problema da redução do negócio, dito de outra maneira, desde que as partes não tenham, por ocasião da celebração do negócio jurídico, manifestado uma vontade real e efectiva favorável ou contrária à redução. Tal vontade efectiva, se bem compreendemos, pode resultar, desde logo, do facto de o negócio incluir uma cláusula que determine ora a redução do negócio ora a destruição total do mesmo. Podem as partes ter convencionado que perante uma determinada invalidade parcial, a validade do restante negócio não deve ser perturbada¹⁸⁰. Como podem, em sentido inverso, ter estabelecido uma “clausola di essenzialità o di

¹⁷⁹ Referem-se a esta característica, no ordenamento alemão, HANS THEODOR SOERGEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, cit., pág. 1016; HERBERT ROTH in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, cit., pág. 17. O termo “subsidiariedade” é sobretudo utilizado para referir a prioridade que outras normas legais, que consagrem soluções especiais para o problema da invalidade parcial, têm em relação ao §139 do *BGB*. Entre nós, cf. ALBINO ANSELMO VAZ, “A conversão e a redução...”, cit., pág. 148; e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral de Direito Civil*, cit., pág. 645.

¹⁸⁰ São as denominadas “Erhaltungsklauseln” (“cláusulas de conservação”), por vezes, também apelidadas de “Salvatorische Klauseln” (“cláusulas de salvação”). A expressão “Salvatorische Klauseln” vem sendo utilizada pela doutrina alemã com um sentido mais abrangente, já que tanto pode compreender as “Erhaltungsklauseln” como também as chamadas “Ersetzungsklauseln” (“cláusulas de substituição”) – cláusulas através das quais as partes prevêm a regulação que valerá no lugar da determinação ineficaz – sobre a distinção, cf. HERBERT ROTH in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, cit., págs. 17 e 18; ou REINHARD BORK, *Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 479. Uma possibilidade análoga é avançada, entre nós, embora sem particulares desenvolvimentos, a respeito do instituto da conversão, por LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Conversão...*, cit., pág. 342.

inseparabilidade”¹⁸¹. Por outro lado, considera-se, a vontade real e efectiva das partes pode resultar, não propriamente de uma convenção expressa, mas de vontade implícita resultante dos termos do negócio, favorável ou contrária à redução. Independentemente das *nuances* que se possam descortinar, em qualquer das hipóteses, tem entendido a doutrina que no caso de ter sido manifestada essa vontade real, contemporânea da celebração do negócio, favorável ou contrária à redução, a prevalência vai para o que resultar dessa vontade real manifestada, tornando-se o regime jurídico legal da redução supérfluo e desnecessário^{182 183}.

Paralelamente, permitem lançar alguma luz sobre o tipo de juízo que a norma do artigo 292.º do Código Civil encerra. Em bom rigor, quando o critério do artigo 292.º é chamado a operar já não estamos perante um problema de interpretação das declarações negociais; o problema coloca-se, por assim dizer, num segundo momento (ou numa segunda fase do mesmo processo), admitindo nós existir um verdadeiro *continuum* metodológico nesta actividade. Trata-se de avaliar que decisão as partes teriam adoptado perante um cenário de invalidade parcial. Vistas as coisas a esta luz, depressa se deixam evidenciar as semelhanças de um juízo deste género com o

¹⁸¹ ALESSANDRO D’ADDA, *Nullità parziale ...*, cit., pág. 113 e ss. Na doutrina alemã, consideram-se as “Gesamtunwirksamkeitsklauseln” – assim, de novo, HERBERT ROTH in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, cit., pág. 20.

¹⁸² WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 575; HANS THEODOR SOERTEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, cit., pág.1016; REINHARD BORK, *Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 479.

¹⁸³ Uma solução que não concedesse primazia, ou melhor, precedência, a essa vontade real estaria também a desvirtuar o próprio espírito, a própria natureza do artigo 292.º do Código Civil, sobretudo se pensarmos nas hipóteses de uma vontade real ou efectiva contrária à redução. De facto, importa não perder de vista que o regime legal da redução é também ele um regime que toma como referente a autonomia privada. A sua actuação não se traduz numa limitação da autonomia negocial ou numa imposição contrária à vontade que determinou os autores do negócio jurídico. O regime jurídico da redução pretende auxiliar as partes a manterem um negócio parcialmente válido, na medida em que seja possível supor que as partes o poderiam ainda ter querido celebrar. Acertadamente, MICHEL TAMPONI, “Contributo all’esegesi...”, cit., pág. 156, assinala que uma solução que não conferisse prioridade à vontade real manifestada pelas partes desfiguraria profundamente o espírito do artigo 1419/1, também ele centrado na tutela da autonomia privada. O mesmo tipo de considerações resultam da exposição de LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Conversão...*, cit., pág. 343, a propósito da precedência da vontade real sobre a vontade conjectural em caso de conversão do negócio, e ainda em PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral de Direito Civil*, cit., pág. 645.

problema da integração do negócio jurídico, seja pela via da “interpretação integradora” ou “complementadora” (“ergänzende Vertragsauslegung”), seja, da integração negocial, entre nós consagrada no artigo 239.º do Código Civil¹⁸⁴.

3.2.2. Vontade hipotética de tipo subjectivo ou de tipo objectivo?

I – Afastado o cenário de a determinação da vontade coincidir com o apuramento da vontade real das partes no momento da conclusão do negócio, transita-se, tradicionalmente, para o outro extracto do problema, o da concepção de vontade hipotética a adoptar. A doutrina costuma identificar duas possíveis acepções de

¹⁸⁴ No sistema português, essa aproximação é feita por vários autores. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, cit., pág. 1072, nota 653, salienta: “Na integração de lacuna, como na redução ou na conversão, constata-se a necessidade de, perante as circunstâncias, complementar a vontade expressa, no início pelas partes”. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pág. 637, afirma que “é inegável que o problema da redução se pode reconduzir a um problema de integração”. O que é ainda evidenciado, com admirável nitidez, no discurso de LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Conversão...*, cit., pág. 322: “(...) a redução envolve a subsistência de um negócio inválido muito embora amputado de parte do seu conteúdo. Saber se as partes o queriam sem as estipulações inquinadas é algo que tem mais afinidade com a integração do que com a conversão, porquanto se trata nos dois casos, de apurar o relevo que as *estipulações omissas* ou as *estipulações inválidas* têm na economia do negócio: na integração para descobrir *se o aditamento de certa cláusula* – não estipulada pelas partes – a ela se ajusta; na redução para averiguar *se a eliminação de certa cláusula* – estipulada pelas partes, mas viciada – a põe em causa” (itálicos do Autor). Saliente-se, no entanto, que este último Autor já adopta uma orientação diferente (em termos que não se nos afiguram totalmente convincentes) quando em causa está a determinação do conteúdo da vontade hipotética no domínio da conversão do negócio jurídico. Exclui aí que se deva falar de um processo de integração por entender que “só é legítimo falar em lacuna quando se trata de definir a solução de uma matéria que, podendo ser objecto de estipulação entre as partes, não o tenha sido e que, por se situar no complexo de efeitos definidos pelo negócio, careça de ser equacionada e resolvida para ele atingir a plenitude da sua eficácia”. Na doutrina alemã, a aproximação do juízo de redução a uma operação de interpretação complementadora é feita por KARL LARENZ/WOLF MANFRED, *Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 853, e no sistema italiano, por ENZO ROPPO, “Nullità parziale...”, cit., págs. 708 e 709. Contra, por exemplo, ALESSANDRO D’ADDA, *Nullità parziale...*, cit., pág. 67, reconduzindo a actividade em causa a uma operação interpretativa. No entanto, quer-nos parecer que a resistência em aproximar o juízo sobre a redução de uma operação integrativa assenta numa premissa assaz discutível: o de que a actividade integrativa, traduzindo sempre a imposição de uma regra externa contrária à vontade das partes, colidiria com a regra constante do artigo 1419/1 do *Codice Civile*.

vontade hipotética: uma de tipo subjectivo e outra de natureza objectiva. Não é, porém, totalmente claro e inequívoco o critério distintivo em que repousa esta última classificação a que nos queremos dirigir, já que a doutrina usa, com alguma frequência, as mencionadas expressões para se referir a problemas vários.

Por vezes, a distinção entre a concepção objectiva e subjectiva de vontade hipotética procura pôr em evidência a questão dos meios através dos quais a vontade hipotética é determinada¹⁸⁵. Uma vontade hipotética de tipo subjectivo corresponderá a uma vontade naturalística, a indagar por meios psicológicos, um facto psicológico que importa reconstruir. Uma concepção de vontade hipotética de tipo naturalístico é, porventura, aquela que mais se aproxima da expressão linguística¹⁸⁶ utilizada pelo legislador no artigo 292.º. Contudo, uma solução deste género estaria inevitavelmente condenada ao insucesso, pelas dificuldades que encerra e pelas incertezas que lhe são inerentes, acabando por não conseguir fornecer soluções satisfatórias¹⁸⁷.

¹⁸⁵De certa forma esta distinção tem que ver com uma *outra querela* que intercedeu entre as *doutrinas declarativistas* e as *doutrinas voluntaristas*, querela essa que, como é sabido, tendo-se reportado a específicos problemas – como os da interpretação do negócio jurídico, dos vícios da vontade e das divergências entre a vontade e a declaração – também acabou por assumir relevância no que respeita ao apuramento da vontade hipotética. Cf. LUIS CARVALHO FERNANDES, *A Conversão...*, *cit.*, pág. 314; ALESSANDRO D’ADDA, *Nullità parziale...*, *cit.*, pág. 63. Nesse contexto, o elemento diferenciador encontra-se relacionado com o tipo de “materiais” que podem contribuir para a fixação do conteúdo da vontade hipotética, para essa reconstituição. Quando se adopte uma orientação declarativista, é a partir da declaração que a vontade conjectural deve ser apurada. Se se partir de uma concepção voluntarista, permite-se que a reconstrução do assento de interesses seja feita com elementos que ultrapassam as declarações negociais.

¹⁸⁶Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, *cit.*, pág. 1071, nota 653. Vejam-se a esse propósito as palavras de LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Conversão...*, *cit.*, pág. 319: “Quanto à redução [...] esta formulação parece sugerir a possibilidade de se averiguar qual teria sido a vontade efectiva do autor do negócio, quando confrontado com a sua invalidade parcial, *o que aponta para uma concepção naturalística, ou, pelo menos, subjectiva da vontade conjectural*” (sublinhado nosso). Também admite ser essa a conclusão que *prima facie* sugere a leitura do artigo 1419/1 do *Codice Civile* ENZO ROPPO, “Nullità parziale...”, *cit.*, pág. 693.

¹⁸⁷Dão conta desta evolução, na doutrina italiana, ENZO ROPPO, “Nullità parziale del contratto...”, *cit.*, pág. 701; e VINCENZO ROPPO, *Trattato del Contratto...*, *cit.*, pág. 113. Na doutrina alemã, vários também são os autores que rejeitam a hipótese de estar em causa a reconstrução da vontade enquanto facto psíquico – HANS THEODOR SOERGEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, *cit.*, pág. 1026; WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil...*, *cit.*, pág. 578; ou HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, *cit.*, pág. 75. Entre nós, ANTÓNIO

Daí que se tenha assistindo uma tendência na literatura jurídica para reformular o problema do apuramento da vontade hipotética, aproximando-o de uma avaliação de cunho que aqui podemos designar de “funcional”, amiúde também apelidada de avaliação de tipo “objectivo”. O eixo de análise deixa de ser o da reconstrução de uma vontade, entendida como puro querer individual e como um facto puramente psicológico. O que está fundamentalmente em causa é determinar, em face do programa contratual originário, tendo em conta os interesses das partes, o fim negocial, qual teria sido a decisão das partes sobre a conservação do negócio sem a parte viciada. Entre nós, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO¹⁸⁸ sustenta que a demonstração da vontade das partes não se faz por meio de indagações psicológicas, mas através da própria regulação contratual, tendo em conta o seu escopo. Na mesma linha, na literatura alemã, LARENZ¹⁸⁹ aproxima a avaliação da vontade hipotética de uma pesquisa e avaliação dos interesses das partes; e SORGEL¹⁹⁰ assinala que o juiz deve realizar uma “objektive Wertung” e, partindo do ponto de vista das partes e das suas representações, levar a cabo uma ponderação e avaliação dos interesses em jogo.

Já desde uma outra perspectiva, o elemento distintivo das duas concepções encontra-se, sim, relacionado com outro aspecto, mais concretamente, com o de saber se o que está em causa é determinar a solução que as *partes concretas* teriam querido (vontade hipotética de tipo subjectivo ou individual) ou antes a solução que seria de atribuir objectivamente a *sujeitos razoáveis*, com abstracção dos sujeitos singulares concretamente em questão (vontade hipotética de tipo objectivo)¹⁹¹. Desse ponto de vista, parec-nos importante tecer duas observações.

Por um lado, salientar a ideia de que o critério (da vontade hipotética) deve ser sempre aplicado em articulação com o fim e o contexto de sentido *do contrato concreto* que, enquanto produto, de certa maneira objectivado, da vontade negocial, tem as particularidades que nele imprimem as marcas de origem. Esse aspecto, pensa-

MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, cit., pág. 1071, nota 653, observa que “uma reconstrução assente na corrente de consciência de uma pessoa perde, pela interiorização em que incorre, a dimensão contratual”.

¹⁸⁸ *Da Boa Fé...*, cit., nota 653, págs. 1071 e 1072.

¹⁸⁹ *Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 853.

¹⁹⁰ *Allgemeiner Teil...*, cit. pág. 1027.

¹⁹¹ No sentido de ser este o critério em que repousa a distinção, aderindo a uma concepção subjectiva, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, cit., pág. 423.

se, não deve oferecer discussão. Trata-se de uma orientação que está, aliás, de acordo com o que, pensamos, vale no domínio da integração negocial, domínio onde também assume relevo o apuramento da vontade hipotética, e com a ideia de que o negócio jurídico é, em princípio, *lex privata* das partes¹⁹².

Quanto à dicotomia entre uma concepção objectiva e subjectiva nos termos expostos, a questão, a nosso ver, não deve ser sobrevalorizada, embora possa ter implicações em termos de percursos argumentativos na resolução de hipóteses práticas, como veremos mais adiante. É que aqueles que consideram que a vontade hipotética a determinar nos termos do artigo 292.º corresponde à dos sujeitos razoáveis (do “homem normativo”) fazem intervir, logo nesta “fase”, uma “intonação objectiva” que pode depois tornar menos nítida a utilidade (e a autonomia) de uma referência ao princípio da boa fé como padrão de correcção – a menos que o ditame da boa fé e o termo da razoabilidade não se sobreponham. Já quem abraça uma compreensão mais tradicional da vontade hipotética, tenderá a ganhar espaço para uma alusão autónoma a esta intervenção correctiva dos ditames da boa fé no problema da redução, como algo de distinto e que não se dilui na solução conforme com a vontade hipotética. *Desse ponto de vista*, e apenas desse, pode revelar-se mais adequado acolher aqui uma intonação mais “subjectiva” (menos “normativa”, se assim podemos dizê-lo), ainda que nos pareça que, nessa actividade de reconstituição da vontade hipotética, o juiz sempre recorrerá complementarmente¹⁹³, a outros

¹⁹² Ver, por exemplo, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *cit.*, pág. 455, referindo que nesse apuramento serão de atender as circunstâncias que dão ao contrato concretamente celebrado a sua individualidade.

¹⁹³ Na doutrina alemã, vezes há que, justamente, procuram temperar a referida dicotomia com apelo a um raciocínio misto. Observam KARL LARENZ/WOLF MANFRED, *Allgemeiner Teil...*, *cit.*, pág. 853: “O critério de medida dessa avaliação é antes demais o das partes. Deve-se perguntar se alguma das partes no momento das negociações deu particular importância ou valor ao elemento inválido, se quis fazer depender a conclusão do negócio desse elemento. Só se uma tal avaliação das preferências das partes não puder ser reconhecida, o juiz deve avaliar os interesses das partes de acordo com critérios objectivos, típicos do tráfico jurídico. Nessas hipóteses, deve-se apurar o que as partes enquanto pessoas razoáveis teriam acordado”. Também HANS THEODOR SOERTEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, *cit.*, pág.1027, consideram que o juiz tem de levar a cabo uma valoração e uma ponderação dos interesses em jogo do ponto de vista das partes, das suas ideias, dos seus objectivos. A partir daí, tendo em vista essa ponderação de tais interesses, tentar perceber qual teria sido a “vontade” das partes no momento da conclusão do negócio,

elementos de carácter mais abstracto como os usos do tráfico, os dados da experiência ou o padrão da razoabilidade.

3.3. Possíveis resultados do apuramento da vontade hipotética

Do processo de apuramento da vontade hipotética das partes – tendo em conta a actividade probatória entretanto desenvolvida pelas partes – pode o juiz extrair diferentes tipos de resultados. Pode desde logo alcançar a convicção de que o negócio teria sido concluído sem a parte viciada e, nesse caso, pronunciar-se-á a favor da manutenção da parte restante. Pode, em alternativa, adquirir a convicção de que as partes ou alguma delas teriam renunciado ao negócio na integralidade, o que conduzirá a que conclua pela invalidade total do negócio¹⁹⁴. Mas, pode ainda concluir

caso tivessem tido conhecimento da “invalidade parcial” do mesmo. Quando não se fixa, no quadro de uma orientação subjectiva, a vontade hipotética, então entra em jogo que decisão as partes, segundo a boa fé e a consideração dos interesses do tráfico, teriam tido. Referindo que em regra o juízo assumirá um pendor objectivo, HERBERT ROTH in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, cit., págs. 44 e 45.

¹⁹⁴ Nesse contexto, poderão assumir relevância elementos de natureza concreta que elucidam acerca da relevância da parte inválida – v.g. o concreto preço convencionado, a qualidade das partes, entre outros – bem como elementos de cariz mais abstracizante como a natureza e o tipo de negócio – v.g. o carácter gratuito ou oneroso, o carácter bilateral, etc..

A esse propósito, são paradigmáticas as *nuances* que a questão do preço pode assumir. Numa hipótese (a decisão do *Tribunale di Napoli* de 16 de Março de 1951), A vende a B, particular, um terreno privado. Entre as obrigações convencionadas, o contrato previa o pagamento de um determinado preço e o dever de construir sobre o terreno um prédio para habitação. Uma vez nula a parte referente a esta última obrigação por absoluta indeterminação, colocou-se a possibilidade de manter válida a venda. O tribunal entendeu manter válida a venda, invocando entre outros aspectos a ideia de que o preço concretamente convencionado correspondia àquele em regra praticado para terrenos do mesmo tipo. Já numa outra hipótese (a decisão do *Tribunale di Palermo* de 22 de Maio de 1965), A vende a B um imóvel com reserva de usufruto a favor da sua mulher. Sendo nula esta última disposição (porque violadora da proibição de doações entre cônjuges), os juízes optaram pela invalidade da totalidade do contrato com base num conjunto de argumentos: o relevo do concreto preço pago por B seria totalmente desadequado em relação ao valor do imóvel se não abrangesse o usufruto; por outro lado, no quadro da operação complexa, a atribuição do usufruto – tendo em conta a idade da mulher, de cinquenta anos – deveria ser considerada economicamente preponderante. Assim sendo, fazendo apelo à relação de recíproca dependência entre a venda e a reserva de usufruto – resultante do próprio conteúdo da convenção – considerou inadmissível que o comprador pudesse adquirir a

que as partes ou algumas das partes, caso tivessem sabido que não poderiam ter celebrado o negócio com um determinado efeito – porque em contradição com a lei –, teriam optado por celebrar o negócio, mas em condições diferentes daquelas asseguradas originariamente. Ou seja, pode apurar-se que as partes ou alguma delas, sabendo que não poderiam contar com um certo efeito *grosso modo*, estariam dispostas a celebrar o negócio, mas tê-lo-iam feito noutros termos, alterando porventura o conteúdo do negócio, alterando ou acrescentando outros efeitos.

Perante um cenário deste último género, pergunta-se: deve o juiz determinar a invalidade total do negócio? Ou estará antes legitimado a determinar a conservação do negócio expurgada a parte inválida e a remodelar os termos do negócio à luz dos interesses das partes¹⁹⁵? Será que a preocupação de salvar o negócio – sobretudo em ordenamentos jurídicos como o português e o italiano que contêm disciplinas favoráveis a essa conservação – tem o alcance de justificar um esforço reconstrutivo deste segundo tipo?

propriedade plena, contra o espírito da própria operação e por um correspectivo que subverteria o equilíbrio económico – ambas as hipóteses colhidas em ENZO ROPPO, “*Nullità parziale...*”, *cit.*, pág. 704. Haja em vista a hipótese (decisão do *Tribunale di Napoli* de 23 de Junho de 1990) da venda de um bem imóvel a dois dentistas, A e B, nulo por violação da proibição de pacto comissório no que respeita a um deles (A). Suscitou-se a questão de saber se o negócio deveria ser totalmente inválido ou se deveria conservar-se válido em relação a B, no que respeita a metade do bem. O tribunal entendeu que não havia razão para estender a invalidade a todo o negócio porquanto B, já antes da venda, vinha exercendo a sua profissão de dentista no referido imóvel (na qualidade de arrendatário), o que atestaria a utilidade do negócio tanto para ele como para o vendedor – ALESSANDRO D’ADDA, *Nullità parziale...*, *cit.*, pág. 86. Ou ainda o caso de um sujeito que vende um imóvel tendo como contrapartida a constituição de uma renda vitalícia em benefício próprio e, após a sua morte, em benefício da mulher. Para estabelecer se a invalidade da cláusula de reversibilidade a favor do cônjuge arrastaria a totalidade do negócio fez-se apelo à ideia de que a natureza do contrato de renda vitalícia supõe uma natural e intrínseca indivisibilidade do complexo de estipulações – nestes termos, a decisão do *Tribunale di Torino* de 16 de Março de 1951, citada por ENZO ROPPO, “*Nullità parziale del contratto...*”, *cit.*, pág. 704, nota 57.

¹⁹⁵ Pretendemos com esta interrogação reportar-nos àquelas situações em que *o desequilíbrio constitui o efeito de uma declaração de nulidade ou de uma anulação*, e já não àquela outra situação, distinta, em que *o desequilíbrio possa ser equacionado, ele próprio, como fundamento ou factor de invalidação* – distinguindo estes dois planos AURELIO GENTILI, “*De jure belli: l’equilibrio del contratto nelle impugnazioni*”, *RDC*, ano L, parte I, 2004, págs. 33 e 34. A questão, como melhor se verá melhor, também se poderá colocar naqueles casos em seja o próprio sistema jurídico que, perante a invalidade de uma cláusula, imponha a manutenção do contrato.

A esta questão tem a doutrina estrangeira e nacional respondido, consistentemente, em termos negativos, excluindo, portanto, a possibilidade de qualquer intervenção judicial adaptadora do negócio segundo a “lógica” das partes.

Primeiramente, salienta-se que a norma em apreço, bem como as correspondentes alemã e italiana, atenta a formulação literal, militam contra uma resposta de sentido positivo. Encerram um modelo de resposta de orientação binária e que apenas dá margem para dois tipos de desfechos: ou conservação do negócio, expurgado elemento viciado, ou invalidade total do negócio¹⁹⁶. Assim sendo, quer o juiz seja levado a concluir que sem o elemento viciado as partes *não teriam celebrado qualquer negócio*, quer conclua que as partes ou alguma delas, se não pudessem contar com a parte ou o elemento viciado, *teriam concluído um negócio mas em condições diferentes daquelas reguladas inicialmente e asseguradas pelo negócio residual*, em qualquer destes casos, repita-se, o juiz deve dar como apurada uma vontade hipotética contrária à redução do negócio, e como tal deverá decidir pela destruição do negócio, pela invalidade total do negócio.

Mas, a justificação para uma tal recusa é ainda e sobretudo alicerçada na ideia de que uma tal correcção adaptadora constitui uma ingerência indevida no espaço reservado à autonomia das partes. Na doutrina germânica, várias são as vozes que fazem apelo a uma ideia de função de garantia do contrato (“Garantiefunktion des Vertrages”) para negar a atribuição de tais competências ao juiz. Assim, SOERGEL¹⁹⁷ observa que a avaliação objectiva do juiz no quadro da vontade hipotética das partes encontra os seus limites, quando ela conduzir a uma conformação da relação jurídica (“Gestaltung des Rechtsverhältnisses”). Para FLUME¹⁹⁸, o §139 não dá ao juiz nenhuma legitimação para conformar judicialmente a relação que poderia substituir ou contrabalançar a parte da regulação nula. Ainda LARENZ¹⁹⁹ assinala que o §139 não autoriza o juiz a proceder a qualquer correcção do contrato por via judicial. Ele, o juiz, apenas tem de decidir se o negócio é ou não válido sem a parte viciada; não pode

¹⁹⁶ Aos olhos de ALESSANDRO D’ADDA, *Nullità parziale...*, cit., págs. 96, a letra do artigo 1419/1 apenas estabelece uma alternativa entre conservação parcial e invalidade total; já dificilmente admite um reequilíbrio do negócio coerente com a vontade hipotética das partes.

¹⁹⁷ HANS THEODOR SOERGEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, cit., pág. 1028.

¹⁹⁸ *Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 582.

¹⁹⁹ *Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 853.

adaptar o restante negócio aos interesses das partes. Uma intervenção correctora colocaria o juiz a “refazer” o contrato pelas partes. Ora, uma coisa é atribuir ao juiz competência para avaliar se o equilíbrio entre as prestações, no programa originariamente querido pelas partes, se mantém perante o negócio residual; outra é permitir-lhe uma reconstrução desse equilíbrio. Ainda que essa reconstrução fosse feita no interesse das partes, ela não deixaria de ser um tipo de interferência na liberdade de escolha das partes que é olhada com forte resistência. Dando conta deste problema, OLIVEIRA ASCENSÃO²⁰⁰ observa: “ De todo o modo, a redução encontra um limite quando há necessidade de alterar cláusulas. (...) De facto, podem-se diminuir quantidades, mas não se pode substituir o conteúdo pactuado, fazendo introduzir preceitos diferentes dos que tiverem sido estabelecidos pelas partes. A redução, como a conversão, estão ainda dentro da autonomia privada. Não permitem a formação de regimes que as partes não tenham estipulado”.

Nem a circunstância de uma possibilidade de “modificação” se encontrar expressamente prevista em soluções legais pontuais de redução – v.g. em matéria de venda de bens alheios²⁰¹ – configurará, pensa-se, um fundamento ou argumento para que essa possibilidade de modificação possa ser alargada e generalizada a todas as hipóteses de redução. Em primeiro lugar, porque o preceito em questão admite apenas a redução – proporcional do correspondente – não a modificação – eventualmente noutras direcções que não a pura redução²⁰² – do negócio jurídico²⁰³. Por outro, uma tal possibilidade de redução apenas vem sendo sustentada para aquelas hipóteses em que a parcelização resulta evidente (automática) segundo as circunstâncias do caso, designadamente, naqueles casos em que existe uma correspondência recíproca e precisa entre um conjunto de prestações e contraprestações ou de contraprestações divisíveis.

²⁰⁰ *Direito Civil...*, cit., pág. 422.

²⁰¹ Cf. o artigo 902.º do Código Civil.

²⁰² Como bem nota AURELIO GENTILI, “De jure belli: l’equilibrio...”, cit., pág. 34, em rigor, o problema do eventual desequilíbrio resultante de uma invalidação – a reclamar uma readaptação do contrato – não tem de se traduzir necessariamente numa redução da contraprestação, podendo, por exemplo, estar em causa o incremento ou o aumento de uma prestação.

²⁰³ Cf. FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos e...*, cit., pág. 144, nota 321.

3.4. Limites de relevância da vontade hipotética

Resulta do exposto que a resposta ao problema da redução do negócio toma como critério de referência o do apuramento da vontade hipotética ou conjectural das partes. É, no entanto, pacificamente dado como assente que, em determinado círculo de hipóteses, a recurso à regra da vontade hipotética das partes se encontra excluído na apreciação do problema da redução, impondo-se a manutenção do negócio sem a parte viciada, sem fazer uso daquele critério. É usual distinguirem-se, no âmbito do problema que agora nos ocupa, *duas categorias de situações*.

Em primeiro lugar, consideram-se as hipóteses em que a mobilização do critério da vontade hipotética-conjectural das partes impõe a necessidade de recurso parâmetros ou elementos correctivos, sob pena de, se assim não for, se fazer um uso distorcido e disfuncional do referido critério. É frequente fazer-se aí apelo ao parâmetro correctivo da boa fé, que prevalecerá sobre a vontade hipotética, embora, como teremos a oportunidade de confirmar, não seja esse o único expediente utilizado pela doutrina e jurisprudência para fundamentar a solução de conservação do negócio jurídico.

Em segundo lugar, estão em causa situações em que a redução do negócio jurídico – leia-se a manutenção do negócio expurgado da parte viciada – se impõe como (única) solução resultante da própria *ratio* da norma jurídica violada. Quer dizer, é da própria norma jurídica por força da qual a regulação jurídica é reputada parcialmente inválida que decorre a solução de manutenção do negócio sem a parte viciada²⁰⁴.

²⁰⁴ Entre nós, coube a CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *cit.*, págs. 636 e 637, a sistematização desses limites à aplicação do critério legal. Assim, em primeiro lugar, a redução devia ter lugar, ainda que a vontade hipotética reportada ao momento da conclusão do negócio fosse diversa, quando, numa apreciação actual, se revelasse conforme à boa fé que o restante conteúdo do negócio se mantivesse. A boa fé surge, portanto como parâmetro correctivo que prevalecerá sobre a vontade hipotética. Em segundo lugar, a quebra do critério legal teria lugar quando a invalidade parcial resultasse da infracção de uma norma destinada a proteger uma parte contra a outra. Estaríamos perante a denominada “redução teleológica”, no sentido de a manutenção do negócio sem a parte viciada ser determinada pela necessidade de alcançar plenamente as finalidades visadas pela norma infringida. Na sistematização elaborada pelo Autor haveria ainda espaço para uma terceira categoria de situações. Assim, nos contratos de adesão, verificada a nulidade de certas cláusulas por violarem proibições legais, não é nulo todo o contrato, entrando o direito supletivo no lugar das cláusulas nulas. Esta

3.4.1. Grupo A

Cabe fazer menção a um conjunto de hipóteses cujo denominador comum reside no facto de se entender que *o contraente que pretende a invalidade total do negócio não deve poder prevalecer-se dessa invalidade total – logrando provar uma vontade hipotética contrária à redução –, porque, a admitir-se tal pretensão, estar-se-ia, fundamentalmente, a contrariar a busca da solução objectivamente justa*. Pese embora este traço comum específico, avultam, depois, diversos enquadramentos ou linhas argumentativas para alicerçar o referido resultado. A sistematização inicial destas hipóteses sintomáticas coube à doutrina alemã, ilustradas através de exemplos retirados da jurisprudência, acabando por ter eco entre nós²⁰⁵ e também junto da doutrina italiana²⁰⁶. Sem pretensão de sermos exaustivos, julgamos pertinente passar em revista dois grupos de casos, os quais poderão vir a revelar-se úteis na segunda parte deste estudo²⁰⁷.

sistematização acabou por ser acolhida *grosso modo* na restante manualística de teoria geral do direito civil.

Já na manualística germânica, os dois tipos de hipóteses são de um modo geral analisados em planos distintos. No caso da intervenção correctora do princípio da boa fé, está em causa ainda a aplicação do §139 do *BGB hoc sensu*. Nas hipóteses em que a conservação do negócio se impõem atendendo à *ratio* da norma violada, situamo-nos fora do âmbito de actuação do §139, tratando-se de casos em que a conservação do negócio nem sequer se coloca à luz do critério previsto no §139 – assim, KARL LARENZ/WOLF MANFRED, *Allgemeiner Teil...*, *cit.*, págs. 854 e 855, separa as hipóteses de “Einschränkung des §139 mit Rücksicht auf Treu und Glauben” das hipóteses de “Verdrängung von §139 durch spezielle Normen”. HANS THEODOR SOERGEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, *cit.*, págs. 1030 e ss., também distinguem as hipóteses de “Einschränkung des §139” das hipóteses de “Ausschaltung des §139”.

²⁰⁵ Assim, por exemplo, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *cit.*, págs. 636 e 637; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, *cit.*, pág. 520. Cumpre registar que a norma que constava do Anteprojecto do Código Civil incluía mesmo um último segmento, no qual se estatuiu que “a redução pode ainda ter lugar, apesar de não ser nesse sentido a vontade conjectural das partes, se a boa fé assim o exigir” (de resto, em termos idênticos ao que fora também projectado a respeito do instituto da conversão), depois eliminado no texto definitivo – cf. RUI DE ALARCÃO, “Invalidade dos negócios jurídicos...”, *cit.*, pág. 253 e ss..

²⁰⁶ ENZO ROPPO, *Nullità parziale...*, *cit.*, pág. 712 e ss..

²⁰⁷ *Vide infra*, parte II, A, capítulo 1, ponto 6.4.

3.4.1.1. Hipóteses de irrelevância da parte inválida

Começemos por considerar os casos que a doutrina alemã agrupou sob o epíteto de hipóteses de “irrelevância da parte inválida”²⁰⁸. Estão em causa hipóteses em que a pretensão de invalidade total é considerada inoperante, porquanto a parte inválida do negócio com base na qual se pretende sustentar a invalidade total do negócio não assumiu qualquer relevância durante a fase de execução do contrato, durante o desenvolvimento da relação. A questão é ilustrada através de dois exemplos que aqui nos limitaremos a reproduzir a pinceladas largas.

No primeiro²⁰⁹, estava em causa um contrato de cessão de exploração de uma padaria, celebrado entre A e B, integrado pelas seguintes cláusulas acessórias: uma através da qual A atribuía a B o direito de preferência na hipótese de trespasse do estabelecimento enquanto durasse a cessão, e outra através da qual B se vinculava a não exercer actividades concorrentes durante um certo período posterior ao termo da cessão. O contrato de cessão de exploração do estabelecimento foi cumprido por ambas as partes e caducou pelo decurso do prazo convencionado, não se tendo verificado os pressupostos do exercício da preferência. Restituída a padaria a A, este recomeçou a explorá-la. Entretanto, B, violando a cláusula de não concorrência, abre um estabelecimento do mesmo género. B é então demandado por A para se abster de exercer a actividade concorrente e responder pelos prejuízos entretanto causados. Por seu turno, B defende-se, alegando a nulidade do pacto de preferência (por vício de forma), pacto esse, sem o qual, não teria celebrado qualquer contrato, e por conseguinte, a nulidade do contrato de cessão de exploração e do pacto de não concorrência.

No segundo caso²¹⁰, C celebrara um contrato com D, proprietária de um fundo, obrigando-se esta a desenvolver um conjunto de operações preparatórias destinadas a permitir a constituição de uma sociedade que teria por objecto a actividade de construção civil. D vinculou-se ao pagamento de $x+x$ no acto de

²⁰⁸ WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 584; HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, cit., pág. 89.

²⁰⁹ Decisão do *Reichgericht* de 12 de Novembro de 1936, citada pelos autores indicados na nota anterior e também comentada por CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pág. 638, nota 879, como o caso da padaria (“Bäckereifall”).

²¹⁰ Cf. WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 585.

constituição da sociedade ou apenas de *x* no caso de se tornar impossível a constituição. O contrato previa ainda uma oferta de venda irrevogável do fundo de D em favor de C. Sendo esta última estipulação nula por vício de forma, C arguiu a nulidade e pretendeu que fosse declarada a nulidade total do contrato assim como a compensação convencionalmente prevista para o caso de a sociedade não chegar a constituir-se.

Em ambos os casos, os tribunais alemães decidiram não declarar a nulidade total dos respectivos negócios. No caso da padaria, argumentando em termos de “Einrede der Arglist” (*exceptio doli*); no segundo, considerando contrário aos ditames da boa fé o comportamento do sujeito que invoca a invalidade total do contrato unicamente para obter vantagens, às quais não teria direito em caso de validade do contrato.

No espectro doutrinal, as linhas argumentativas para chegar a este desfecho apresentam algumas dissonâncias. LARENZ²¹¹ entende que o apelo à invalidade total de acordo com o §139 é inadmissível porque tal conduziria a um resultado contrário ao princípio da boa fé, invocando para o efeito o §242 do *BGB*. Entre nós, também CARLOS MOTA PINTO²¹² defende nestes casos que a solução de manutenção do negócio se impõe como solução conforme à boa fé, ainda que, para o efeito, o Autor admita que o apoio normativo possa ser encontrado nos artigos 239.º, 762.º e 334.º do Código Civil. Já SORGEL²¹³ considera desnecessário o recurso ao §242 ou mesmo a mobilização do argumento da *exceptio doli*. Segundo o Autor (referindo-se concretamente ao caso “Bäckereifall”), tendo em conta o modo como as partes executaram o contrato – e a circunstância de o direito de preferência não ter sido exercido durante a vigência do contrato – deve-se poder concluir que as mesmas – se

²¹¹ *Allgemeiner Teil...*, cit., págs. 855 e 856.

²¹² CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pág. 638, nota 879.

²¹³ *Bürgerliches Gesetzbuch...*, cit., pág. 1031. No essencial, o pensamento do Autor resume-se a uma ideia de aplicação do §139 compatível com a sua teleologia. Através do recurso ao critério da vontade hipotética pretende-se evitar que seja “imposta” às partes, contra a sua vontade (contra os seus interesses), apenas uma parte incompleta do negócio em lugar do negócio originariamente pretendido. Quando, porém, uma das partes faz uso da norma sobre invalidade parcial e do critério da vontade hipotética para sustentar a invalidade total do negócio apenas como pretexto para se desonerar das obrigações contratuais assumidas perante a outra parte, há uma utilização distorcida da norma legal, incompatível com a sua *ratio*. A mobilização do critério deve, pois, adequar-se à, conformar-se com a *ratio* do preceito.

no momento da celebração do negócio tivessem sabido que o direito de preferência não seria exercido – teriam, ainda assim, enquanto pessoas razoáveis, optado por celebrar o contrato sem o pacto de preferência²¹⁴.

3.4.1.2. Hipóteses de cláusula inválida estipulada exclusivamente no interesse de uma das partes

Encontramos igualmente na literatura alemã uma referência aos casos em que a cláusula reputada inválida foi estipulada exclusivamente no interesse de uma das partes²¹⁵. Pergunta-se se nesses casos também a parte contrária pode fazer apelo à invalidade total do contrato nos termos do §139. De novo, são invocados algumas situações apreciadas pelo *Reichsgericht*.

Num contrato de compra e venda foi convencionado que o comprador asseguraria o pagamento do preço ao vendedor mediante a cessão, com escopo de garantia, de uma quota hereditária. Sendo a cessão inválida por vício de forma (§2033 do *BGB*), o comprador veio arguir a invalidade total do contrato, *ex* §139, sustentando que se por ocasião da celebração do negócio tivesse sabido que a cessão com escopo de garantia não produziria efeitos, não teria celebrado o contrato de compra e venda²¹⁶.

Num outro caso, que ficou célebre como o “Schweinemästereifall”²¹⁷, A dera de arrendamento a B uma pocilga, sendo nessa ocasião atribuído a B um direito de

²¹⁴ Na óptica de HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, *cit.*, pág. 91, o que se torna essencial é saber se aquele pacto foi relevante em termos fácticos para que o ex-cessionário alcançasse os seus objectivos com o anterior negócio. Durante a vigência do contrato de cessão de exploração, o (ex-)cessionário angariou e formou uma determinada clientela, clientela que o terá acompanhado no termo daquele vínculo, quando abriu um novo estabelecimento do mesmo género em concorrência com o do ex-cedente. Ora, a referida clientela, argumenta o Autor, o ex-cessionário alcançou independentemente de o pacto de preferência ser ou não inválido. Decisivo foi o modo como se desenvolveu a relação.

²¹⁵ WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil...*, *cit.*, pág. 586; HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtigkeit...*, *cit.*, pág. 84.

²¹⁶ Decisão do *Reichsgericht* descrita por WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil...*, *cit.*, pág. 586, e ENZO ROPPO, *Nullità parziale...*, *cit.*, pág. 713, nota 86.

²¹⁷ Decisão do *Reichsgericht* de 18 de Dezembro de 1917, mencionada por WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil...*, *cit.*, pág. 586.

preferência na compra da mesma. O pacto de preferência era, no entanto, nulo por vício de forma. Entretanto, A intentou uma acção com vista a ser ressarcido pelos vícios do bem tomado de arrendamento, e B defende-se, sustentando não haver lugar a qualquer género de ressarcimento, porquanto o contrato de arrendamento deveria ser declarado totalmente inválido *ex* §139, dado que nunca o teria celebrado sem a inclusão do pacto de preferência.

No primeiro cenário, o *Reichsgericht* não acompanhou a linha argumentativa esgrimida pelo comprador e, fazendo valer contra este a *exceptio doli*, determinou que, sendo o vendedor o único interessado na e beneficiado com a existência da garantia, o comprador não poderia pretender uma invalidade total do negócio apenas para se eximir do cumprimento das suas obrigações contratuais.

Na segunda hipótese, o tribunal optou por determinar a invalidade total do contrato, considerando que, de acordo com o critério fixado no §139, seria de supor que as partes, colocadas no momento da conclusão do contrato, teriam preferido não contratar se soubessem que o negócio seria celebrado sem a parte viciada (sem o pacto de preferência). Esta argumentação foi, contudo, amplamente criticada na doutrina.

Segundo alguns autores, como FLUME²¹⁸, impõe-se uma compreensão da norma sobre a redução não segundo o seu sentido literal, mas fazendo apelo à sua *ratio*. Através recurso ao critério da vontade hipotética pretende-se evitar que um negócio incompleto, mutilado, seja imposto às partes (ou a uma delas) contra os seus interesses em lugar do negócio originariamente pretendido. Quando uma determinada estipulação foi apenas convencionada no interesse ou em benefício de uma das partes, então não se pode dizer que, em caso de conservação do negócio restante (sem essa estipulação, portanto), se esteja a impor à parte contrária algo que ela nunca teria querido celebrar. Aliás, do apuramento da vontade hipotética resultaria que a sua vontade hipotética (normal) seria precisamente no sentido da celebração do negócio sem a tal cláusula. Sendo assim, quando alguém invoca a invalidade de uma cláusula do negócio, cláusula essa que apenas serve os interesses da parte contrária, estará a fazer uso da norma sobre invalidade parcial e do critério da vontade hipotética para sustentar a invalidade total do negócio apenas como pretexto para se desonerar das obrigações contratuais perante a outra parte. Segundo o Autor deve haver lugar

²¹⁸ *Allgemeiner Teil...*, *cit.*, págs. 587 e 588.

nestes casos a uma limitação (“Einschränkung”) do §139, fundada na própria intencionalidade do preceito²¹⁹. No mesmo sentido, SOERGEL²²⁰ considera que nestes casos se justifica um afastamento do cenário de invalidez total, afastamento que pode muito bem resultar da própria determinação da vontade hipotética, de acordo com a qual se procura determinar como as partes, *enquanto pessoas razoáveis*, teriam decidido. Já LARENZ²²¹, por sua vez, coloca a tônica no comportamento abusivo e contrário aos ditames da boa fé (§242) da parte que pretende fazer prevalecer a invalidez total do negócio.

²¹⁹ O Autor vai mais longe na sua análise e propõe ainda um aperfeiçoamento da solução, *de lege ferenda*, a dois níveis (*Allgemeiner Teil...*, *cit.*, pág. 588). Por um lado, propende a considerar que só o contraente no interesse do qual a cláusula inválida foi estabelecida poderá ter verdadeiro “interesse” e legitimidade em invocar a invalidez total do contrato. Por outro lado, sublinha-se, essa possibilidade de pretender a invalidez total do negócio não deve ser equacionada em termos ilimitados, porquanto isso colocaria a outra parte num estado de incerteza e de pressão intoleráveis. Nesse contexto, o Autor propõe que seja reconhecido ao contraente no interesse do qual a cláusula/parte inválida foi estabelecida um direito de opção entre a invalidez total e a redução, tendo a parte contrária o direito de o forçar a uma rápida declaração e opção. Caso aquele contraente não exerça o seu direito dentro de um determinado prazo, então o negócio deverá ser considerado totalmente inválido de acordo com o §139. Também resulta do entendimento de HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, *cit.*, pág. 89, o reconhecimento de um direito de opção à parte no interesse da qual a cláusula inválida foi estabelecida. O Autor considera que se devem retirar, no entanto, ilações diferentes a não emissão de uma declaração. Decorrido o prazo fixado para o exercício do direito sem emissão de uma declaração, o negócio deve ser considerado válido (parcialmente) nos termos do §139. Supõe o Autor, se bem compreendemos, que o não exercício do direito de opção é revelador de uma vontade hipotética (normal) no sentido da celebração do negócio sem a tal cláusula ou que, pelo menos, fazer valer uma pretensão inversa seria contrária ao princípio da boa fé.

²²⁰ *Allgemeiner Teil...*, *cit.*, pág. 1032.

²²¹ KARL LARENZ/WOLF MANFRED, *Allgemeiner Teil...*, *cit.*, págs. 855 e 886. Considerando também que o instrumento mais apropriado deva ser o dos limites impostos pelo princípio da boa fé, ENZO ROPPO, *Nullità parziale...*, *cit.*, pág. 712. Já autores como ALESSANDRO D’ADDA, *Nullità parziale...*, *cit.*, págs. 84 e 85, por exemplo, entendem que não chega a ser necessário o recurso à regra da boa fé ou à *exceptio doli* para paralisar tal tipo de comportamentos, podendo a solução de conservação do contrato ser obtida, simplesmente por via interpretativa, através da reconstrução da vontade hipotética das partes. Na opinião do Autor, a gestão “objectiva” do juízo de invalidez parcial, alicerçada no critério da “perdurante utilità”, permitirá ao intérprete concluir nestes casos, sem dificuldade, que a invalidez da cláusula não compromete a utilidade do negócio em relação ao contraente que pretende a invalidez total, e como tal, decidir pela irrelevância da parte inválida.

3.4.1.3. Algumas observações

I – Deste corte transversal pelas diferentes posições jurisprudenciais e doutrinárias assumidas, podemos concluir que, pese embora as diversas linhas argumentativas, subjaz a todas a preocupação de recuperar a solução objectivamente justa atendendo à ponderação dos interesses em presença. Cabe, contudo, tecer, algumas observações sobre os percursos traçados para alcançar esse resultado.

Em termos simplificados, as diferenças entre os vários posicionamentos acabam, pois, por se deixar reconduzir a um aspecto central: enquanto uns consideram que a solução de conservação é aquela que *ainda* resulta da aplicação do critério da vontade hipotética das partes; outros fazem apelo ao paradigma regulador da boa fé como factor de correcção. E a separação entre estas duas abordagens tem subjacente, por sua vez, as diferentes compreensões do que seja exactamente a “vontade hipotética” para efeitos do artigo 292.º. É que, como vimos *supra*, aqueles que consideram que a vontade hipotética a determinar nos termos do artigo 292.º corresponde à dos sujeitos razoáveis fazem intervir, logo nesta “fase”, uma “intonação objectiva” que torna menos nítida a utilidade de uma referência ao princípio da boa fé. Já quem abraça uma compreensão mais tradicional da vontade hipotética, tenderá a fazer uma alusão autónoma a esta intervenção correctiva dos ditames da boa fé no problema da redução, como algo de distinto e que não se confunde com a solução conforme com a vontade hipotética. Pela nossa parte, consideramos que pode revelar-se mais adequada esta última compreensão que estrutura a boa fé como polo contraposto à própria vontade hipotética. Desde logo, porque de outro modo acabará por se fazer uso de uma concepção de vontade hipotética que dificilmente encontrará apoio na letra da lei²²². Por outro, se atendermos à forte afinidade existente entre o artigo 292.º e o artigo 239.º, deste último parece poder retirar-se um argumento no sentido de uma certa separação entre os dois critérios²²³.

²²² É que, bem vistas as coisas, em alguns casos analisados, a solução de conservação nem sequer corresponderá ao que as partes teriam querido ou mesmo deveriam ter querido, mas *ao que as partes devem querer numa apreciação actual...*

²²³ Como bem assevera FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos e, cit.*, pág. 121, nota 264, acerca da integração negocial, em termos que se afiguram perfeitamente transponíveis para o contexto em questão: “não vemos como possa a vontade hipotética, referida no artigo 239.º, deixar de ser subjectiva: de resto, se a boa fé prevalece sobre a vontade hipotética, então esta só pode

Transpondo estas considerações diríamos que no primeiro grupo de casos, a peculiaridade parece estar na circunstância de a solução de conservação do negócio resultar de *uma ponderação objectiva da incidência de factores posteriores ao momento da originária conformação de interesses*. A tónica é colocada na irrelevância que o pacto de preferência assumiu durante toda a execução do contrato. A questão que se pode colocar é a de saber se na determinação da vontade hipotética das partes, para a avaliação dos interesses das partes prosseguidos através do negócio originário, podem ser tidas em consideração circunstâncias ou aspectos posteriores ao momento da celebração do negócio. Se se entender que sim, então chegar-se-á, com base no critério previsto no artigo 292.º – da vontade hipotética das partes –, à conclusão de que o contrato teria sido concluído mesmo sem a parte viciada. Se se entender que não, como efectivamente nos parece, então a solução de conservação, em termos rigorosos, não assentará na vontade hipotética das partes. A solução de conservação resultará de *uma apreciação actual dos interesses das partes em presença, de acordo com um padrão de actuação correcto e honesto*. Entra, pois, em jogo o paradigma regulador da boa fé; está em causa uma apreciação actual, conforme com a boa fé, que assume prevalência sobre a vontade hipotética.

Passemos ao segundo grupo. Pela nossa parte, já se afigura viável fundamentar a solução proposta com base na aplicação do critério previsto no artigo 292.º – o da vontade hipotética das partes. Perante um determinado litígio, é a parte que pretende a invalidade total do negócio que tem interesse em demonstrar que não teria celebrado o negócio sem a parte viciada. É o apuramento da *sua vontade* hipotética que se afigura relevante para poder fazer valer a sua pretensão. Ora, nestes casos, a sua vontade hipotética (normal) teria sido, muito provavelmente, precisamente *no sentido da celebração do negócio sem a tal cláusula* (a da outra parte é que poderia supor-se contrária à conservação do negócio). É claro que, neste contexto, a referência à boa fé pode fazer algum sentido para dar ênfase aos efeitos que a invalidade parcial provoca nas posições subjectivas das partes, moldando a forma (ou os limites) do seu correcto exercício. A solução que resulta de uma ponderação da vontade hipotética das partes pode ser apresentada em veste de cominação de um modo de agir, de imposição de certas exigências de conduta. A lisura negocial que o princípio da boa fé impõe

ser *coisa diferente* da boa fé, pelo que, longe de justificar o acolhimento de uma tese objectiva, o art. 239.º aponta, isso sim, para uma concepção... “*subjectiva*” ” (itálicos do Autor).

traduz-se, neste contexto, no dever de a parte não afectada pela invalidade parcial não se prevalecer *oportuniticamente* de uma norma jurídica para, a partir dela, obter vantagens injustas – no caso, desvincular-se dos compromissos contratuais assumidos.

Uma última observação. Convém notar que a utilização e aplicação da *exceptio doli* acaba por constituir uma linha argumentativa que não se distingue, significativamente, do recurso ao princípio da boa fé. Na verdade, a *exceptio* – enquanto faculdade potestativa de paralisar o exercício do direito de outrem – foi merecendo ao longo dos tempos um uso decrescente por parte da jurisprudência e um certo desinteresse doutrinário, sendo hoje considerada por boa parte da doutrina germânica como uma técnica derivada da boa fé²²⁴, que encontra a sua base legal no §242 do *BGB*²²⁵. Ainda que se lhe reconheça alguma utilidade descritiva sobretudo pelo prisma analítico de decomposição de situações jurídicas complexas – capaz de obedecer a alguns pontos ou princípios comuns²²⁶ – não se destaca de uma ideia de actuação contrária à boa fé²²⁷.

²²⁴ Embora, naturalmente represente apenas um dos efeitos da boa fé, portanto, limitado. Efectivamente, a *exceptio* desempenha sobretudo uma função negativa – não funda direitos do beneficiário a acções de outras pessoas –, tem, portanto, um papel defensivo – apenas perante o exercício de pretensão. Ora, como é sabido, o dever de comportamento segundo a boa fé admite, em certos grupos de casos, a criação e modificação de pretensões, assume uma função activa e postula um papel ofensivo, permitindo à pessoa lesada exigir seja a supressão do abuso seja uma indemnização.

²²⁵ Sobre as dificuldades acrescidas, no nosso sistema, *vide*, por todos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, *cit.*, pág. 729.

²²⁶ Ela opera sempre que do recurso a interpretações tendenciosas da lei, sempre que da utilização de particularidades formais das declarações de vontade ou do aproveitamento de incompleições das regras jurídicas se pretenda obter vantagens não conferidas pela ordem jurídica e desde que tais práticas sejam consideradas contrárias à boa fé.

²²⁷ Segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, *cit.*, pág. 733, os tribunais que recorreram com frequência à *exceptio doli generalis* não procuraram deduzir dela as soluções propugnadas: encontraram essas soluções através da valoração dos problemas, à luz das referências gerais codificadas – com primado para a boa fé e para a cláusula geral dos bons costumes – e, posteriormente, aludem, como factor corroborativo, à *exceptio doli generalis*.

3.4.2. Grupo B: as normas de protecção

I – Cumpre, por fim, abordar uma outra categoria de situações em relação à qual a doutrina vem sustentando uma solução de redução coactiva ou necessária e cujo critério discriminativo e fundamentador se encontra relacionado com a intencionalidade das normas imperativas violadas, *maxime*, com o carácter de protecção das mesmas. A teorização em torno das finalidades visadas pelas normas imperativas violadas, mais concretamente, em torno das normas de protecção (“Schutzzwecknormen”) como razão para o afastamento da relevância do critério da vontade hipotética deve-se, sobretudo, à análise da doutrina alemã²²⁸, sendo também amiúde mobilizada no discurso doutrinal português.

II – Para o efeito, a maioria da doutrina alemã começa por propugnar a natureza subsidiária do princípio geral enunciado no §139 do *BGB*. O §139 tem, sustentam, um valor subsidiário²²⁹. Primeiramente é necessário saber se a específica norma jurídica com base na qual a regulação jurídica é parcialmente inválida, *de forma expressa* ou *de acordo com o seu sentido*, determina apenas a invalidade da parte viciada. A solução de conservação do negócio – independentemente da orientação da vontade hipotética das partes – justifica-se por ser aquela que permite

²²⁸Vozes houve na doutrina alemã que terão mobilizado o tópico da “Politik des Gesetzes” com outro alcance. Foi o caso de ERNST STEINDORFF (*apud* PETER ULMER, “Offene Fragen zu...”, *cit.*, págs. 807 e ss.), autor que chegou a sugerir que resultaria do próprio §139 do *BGB* que fossem tidos como relevantes no apuramento da vontade hipotética das partes não apenas os interesses das partes, mas também interesses públicos ou imperativos de ordem pública, em especial, o objectivo da “Generalprävention”. Estamos, todavia, perante abordagens distintas. Por um lado, porque no caso da abordagem baseada nas normas de protecção, estas últimas operam como fundamento para o afastamento do funcionamento do §139 e não como critérios orientadores da aplicação do preceito. Por outro lado, o pensamento de STEINDORFF tem em vista favorecer o resultado da invalidade total, enquanto no caso da violação das normas de protecção estaria em causa sobretudo o resultado oposto, o da manutenção do negócio.

²²⁹ WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil...*, *cit.*, pág. 576 e HERBERT ROTH *in* JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, *cit.*, pág. 8, aludem à “Subsidiarität des §139”; e HANS THEODOR SOERGEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, *cit.*, pág. 1033, reportam-se às “vorrangige Regelungen”.

alcançar plenamente as finalidades visadas pela norma imperativa infringida²³⁰. Por vezes, a exclusão da aplicação da regra do §139 é feita directamente pela norma imperativa violada. Noutros casos, impor-se-á uma operação metodológica de restrição do âmbito de aplicação do §139 (“redução teleológica”)²³¹ – que, de acordo com o seu sentido literal, abrange, à partida, todos os negócios que padeçam de uma invalidade parcial e independentemente do fundamento da invalidade parcial em causa – para com isso alcançar o escopo da norma imperativa violada²³². Na

²³⁰ Nestes termos, SOERGEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, cit., pág. 1033; HEINZ GEORG BAMBERGER/HERBERT ROTH, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, cit., pág. 546; REINHARD BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen...*, cit., pág. 482; HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, cit., págs. 95 e ss..

²³¹ KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução e José Lamego, 4.^a edição, Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 2005, pág. 560.

²³² A par deste percurso metodológico, algumas vezes na doutrina e jurisprudência chegaram mesmo a considerar que esta operação de limitação dos efeitos da invalidade poderia encontrar o seu suporte legal na segunda parte do §134 do *BGB*, o qual dispõe (em termos análogos ao homólogo artigo 294.º do Código Civil) que “Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt”. Em tom dubitativo, OTTO SANDROCK, “Subjektive und objektive Gestaltungskräfte...”, cit., pág. 514. Crítico em relação a este entendimento manifestou-se abertamente DIETMAR SCHOLZ, *Die Anwendung des §139 BGB...*, cit., pág. 31, por considerar que uma tal orientação descaracterizaria flagrantemente o âmbito funcional do §134, apenas destinado a disciplinar as consequências da violação de preceitos imperativos, mas já não a questão da extensão dessas consequências.

Na experiência jurídica italiana, uma leitura do artigo 1418/1 do *Codice Civile* desse tipo começou por ser aventada no passado por EUGENIO SARACINI, *Nullità e sostituzione...*, cit., pág. 43. De acordo com a abordagem do Autor, e contrariamente ao entendimento dominante, o artigo 1419 não contemplaria todas as hipóteses de invalidade parcial do contrato, mas apenas aquelas respeitantes a cláusulas secundárias. Nas hipóteses em que estivesse em causa uma cláusula principal, entraria em jogo o artigo 1418/1. Por regra, de acordo com o referido preceito, as cláusulas principais em contraste com normas imperativas dariam lugar à nulidade total do contrato. Contudo, por vezes, a lei limitaria a invalidade à parte directamente afectada – que de outro modo arrastaria a invalidade total do contrato – estabelecendo, concomitantemente, a necessária substituição da cláusula inválida pelo preceito legal violado. Ora, segundo o Autor, todas as hipóteses em que a lei previsse a substituição de cláusulas principais em contraste com normas imperativas deveriam ser reconduzidas à ressalva da parte final do artigo 1418/1 (o qual dispõe “il contratto é nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente”). Esta leitura do artigo 1418/1 acabou por ser recuperada décadas depois por GIORGIO DE NOVA, “Il contratto contrario a norme imperative”, *Riv. crit. dir. priv.*, ano III, n.ºs 3-4,

identificação de um denominador comum do tipo de situações em que tal desfecho, o da conservação do negócio, se imporia sem apelo à vontade hipotética das partes, a doutrina faz então apelo ao carácter de protecção da norma violada²³³. O carácter de

1985, pág. 452, para quem a parte final do artigo 1418/1 legitimaria o intérprete a limitar a nulidade e a impor a substituição automática.

²³³ KARL LARENZ/WOLF MANFRED, *Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 854, observa: “Quando a norma imperativa violada tem por escopo a protecção de uma das partes contra a situação de *exploração, engano ou incerteza* da outra, entende-se que a solução de invalidade total do negócio contraria a finalidade de protecção da norma, visto que, numa situação desse tipo, a parte contratual que deveria ser protegida perderia todas as vantagens procedentes do negócio”. Reportando-se também à categoria das normas de protecção, HANS THEODOR SOERGEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, cit., pág. 1033; HERBERT ROTH in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, cit., pág. 8. Um tratamento sistemático sensivelmente diferente encontramos na exposição de OTTO SANDROCK, “Subjektive und objektive Gestaltungskräfte...”, cit., pág. 491 e ss.. Na sistematização operada pelo Autor, a derrogação da regra geral do §139 do *BGB* ocorre perante a verificação de uma de três circunstâncias: a) a existência de normas de nulidade (“Nichtigkeitsnormen”) de dois tipos – normas de nulidade determinadas (“bestimmende Nichtigkeitsnormen”) e normas de substituição (“Substitutionsnormen”); b) a constatação de que o poder negocial de uma das partes dita unilateralmente os termos contratuais no lugar do exercício bilateral da liberdade contratual; c) a necessidade de protecção da confiança de terceiros e o carácter fáctico de uma relação jurídica. Centrando-se na categoria das normas de nulidade (“Nichtigkeitsnormen”), OTTO SANDROCK esclarece que as “normas de nulidade” podem revestir duas modalidades. Por um lado, podem surgir como “normas de nulidade determinada” (“bestimmende Nichtigkeitsnormen”) e aqui a sua função limita-se a destruir a parte nula e a determinar que o resto deve permanecer. Ou podem surgir como “normas de substituição” (“Substitutionsnormen”), sendo que nesse caso a regra contratual não é apenas retirada e o resto mantido, mas é substituída através de outra regra legal; a sua eficácia não é meramente extintiva, mas também de preenchimento. Reconhece, contudo, que as diferenças entre estas duas modalidades apenas têm significado técnico. Em caso de “norma de nulidade determinada”, os preceitos legais gerais ou os princípios gerais entram nas lacunas que são provocadas pela nulidade parcial. As “normas de substituição” contêm elas próprias as novas regras que substituem o acordo parcialmente nulo. Esta diferença não deveria fazer perder de vista o aspecto geral que liga as duas espécies de normas, lembra o Autor: a conservação coactiva do restante contrato. Quando a invalidade parcial decorre da violação de uma proibição legal (§134 do *BGB*), continua o Autor, então é necessário verificar se a norma violada em questão é uma “norma de nulidade determinada”/“norma de substituição” ou não. Para saber, em cada caso, se estamos ou não perante uma “norma de nulidade determinada”/“norma de substituição”, importa verificar se a norma em questão “contém em si uma decisão sobre a manutenção do resto do negócio”. Para o Autor essa decisão, que pode ser explícita ou implícita, tem-se por verificada se se puder concluir que o resultado da nulidade total põe em causa a protecção pretendida pelo preceito violado. Todavia, o Autor chama a

protecção pode, por sua vez, estar associado a uma norma proibição legal (§134) como também à cláusula geral dos bons costumes (§138).

III – Esta justificação para a não aplicação do critério da vontade hipotética na decisão acerca da redução encontra também respaldo na doutrina civilista portuguesa²³⁴. Várias são as vozes que vêem no carácter de protecção da norma

atenção para um aspecto. Não é pelo facto de uma norma jurídica ser uma norma que visa a protecção dos interesses de uma das partes que ela deve automaticamente ser qualificada como “norma de nulidade determinada” ou “norma de substituição”. É necessária uma análise casuística da norma em questão e uma verificação do assento de interesses em que a mesma se funda. O Autor dá como exemplo a consequência que advém da violação §1822 V do *BGB*. Este preceito, como tivemos oportunidade de analisar *supra*, estatui que o tutor/representante de um menor não pode, sem autorização do tribunal, celebrar um contrato de locação, em determinadas condições, se a locação tiver sido fixada por um prazo que ultrapassa em mais de um ano a data em que o menor atingir a maioridade. Trata-se de uma disposição legal que visa proteger os interesses de uma das partes, do menor, relativamente aos seus bens. Se, por hipótese, é celebrado pelo representante um contrato de locação naqueles termos sem a devida autorização do tribunal, o referido acto é ferido de invalidade na medida em que excede a duração permitida. Todavia, a questão de saber se o contrato é ou não mantido na parte restante – isto é, se pode ser mantido como válido na parte em que não excede a duração permitida sem necessidade de autorização do tribunal – não é decidida pelo próprio §1822 V do *BGB* (como sucederia se estivéssemos perante uma “norma de nulidade determinada” ou “norma de substituição”); trata-se, antes, de uma questão a apreciar com base no §139 do *BGB*, segundo a vontade hipotética das partes.

²³⁴ Mesmo na experiência jurídica italiana, não estamos perante uma linha fundamentadora de soluções conservadoras autoritárias totalmente ignorada pela doutrina ou pela jurisprudência, como atestam as observações de autores como GIOVANNI PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Giuffrè, Milão, 1995, págs. 173 e ss.; ALESSANDRO D’ADDA, *Nullità parziale...*, *cit.*, págs. 161 e ss.; ou GIORGIO DE NOVA, “Il contratto contrario...”, *cit.*, pág. 451. Trata-se de um tipo de análise inaugurada com a disciplina da nulidade em matéria bancária e creditícia e que ganhou particular visibilidade a partir do momento em que o ordenamento jurídico italiano se viu confrontado com a necessidade de transposição de directivas comunitárias enformadas por uma necessidade de tutela de um dos contraentes e de adoptar instrumentos adequados à realização dos objectivos da União Europeia (cf. CRISTINA CATAUDELLA, *Contratto di Lavoro e Nullità...*, *cit.*, pág. 71 e ss.). A particularidade, neste ordenamento, está no facto de esta justificação para a intervenção do sistema estar sobretudo associada a hipóteses em que a conservação autoritária (sem recurso à vontade hipotética das partes, portanto) do regulamento contratual se dá através da mera eliminação da cláusula ou de elemento directamente atingido pelo fundamento de invalidade, logo sem necessidade de um mecanismo substitutivo-integrativo – assim, FABRIZIO DE MARZIO, “Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Apunti sulla legislazione,

violada um limite ao funcionamento do critério da vontade hipotética. Assim, CARLOS ALBERTO MOTA PINTO²³⁵ refere que “Quando a invalidade parcial resultar da infração de uma norma destinada a proteger uma parte contra a outra, haverá redução, mesmo que haja vontade, hipotética ou real, em contrário. Trata-se de uma redução teleológica, no sentido de ser determinada pela necessidade de alcançar plenamente as finalidades visadas pela norma imperativa infringida (pois tal finalidade frustra-se-ia com a procedência da alegação de que nunca se teria celebrado o negócio sem que essa norma, destinada a proteger a outra parte, tivesse sido

sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell’ultimo decennio.”, *Gciv*, vol. L, n.º 10, 2000, págs. 474 e 475. As locuções “nullità parziale necessaria” ou “nullità parziale speciale” são as fórmulas que se tornaram mais frequentes no léxico doutrinal italiano para designar este género de solução (cf. VINCENZO ROPPO, *Trattato del Contratto*, *cit.*, pág. 127).

Mutatis mutandis, nos sistemas espanhol e francês. No primeiro, a par das hipóteses em que a nulidade parcial resulta do apuramento da vontade das partes, a doutrina e a jurisprudência também reconhecem um grupo de casos em que a nulidade parcial se impõe, sem atender ao conteúdo dessa vontade, para evitar a fraude à lei e a desprotecção do contraente débil – nestes termos, ANA MARIA LOPEZ FRIAS, “Clases de nulidade parcial del contrato en Derecho español”, *ADC*, ano MCMXC, t. XLII, fascículo III, 1990, págs. 857 e ss.. No segundo, o entendimento de que há casos que não obedecem ao critério subjectivo é amplamente aceite, embora o tratamento da questão sempre esbarrou com o facto de não existir uma total homogeneidade entre as hipóteses de invalidade parcial obrigatória (sobre as dificuldades, *vide* PHILIPPE SIMLER, *La Nullité Partielle...*, *cit.*, págs. 397 e ss.). Essa falta de homogeneidade foi contornada fazendo apelo a um critério de alcance geral – o critério teleológico –, nos termos do qual sempre que a realização das finalidades pretendidas pelo legislador o imponha – o que sucede maioritariamente em matéria de ordem pública de protecção – deve a conservação do negócio obter-se obrigatoriamente. Tal cenário é identificado pela maioria da doutrina (ver, por todos, FRANÇOIS TERRÉ/ PHILIPPE SIMLER/YVES LEQUETTE, *Droit civil...*, *cit.*, págs. 433 e 434). Veja-se, no entanto, a proposta de CATHERINE GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, Restitutions et Responsabilité*, LGDJ, Paris, 1992, págs. 292 e ss., Autora que defende uma solução de manutenção forçada não propriamente quando as finalidades de ordem pública assim o justifiquem, mas, mais amplamente, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma imperativa.

Ainda no caso do direito inglês, as hipóteses de “statutory severance” têm como denominador comum o facto a nulidade das cláusulas resultar da violação de normas destinadas a proteger interesses públicos especiais do mercado, a igualdade de tratamento entre as pessoas ou ainda interesses económicos de certas categorias de sujeitos como os consumidores, as mulheres, que de outro modo ficariam privados do valor do contrato – cf. EDWIN PEEL, *The Law of Contract*, *cit.*, pág. 563.

²³⁵ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *cit.*, pág. 636.

violada)”²³⁶.

Por vezes, essa solução seria ditada pelo próprio legislador, como sucede no caso do artigo 1146.º do Código Civil, respeitante às estipulações que violam os limites máximos previstos para as taxas de juro no contrato de mútuo. Determina aquele preceito que o contrato em que tenham sido estipulados juros superiores aos máximos permitidos na lei é tido como usurário, assim como é havida como usurária a cláusula penal que fixar como indemnização devida pela falta de restituição de empréstimo relativamente ao tempo de mora um valor acima dos limites estabelecidos no artigo 1146.º do Código Civil. Se a taxa de juros estipulada ou o montante da indemnização exceder o máximo fixado nos números 1 e 2 do artigo 1146.º, diz o n.º 3 daquele artigo “considera-se reduzida a esses máximos, ainda que outra seja a vontade dos contraentes”²³⁷.

Noutros casos, tratar-se-á de uma solução que, não estando expressamente prevista, impor-se-á por via interpretativa. Uma manifestação deste tipo de pensamento tem sido invocada a propósito das consequências jurídicas da invalidade de cláusulas de irresponsabilidade irrestrita, isto é, destinadas a excluir a responsabilidade do devedor mesmo nos casos de dolo ou culpa grave. É sabido que

²³⁶ Cf. também LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, *cit.*, pág. 526; FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos e...*, *cit.*, pág. 122 e pág. 366, nota 841; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas...*, *cit.*, pág. 444. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, *cit.*, pág. 461, considera que os negócios podem ser reduzidos mesmo contra a vontade hipotética das partes, se a redução for imposta pela finalidade da norma injuntiva que funda a invalidade parcial ou por um princípio jurídico com força suficiente para se sobrepor ao da autonomia privada, dando o exemplo do *princípio da protecção da parte mais fraca*. De resto, esta era já esta a posição de MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, *cit.*, pág. 430, e que também constava dos estudos preparatórios de RUI DE ALARCÃO, “Invalidade dos negócios jurídicos...”, *cit.*, pág. 257, nota 145, para o Código Civil.

²³⁷ Assim, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *cit.*, pág. 637. Autores como ANTÓNIO PIRES DE LIMA/JOÃO ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pág. 770, sublinham que o conceito de usura do artigo 1146.º não corresponde ao conceito de negócio usurário do artigo 282.º do Código, porquanto não se exige que alguém se tenha aproveitado conscientemente da situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, para obter para si ou para terceiro benefícios excessivos ou injustificados. Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Conversão...*, *cit.*, pág. 543 (e também em *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, *cit.*, pág. 520), autor que dá à referida norma um diferente enquadramento dogmático.

por configurarem uma renúncia antecipada do credor à indemnização, tais cláusulas violam o artigo 809.º do Código Civil. Pois bem. Supondo que uma cláusula daquele teor é inserida num contrato, tem a doutrina colocado a questão de saber se por força da invalidade da referida cláusula será nulo o contrato na totalidade *ou* se deverá ser tratado como válido mas amputado dos efeitos que se têm por excessivos. De acordo com o critério previsto no artigo 292.º do Código Civil, a resposta a esta questão passaria por apreciar o sentido da vontade hipotética das partes. Ora, justamente tem sido sustentado que esta será uma das hipóteses em que a conservação (leia-se a redução) do contrato deve ter lugar, mesmo que a vontade hipotética das partes, *maxime* do devedor, fosse no sentido da invalidade total. A solução impõe-se, argumenta-se, por ser o único meio de alcançar plenamente as *finalidades de protecção do credor e de respeito pela ordem pública*, visadas com a sanção da nulidade ^{238 239}.

²³⁸ Assim, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão...*, cit., pág. 444. O Autor chega a admitir que uma solução de invalidade parcial, por redução teleológica, também poderá justificar-se no caso das cláusulas penais inválidas – assim, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990, pág. 88, nota 197.

A compreensão da solução de nulidade das cláusulas de exclusão da responsabilidade como uma disposição destinada a proteger os fracos e imprevidentes era, já em 1958, apontada por ADRIANO VAZ SERRA, “Objecto da Obrigação; A prestação – suas espécies, conteúdo e requisitos”, *BMJ*, n.º 74, Março, 1958, pág. 149. É claro que uma tal perspectiva – a do apelo a um pensamento de protecção de uma parte contra a outra – assume no Código Civil uma consistência dogmática e normativa necessariamente mais tímida e fragmentária do que aquela que revelará mais tarde no contexto dos “regimes especiais” – *v.g.* do consumidor, do arrendatário, do trabalhador. De facto, da percepção de um sujeito como parte débil está ainda ausente a valoração de factores exógenos à relação jurídica singular e de condicionantes sistémicas que envolvem a relação e que nela se projectam, aspecto que assumirá um peso decisivo na legislação de tutela. No caso da norma que no Código Civil proíbe as cláusulas de exclusão da responsabilidade, o apelo ao pensamento de protecção, supomos, arranca da ideia segundo a qual a estipulação de uma cláusula de irresponsabilidade por culpa grave indicia e denuncia com elevada probabilidade uma situação de exploração, logro ou insegurança, e como tal, legitimadora de protecção. Aliás, não é de todo irrelevante que esta solução adquira uma base de fundamentação mais sólida quando inserida num contexto como o das cláusulas de exclusão de responsabilidade incorporadas pré-formuladas e inseridas sem negociação (cf. o artigo 18.º, alínea c) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro), cenário em que, justamente, passam a ser valoradas na fixação da disciplina contratual, entre outras, as condicionantes sistémicas que envolvem a relação e nela se projectam.

A este respeito cabe também uma referência ao regime previsto no artigo 934.º do Código Civil. Reza o preceito codicístico que “vendida a coisa a prestações, com reserva de propriedade, e feita a sua entrega ao comprador, a falta de pagamento de uma só prestação que não exceda a oitava parte do preço não dá lugar à resolução do contrato, nem sequer, haja ou não reserva de propriedade, importa a perda de benefício do prazo relativamente às prestações seguintes, sem embargo de convenção em contrário”. Uma das discussões travadas a respeito da referida disposição teve que ver com a natureza supletiva ou imperativa do regime, sendo que um dos argumentos mobilizados para concluir pela imperatividade do regime foi também a consideração teleológica das finalidades da norma em questão. Em causa estaria a preocupação de defender o comprador contra a perigosa sedução do pagamento a prestações e da máquina publicitária dos vendedores, atendendo-se aí, timidamente, a assimetrias e desigualdades que se verificam entre os contraentes (assim, VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, “Venda a prestações – Algumas notas sobre os artigos 934.º e 935.º do Código Civil”, *RDES*, ano XXI, n.ºs 1,2,3 e 4, 1974, págs. 230 e 231). Uma vez mais, repare-se, uma solução deste tipo, isolada e de fundamentação incipiente, no contexto do corpo tradicional do Direito Civil, ganha toda uma coloração distinta quando inscrita, como é actualmente, no diploma que regula os contratos a crédito de consumidores (o Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho, com as alterações introduzidas pelo Decretos-Lei n.º 72-A/2010, de 17 de Junho e pelo Decreto-Lei n.º 42-A/2013, de 28 de Março de 2013). Determina o artigo 20.º, n.º 1 do referido diploma que, em caso de incumprimento do contrato de crédito pelo consumidor, o credor só pode invocar a perda do benefício do prazo ou a resolução do contrato se, cumulativamente ocorrerem as circunstâncias seguintes: a) a falta de pagamento de duas prestações sucessivas que exceda 10 % do montante total do crédito; b) ter o credor, sem sucesso, concedido ao consumidor um prazo suplementar mínimo de 15 dias para proceder ao pagamento das prestações em atraso, acrescidas da eventual indemnização devida, com a expressa advertência dos efeitos da perda do benefício do prazo ou da resolução do contrato. Mais estabelece o artigo 26.º do diploma que, atento o carácter inderrogável das normas, são nulas quaisquer convenções que excluam ou limitem os direitos do consumidor, podendo este último optar pela manutenção do contrato.

²³⁹ Matéria controversa é a que respeita aos efeitos da nulidade do pacto comissório sobre o contrato de onde emerge o direito de crédito. Nos termos do artigo 694.º do Código Civil “É nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca, a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir”. Uma vez inserida uma cláusula deste tipo num contrato (*v.g.* hipoteca, penhor), nula *ex vi* artigo 694.º, coloca-se a questão de saber se a invalidade atinge apenas a cláusula em questão, conservando-se o contrato na parte restante, ou se a consequência será a nulidade total do contrato. A questão suscita dificuldades, logo à partida, porque, como bem observa JÚLIO VIEIRA GOMES, “Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano” – anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Janeiro de 2003, *CDP*, n.º 8, 2004, pág. 63 e ss., não existe consenso relativamente à teleologia da proibição do pacto comissório. Assim, há quem fundamente a proibição na tutela do devedor para que não seja coagido pelo credor, aproveitando-se este da especial necessidade de crédito ou da necessidade de prorrogação do prazo para cumprimento da obrigação ou, quem, ainda dentro do mesmo quadro de

3.5. A questão processual: a “presunção” de divisibilidade subjectiva do negócio ou de uma vontade hipotética favorável à redução do negócio

I – Até ao momento, a nossa atenção centrou-se em compreender em que consiste a determinação da vontade hipotética das partes, os seus possíveis conteúdos e eventuais limites de relevância. Assentámos que está fundamentalmente em causa determinar, tendo em conta em conta os interesses das partes e o fim negocial, qual teria sido a decisão tomada pelas partes a propósito da conservação do negócio sem a parte viciada – saber se as partes teriam optado por concluir o negócio sem a parte viciada ou se teriam antes optado pela não celebração do negócio. Cumpre agora

pensamento, considere o pacto vedado por se tratar de um negócio usurário. Já para outros autores, o pacto promissório constitui uma violação da regra *par conditio creditorum* por se oferecer a um especial credor um meio de satisfação não disponível para os outros. De outro lado, aparece exposta a ideia de que a proibição visa a tutela de um interesse público – seja a exclusividade ou monopólio do Estado na função executiva ou o princípio da tipicidade das garantias reais. Só esta polémica em torno da teleologia do pacto seria suficiente para suscitar dúvidas quanto à questão efeitos da nulidade do pacto comissório sobre o contrato de onde emerge o direito de crédito. Mas a questão reveste-se de maior complexidade. Para quem encontre como fundamento de tal proibição a necessidade de tutela do devedor, dir-se-ia, ser lógico, sustentar a conservação do contrato não obstante a nulidade do pacto (neste sentido, no direito suíço, HALUK TANDOGAN, *La nullité...*, *cit.*, págs. 197 e 198). Sucede que mesmo sectores que vêem na norma um fundamento paralelo ao da proibição da usura, por exemplo, já sustentaram o recurso ao artigo 292.º do Código Civil (assim, ANTÓNIO PIRES DE LIMA/JOÃO ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pág. 718). Como há ainda vozes como a de MARIA IACUANIELLO BRUGI *apud* JÚLIO VIEIRA GOMES, “Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório...”, *cit.*, pág. 72, nota 38, para quem a solução de conservação do contrato não dependeria da *ratio* da norma em questão, já que sempre que a nulidade de um determinado pacto, conexo com uma *fattispecie* contratual, fosse sancionada expressamente (como é o caso), daí resultaria automaticamente que o legislador apenas teria pretendido a nulidade do pacto e não de todo o negócio, argumento que pelo carácter meramente formal nos oferece as maiores reservas...

Uma discussão idêntica é igualmente travada, mormente no sistema italiano, a respeito das consequências que advêm da estipulação de uma cláusula nula *ex* artigo 1500/2 do *Codice Civile* terá em relação à manutenção da venda a retro. Uma vez mais, no cerne das dificuldades está a questão de saber até que ponto, sendo o mencionado preceito inspirado por uma exigência de tutela do vendedor contra a abusiva especulação do comprador, daí deve resultar ou não necessariamente também a conservação do contrato modificado – sobre o ponto, ADRIANA D’ANTONIO, *La modificazione legislativa...*, *cit.*, pág. 200 e 201. (cf. entre nós, o preceito homólogo, o artigo 928.º do Código Civil).

analisar um outro estrato do problema, que nos remete para o *plano estritamente processual*.

Importa começar por dizer, a título meramente preliminar e acessório, que não existe particular clareza no discurso doutrinal a respeito da configuração que, do ponto de vista processual, a solução vertida no artigo 292.º encerra. Por vezes, afirma-se que o artigo 292.º contém uma *presunção* (legal) de divisibilidade do negócio jurídico, sob o ponto de vista da vontade das partes, uma *presunção* de divisibilidade subjectiva, favorável, portanto, à redução do negócio²⁴⁰. Como também é comum dizer-se que, segundo o artigo 292.º, *em caso de dúvida*, isto é, quando a indagação sobre a vontade hipotética das partes não conduzir a um resultado nítido, deve o juiz concluir pela vontade hipotética favorável à redução do negócio, e deste modo, concluir que a invalidade parcial não determina a invalidade total²⁴¹, já que cabe à parte interessada na invalidade total do negócio o *onus da prova* de que o negócio não teria sido concluído sem a parte viciada.

De uma perspectiva analítica, estas duas formulações não coincidem totalmente, ou pelo menos, tendem a colocar a ênfase em aspectos distintos.

²⁴⁰ Neste sentido, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pág. 635; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Conversão...*, cit., 560; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e contrato...*, cit., pág. 55; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, cit., pág. 372. Na jurisprudência, vide, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de Abril de 2004 (processo n.º 0451748), consultado em www.dgsi.pt.

²⁴¹ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pág. 636; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, cit., pág. 526; MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pág. 395. Cf. neste sentido também o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23 de Março de 1999 (processo n.º 1598/99), disponível em www.dgsi.pt. Na doutrina germânica, a ideia de que o §139 do *BGB* contém uma regra para obstar ao *non liquet* do julgador aflora no discurso de vários autores – é o caso de THEODOR SOERGEL/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, cit., pág. 1030; HEINZ GEORG BAMBERGER/HERBERT ROTH, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, cit., pág. 549. WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 581, também considera que a regra do §139 opera nos casos de dúvida, embora o Autor entenda que não se está perante uma regra sobre o ónus da prova já que se trata de uma avaliação e não da verificação de um facto. Já HERBERT ROTH in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen...*, cit., pág. 7, e FRANZ JÜRGEN SÄCKER, *Münchener Kommentar zum...*, cit., pág. 2, optam por falar numa *presunção* ilidível de nulidade. Aludem indistintamente a uma *presunção* e a uma regra que opera nos casos de dúvida, KARL LARENZ/WOLF MANFRED, *Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 855.

No primeiro caso, quando se diz estarmos perante uma presunção, o que está em causa é um mecanismo que facilita o esforço probatório – aligeirando o *thema* da prova – de uma das partes no litígio. De facto, como é sabido, cada uma das partes procura naturalmente convencer o juiz da realidade dos factos por ela alegados, que lhe sejam favoráveis. O autor tentará persuadir o julgador da existência dos factos que servem de base legal à pretensão formulada contra o réu. Este esforçar-se-á, em contrapartida, por demonstrar a inexistência desses factos ou a verificação dos factos capazes de obstarem ao julgamento do mérito da acção ou de factos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão do autor. Quando a lei ou o juiz estabelecem uma presunção²⁴², o resultado que por essa via se produz é o de que a parte beneficiária da presunção verá facilitado o preenchimento dos factos que lhe cabe alegar e provar (o *thema* da prova). A existência de uma presunção permite à parte beneficiada ter de provar apenas a base da presunção, para daí induzir a própria inferência: o facto presumido. O mesmo é dizer: percorrida apenas uma parte da distância que separa o sujeito processual da prova cabal de um facto, tudo se passa como se o restante espaço tivesse sido efectivamente calcorreado²⁴³.

²⁴² A prova por presunção é “a prova por indução ou inferência (prova conjectural) a partir dum facto provado por outra forma – e não destinado a representar nem mesmo a indicar (como sinal ou contramarca) o facto que constitui o *thema probandum*”. Legalmente presunções “são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido” (artigo 349.º do Código Civil). No esquema de funcionamento da presunção, surgem, pois, dois factos distintos: o *facto base* ou *base da presunção*, aquele que activa o mecanismo da presunção; e o *facto presumido*, o facto que constitui o *thema probandum* (e que normalmente se requer como característica definidora de um determinado efeito jurídico ou da aplicação de uma dada norma jurídica). A existência de uma presunção permite à parte beneficiada ter de provar apenas a base da presunção, para daí induzir a própria inferência: o facto presumido – seguimos aqui de perto as considerações tecidas num outro estudo nosso, *A fuga à relação de trabalho (típica): em torno da simulação e da fraude à lei*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 127 a 129.

²⁴³ O resultado probatório que a existência de uma presunção permite alcançar tem, porém, um grau de solidez variável consoante o tipo de presunção que se apresenta. Dito de outra maneira, a “eficácia probatória” da presunção pode variar, indo de um mínimo a um máximo. Pode a prova ceder perante *contraprova*. Neste caso, a presunção pode ser afastada, desde que o outro sujeito processual consiga tornar incerto, duvidoso o facto presumido. Pode a prova ceder apenas perante *prova do contrário*. Nesse caso, a presunção pode ser afastada desde que o outro sujeito processual prove a inexistência do facto presumido (presunção *iuris tantum*). Como pode ainda a prova não ceder sequer perante prova do contrário, hipótese em que estaremos perante presunção inilidível (presunção *iuris et*

No segundo caso, quando se refere que o artigo 292.º opera nos casos de dúvida, o resultado que através dessa configuração se alcança é, julga-se, ligeiramente diferente. Dessa perspectiva, o artigo 292.º surge como uma disciplina que estabelece qual dos sujeitos suporta as consequências desfavoráveis ou os inconvenientes da incerteza e dúvida sobre a realidade de um facto – o inconveniente de ser havido como assente o facto contrário ou o inconveniente de o tribunal dar como inexistente um facto. Na verdade, como se disse acima, cada uma das partes procura naturalmente convencer o juiz da realidade dos factos por ela alegados, que lhe sejam favoráveis. O autor tentará persuadir o julgador da existência dos factos que servem de base legal à pretensão formulada contra o réu. Este esforçar-se-á, em contrapartida, por demonstrar a inexistência desses factos ou a verificação dos factos capazes de obstarem ao julgamento do mérito da acção ou de factos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão do autor. Pode suceder que o juiz depois de ouvir as versões contraditórias das partes permaneça numa situação de dúvida sobre o facto controvertido, situação em que não pode conservar-se segundo a directiva traçada pelo n.º 1 do artigo 8.º do Código Civil. É nesse ponto crucial que intervém a categoria do ónus da prova, de harmonia com a qual o juiz decide qual das partes suporta os efeitos da falta de prova, as consequências desfavoráveis ou os inconvenientes da incerteza ou dúvida sobre a realidade de um facto²⁴⁴.

Vistas as coisas sob esse prisma, ónus da prova e presunção legal constituem categorias não totalmente coincidentes. O accionar do ónus da prova arranca ou toma

de iure). Sobre esta classificação, em geral, ver JOÃO ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, pág. 504; ou ainda ADRIANO VAZ SERRA, “Provas”, *BMJ*, n.º 110, 1961, págs. 77 e 78.

²⁴⁴ O critério geral nesta matéria é o de que cada uma das partes tem o ónus de alegar e provar os factos correspondentes à previsão da norma que aproveita à sua pretensão ou à sua excepção, dito de outro modo, cada uma das partes tem o ónus de provar os factos que constituem os pressupostos da norma que lhe é favorável. O critério geral de repartição do ónus da prova é o de que o juiz, na incerteza ou dúvida sobre a realidade de determinado facto, decide contra a parte a quem o facto aproveita (artigo 342.º do Código Civil). Pode suceder, contudo, que o ónus da prova seja invertido. Nesses casos, altera-se o sujeito sobre quem passa a impender o ónus da prova, altera-se o sujeito que suporta as consequências desfavoráveis e a dúvida sobre a realidade de um facto. Essa alteração pode ocorrer por duas vias: (i) ou por que se altera o objecto – o facto sobre o qual incide a actividade probatória; (ii) ou por que se altera o critério de repartição – deixa de valer o critério geral acima enunciado e passa a valer outro.

como ponto de partida o cenário de dúvida e incerteza em que o julgador se encontra sobre a realidade de um determinado facto. Já no caso de valer numa determinada matéria uma presunção, a situação é, julga-se, sensivelmente diferente. O ponto de partida não é a situação de dúvida, ou melhor, o cenário de dúvida, pensa-se, é irrelevante. Através da consagração de uma presunção produz-se para uma das partes uma alteração do *thema* da prova, aligeirando-o. O legislador (ou o juiz no caso de se tratar de uma presunção judicial) como que toma antecipadamente posição de que determinado facto é dado à partida como praticamente provado, desde que a parte beneficiária da presunção prove o facto que serve de base à presunção.

Transpondo estes ensinamentos para o universo em que nos movemos, significa isto dizer que, consagrando o artigo 292.º uma presunção de divisibilidade subjectiva, a questão interfere com a delimitação do *thema* da prova de cada uma das partes. Quem deseja prevalecer-se da validade parcial do negócio terá apenas de alegar e provar a existência de uma invalidade parcial, “o facto base ou base da presunção”. Alegada e provada que esteja apenas a existência de uma invalidade parcial, o legislador como que, antecipadamente, dá como provado o outro elemento, o da vontade favorável ao aproveitamento do negócio. Só assim não será se a outra parte, interessada na destruição do negócio, provar o contrário – a inexistência do facto presumido, ou seja, uma vontade orientada no sentido contrário ao da conservação parcial do negócio²⁴⁵. Já no caso de o problema se colocar apenas em termos de ónus da prova, na perspectiva em que o compreendemos, não está em causa uma delimitação do *thema* da prova. À parte interessada na salvaguarda do negócio cabe fazer prova da existência de uma invalidade parcial e de uma vontade hipotética favorável à redução. À parte contrária compete invocar e provar os factos de onde se infira que, sem a parte viciada, não teria havido negócio. Será apenas no caso de dúvida quanto à orientação do sentido da vontade hipotética das partes que o juiz

²⁴⁵ Refere-se a uma delimitação nestes termos ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral*, cit., pág. 948, quando observa: “(...) a situação será a seguinte: o interessado na salvaguarda do negócio deverá invocar e provar os factos de onde decorra a natureza meramente parcial da invalidade e, portanto, a divisibilidade [objectiva] do negócio em causa (...); ao seu opositor caberá invocar e provar os factos de onde se infira que, sem a parte viciada, não teria havido negócio”. Assim, também, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, cit., pág. 372. Cf. ainda, em termos próximos, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Julho de 1994, processo n.º 081614, acima citado.

lançará mão do critério no sentido de dar como provada uma vontade hipotética favorável à redução do negócio.

Não obstante a *nuance* vinda de assinalar, a diferença entre as duas técnicas acaba, em termos práticos, por ser pouco significativa, o que explica, aliás, que o discurso doutrinal e legal (em geral²⁴⁶) sobre as duas categorias acabe por se (con)fundir. No caso de existência de uma presunção que ceda perante prova do contrário, o sujeito não beneficiário da presunção, para afastar a presunção, tem de provar o contrário, o que significa que, *substancialmente*, também ele tem interesse em dissipar o cenário de dúvida. Daí que as divergências, em termos de formulação que vão surgindo a propósito do artigo 292.º não assumam particular relevo prático. Os trabalhos preparatórios do Código Civil tendem a colocar a questão em termos de situações de dúvida²⁴⁷. Já atendendo à formulação adoptada no artigo 292.º, seríamos tentados a dizer, ainda que com dúvidas, que aí se consagra *um raciocínio de tipo presuntivo* que se identifica mais com a consagração de uma presunção²⁴⁸.

II – Ultrapassada esta questão preliminar de enquadramento, devemos pois avançar para a análise das razões que iluminam o sentido desta opção em termos de disciplina probatória de favorecer a redução do negócio.

É sabido que, num contexto mais amplo, o reconhecimento de institutos como o da redução ou mesmo o da conversão (entre outros) é perspectivado como uma

²⁴⁶ Nesse sentido, veja-se o artigo 344.º, n.º 1 do Código Civil. Na doutrina, a ideia de que as presunções operam uma inversão do ónus da prova transparece no discurso de ADRIANO VAZ SERRA, “Provas”, *cit.*, pág. 153. Menos linear é, a esse respeito, o discurso de JOÃO ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual de...*, *cit.*. Em vários momentos os Autores parecem distanciar os dois fenómenos, ora afirmando que a presunção não elimina o ónus da prova nem modifica o resultado da sua repartição entre as partes (pág. 503), ora sugerindo que uma coisa é a alteração do *onus probandi*, outra a facilitação do seu preenchimento mediante o estabelecimento de uma presunção (pág. 455, nota 4). Já quando procuram exemplificar casos de inversão do ónus da prova, referem que tal inversão ocorre designadamente quando a lei presume certo facto contra o demandado (pág. 465).

²⁴⁷ Cf. RUI DE ALARCÃO, “Invalidade dos negócios...”, *cit.*, pág. 257 e 258. Ver, também, MANUEL DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, *cit.*, pág. 430; e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Dos Contratos em Geral*, *cit.*, pág. 340 e 341.

²⁴⁸ Considera também que a designação “presunção” apenas pode ser utilizada *cum grano salis* PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral de Direito Civil*, *cit.*, pág. 646.

manifestação do princípio da conservação do negócio inválido ou do *favor negotii* ²⁴⁹. A ideia subjacente a esse princípio é a de que a ordem jurídica só deve impor a destruição dos actos jurídicos afectados de qualquer vício, quando esse resultado se mostre irremediável. Quanto possível, o negócio deve, pois, ser tratado no sentido que permita a sua manutenção e a consequente produção de efeitos²⁵⁰, o que, por sua vez,

²⁴⁹ Neste sentido, autores como RAÚL VENTURA, *A Conversão...*, cit., pág. 148; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pág. 756; HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código...*, cit., pág. 595; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pág. 635; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão...*, cit., pág. 442; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO/ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Cessão de exploração de estabelecimento comercial, arrendamento e nulidade formal”, *ROA*, ano 47, 1987, pág. 872; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Conversão...*, cit., pág. 516 (embora este último autor não deixe de frisar que, em relação à conversão, a ideia de conservação não é totalmente rigorosa, já que são *outros* os efeitos que se permitem fazer valer). Ver também, na doutrina estrangeira, MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LOPEZ, *La nulidad parcial...*, cit., pág. 46; ANTONIO GÓMEZ MARTINHO FAERNA, “La nulidade parcial...”, cit., pág. 355; GIOVANNI CRISCUOLI, *La nullità parziale del...*, cit., pág. 103; GIUSEPPE MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., pág. 383; MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile...*, cit., pág. 639, entre muitos outros. Mesmo ordenamentos jurídicos como o alemão, ao consagrarem uma norma como o §139 do *BGB*, reconhecem a importância da máxima “utile per inutile non vitiatur”, como observa FRANZ JÜRGEN SÄCKER, *Münchener Kommentar zum...*, cit., pág. 2.

²⁵⁰ Vozes houve, como foi o caso de ENZO ROPPO, “Nullità parziale...”, cit., pág. 716, nota 93 (e também GIORGIO STELLA RICHTER, “Il principio di conservazione del negozio giuridico”, *RTDPC*, ano XXI, 1967, págs. 411 e 412) que criticaram esta conexão por considerarem que o princípio da conservação, o qual encontra base normativa no direito positivo de alguns ordenamentos (cf. artigo 1367 do *Codice Civile*, artigo 1157 do *Code Civil*, artigo 1284.º do Código Civil espanhol e §2084 do *BGB*, neste último, em matéria testamentária), não opera no plano da eficácia do acto, mas apenas e tão só como critério interpretativo ou critério auxiliar de interpretação. Nesse preciso contexto, refere o Autor que, enquanto critério auxiliar que actua no plano hermenêutico, o princípio exprime a exigência segundo a qual os negócios jurídicos (e as cláusulas negociais) devem ser interpretados, em caso de dúvida, mais num sentido que lhes confira validade do que num sentido que os prive dos seus efeitos. Ora, contrapõe: quando está em causa um juízo de redução negocial, “por um lado, não se está perante uma ambiguidade do texto negocial, a operação que nesses casos o juiz é chamado a desenvolver coloca-se fora do momento puramente interpretativo, aproximando-se mais de um fenómeno de integração em relação ao qual a interpretação cumpre um papel auxiliar e preparatório”. Daí que segundo o mesmo autor italiano reconduzir o juízo de redução a uma aplicação do princípio de conservação implicaria assumir esse princípio numa acepção demasiado ampla, acabando por diluí-lo “num conceito incapaz de identificar uma regra de valor constitutivo nem de conferir unidade à fenomenologia que descreve”.

encontra a sua justificação no valor positivo que o sistema jurídico reconhece à autonormação dos privados²⁵¹, mas é também impulsionado por uma ideia de economia jurídica, no sentido do mínimo emprego de meios e de actividades para a obtenção dos resultados práticos que as partes se propõem. O funcionamento de tais institutos exprime o favorecimento de escolhas operativas racionais, que, numa óptica de *economia de meios jurídicos*, permitam às partes o aproveitamento de um negócio que, não obstante a invalidade, ainda permaneça “interessante” do ponto de vista da ordenação de interesses por elas definida, evitando, com isso, as consequências patrimoniais negativas implicadas numa destruição total do vínculo, bem como o

Decerto, o apelo ao princípio de conservação dos negócios jurídicos, a ser aqui convocado, terá de ser entendido em termos hábeis. Não estará aqui em causa o princípio da conservação enquanto critério interpretativo ou critério auxiliar de interpretação, pelo menos sua acepção estrita. O funcionamento do mecanismo redutório toma justamente como *ponto de partida* a invalidade de uma parte de negócio, o mesmo é dizer, pressupõe um resultado interpretativo que desembocou numa invalidade que atinge directamente apenas uma parte do negócio. Amplos sectores da doutrina nacional e estrangeira (neste sentido, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, pág. 643; HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código...*, *cit.*, pág. 595; MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LOPEZ, *La nulidade parcial...*, *cit.*, págs. 32 e 33; ANTONIO GÓMEZ MARTINHO FAERNA, “La nulidade parcial...”, *cit.*, pág. 355) reconhecem, no entanto, uma acepção mais ampla a este princípio, enquanto orientação do ordenamento jurídico tendente a salvaguardar, tanto quanto possível, os valores criados no mundo do direito, aí se inscrevendo a solução do artigo 292.º.

Repare-se, no entanto, que no caso particular do instituto da redução – muito particularmente no caso da opção tomada pelo legislador português de favorecer a redução através da disciplina probatória – nem seria metodológica nem tecnicamente insustentável dizer-se que, mesmo quando se faz uso daquela regra sobre o ónus probatório em matéria de invalidade parcial, o juiz como que recorre também a uma espécie de cânone hermenêutico, já que a regra surgiria precisamente para resolver as hipótese de dúvida na operação de determinação de qual teria sido a vontade das partes, aspecto que é aliás reconhecido por GIORGIO STELLA RICHTER, “Il principio di conservazione...”, *cit.*, pág. 412.

²⁵¹ Escreve EDUARDO CORREIA, “A Conversão dos Negócios Jurídicos Ineficazes”, BFDUC, vol. XXIV, 1948, pág. 360: “A ordem jurídica não é tabu que fulmine totalmente tudo o que lhe não é conforme, mas muito ao contrário, meio de garantir a consecução dos interesses do homem e da vida social; não é inimiga da modelação dos fins dos indivíduos – mas ordenadora e coordenadora da sua realização. Por isso, só nega protecção, ou vistas as coisas de outro lado, só sanciona, quando e até onde os valores ou interesses que presidem a tal coordenação ou ordenação o exigem”. Neste sentido, também, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral de Direito Civil*, *cit.*, pág. 755; e GIOVANNI CRISCUOLI, *La nullità parziale del...*, *cit.*, pág. 105.

dispêndio de energias contratuais ou a repetição de esforços no sentido da celebração de um novo negócio²⁵².

Como quer que seja, o que se pretende aqui salientar diz respeito a um aspecto mais restrito, como seja o de saber das razões que levaram o legislador a optar por uma solução de “presunção” de redução. Estamos em crer que, num domínio como o da invalidade parcial, o favorecimento ou, se quisermos, a facilitação da solução de redução – sendo *per se* uma manifestação “reforçada” do *favor negotii* – é animado fundamentalmente por uma *ideia de proporcionalidade entre a causa e o efeito* ou *entre vício e sanção*²⁵³: digamos que o legislador assume, tendo em conta que a patologia do negócio é apenas parcial, que a invalidade afecta apenas uma cláusula ou parte do negócio no seu aspecto quantitativo, que tal invalidade afectará um interesse não essencial, afigurando-se, por isso, mais equilibrado facilitar a conservação ou o aproveitamento parcial do negócio jurídico.

²⁵² Sobre esta conexão, ver, nomeadamente, ALBINO ANSELMO VAZ, “A conversão e a redução...”, pág. 140; GIUSEPPE SATTA, *La Conversione dei Negozi Giuridici*, Società Editrice Libreria, Mião, 1903, pág. 15; GIOVANNI CRISCUOLI, *La nullità parziale del..., cit.*, pág. 115; e mais recentemente, ALESSANDRO D’ADDA, *Nullità parziale..., cit.*, pág. 56..

²⁵³ Aspecto salientado por CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral..., cit.*, pág. 635.

PARTE II – A INVALIDADE PARCIAL DO CONTRATO DE TRABALHO

Munidos deste recorte elementar sobre a figura da redução, talqualmente se encontra disciplinada no artigo 292.º do Código Civil, estamos agora em condições de transpor a nossa atenção para o universo juslaboral e dar início à tarefa que nos propusemos no início desta investigação de compreensão do regime jurídico da invalidez parcial do contrato de trabalho no ordenamento jurídico português, tomando como coordenadas ou eixos estruturantes as interrogações que logo aí formulámos e seguindo a divisão que também nesse momento se deu a conhecer: primeiramente, curaremos das hipóteses de não aplicação do regime comum da redução (*A*); depois, seguir-se-á a compreensão das hipóteses de aplicação desse regime comum (*B*).

A – Hipóteses de não aplicação do regime comum da redução

Capítulo I – A solução substitutiva da parte geral da lei laboral: o artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho

1. Razão de ordem

Importa começar por enunciar aquela que é, porventura, a forma típica ou clássica através da qual, em caso de contrariedade do contrato de trabalho com os preceitos imperativos, o sistema jurídico laboral intervém assegurando a conservação do contrato de trabalho. Referimo-nos à técnica que determina *a substituição da cláusula inválida pela norma imperativa violada*.

Como manifestação jurídica relevante deste tipo de intervenção encontramos a solução contida na parte geral do Código do Trabalho, mais concretamente, no seu artigo 121.º, n.º 2, nos termos do qual se determina que “A cláusula do contrato de trabalho que viole norma imperativa considera-se substituída por esta.” Dela nos ocuparemos nas páginas seguintes.

A análise que se segue extensa, e sobre alguns pontos minuciosa, pode até parecer, à primeira vista, exagerada. Atenta a inserção sistemática e a formulação ampla, afigura-se-nos tratar-se, no entanto, de uma solução com um âmbito de incidência potencialmente vasto, o que justifica que nos detenhamos na consideração desta solução em primeiro lugar e com particular atenção.

Eis em traços gerais o percurso que ensaiaremos calcorrear. Num primeiro momento, julgamos útil lançar um breve olhar sobre a evolução histórica do preceito – desde as formulações trazidas a lume por ocasião dos trabalhos preparatórios e que tiveram em vista a substituição da Lei n.º 1952, de 10 de Março de 1937, terminando com a referência à disciplina actualmente em vigor, para logo depois darmos conta de algumas soluções semelhantes que avultam na rica geografia do direito comparado. De seguida, entraremos na análise da disciplina legal vigente propriamente dita. Iniciaremos esse percurso com o estudo da previsão da norma legal em questão: o conceito de cláusula e sobretudo o conceito de norma imperativa. Caberá aí uma

referência a vários aspectos a partir dos quais é possível caracterizar as normas imperativas: do ponto de vista da causa da imperatividade, do tipo de imperatividade, da fonte da imperatividade, do tipo de eficácia temporal, etc. – questões que permitirão recortar com maior precisão o âmbito de incidência do artigo 121.º, n.º 2. Estudados os pressupostos da norma, cumprirá atentar na estatuição: na substituição automática, no significado da automaticidade do efeito substitutivo. Praticamente no termo deste percurso, será chegado o momento de perguntar pelo alcance da solução substitutiva, pelo enquadramento dogmático e fundamentação da mesma. O fundamento e a natureza jurídica são, a nosso ver, um *posterius* a atingir após a determinação do alcance da disciplina que, num dado ordenamento jurídico e num certo momento histórico, dá corpo a um determinado instituto. Reputamos, por essa razão, como já o dissemos anteriormente, metodologicamente mais adequado, remeter esta questão para a fase final deste capítulo, não arrancando por isso de uma determinada pré-compreensão do fundamento ou da natureza jurídica do instituto em questão. Isto sem negar, evidentemente, que as conclusões assim alcançadas possam, num movimento de retorno, vir a ter influência na solução concreta de alguns problemas levantados pelo próprio regime. Encerraremos o estudo da solução substitutiva da parte geral da lei laboral com duas questões através das quais testaremos os limites dogmáticos e funcionais da solução.

2. Breve referência à emergência e evolução histórica do preceito

O primeiro marco a merecer registo remonta a 1960. Nesse remoto ano assistiu-se à apresentação do projecto da Proposta de Lei n.º 517²⁵⁴, projecto esse que tinha em vista refundir e actualizar as normas legais sobre o contrato de trabalho, até então reunidas na Lei n.º 1952, de 10 de Março de 1937. Na proposta, mais concretamente na Base VI, podia ler-se:

“(1) São nulas todas as cláusulas dos contratos individuais de trabalho que importarem para os trabalhadores regime menos favorável do que o previsto na regulamentação aplicável.

²⁵⁴ Proposta elaborada pelo Ministério das Corporações e Previdência Social em 23 de Setembro de 1960.

(2) As cláusulas dos contratos de trabalho a que se refere o número anterior são, de direito, substituídas pelas disposições mais favoráveis contidas na regulamentação aplicável”.

Neste primeiro marco dos trabalhos preparatórios, a solução substitutiva surgia arrumada em conjunto com uma outra solução que previa a nulidade das cláusulas dos contratos de trabalho que estabelecessem regimes menos favoráveis para o trabalhador do que aqueles previstos na regulamentação aplicável, o que é o mesmo que dizer, que previssessem regimes menos favoráveis do que os estabelecidos nas disposições legais e convencionais aplicáveis²⁵⁵. Não era claro o sentido útil de uma norma como a do n.º 1. À primeira vista, tender-se-ia a avançar que se tratava tão somente de fixar a consequência resultante da violação das normas laborais imperativas, a nulidade das cláusulas. Todavia, se perscrutarmos mais atentamente o sentido daquele n.º 1, somos tentados a dizer que o seu alcance era, afinal, mais profundo do que à primeira vista poderia parecer, pese embora a deficiente redacção apresentada. Ao mencionar-se que a nulidade das cláusulas do contrato ocorreria, à partida, quando aquelas fixassem condições menos favoráveis para o trabalhador do que as estabelecidas nas fontes de direito, tal significava que em causa estariam normas dotadas da característica da semi-imperatividade – ou seja, susceptíveis de afastamento por contrato de trabalho em sentido mais vantajoso para o trabalhador, mas já não em sentido menos favorável. Com efeito, fixar condições menos favoráveis do que as estabelecidas em normas mínimas equivale a derogá-las na direcção em que a imperatividade não permite. Qual seria então o sentido útil do n.º 1? Justamente o de estabelecer – ainda que, repita-se, em termos muito pouco hábeis – uma presunção de imperatividade mínima das normas laborais relativamente aos contratos individuais de trabalho. Esboçava-se, pois, em termos frágeis, a ideia de que, no tocante às relações entre as normas legais e convencionais e o contrato de trabalho, se poderia falar de *um princípio do tratamento mais favorável*²⁵⁶.

²⁵⁵ A Base III da referida proposta dispunha (1) “Os contratos de trabalho regem-se pela presente lei e legislação complementar, por convenções colectivas e por despachos ou portarias de regulamentação do trabalho autorizados em diplomas especiais”.

²⁵⁶ Observe-se que, de resto, o próprio preâmbulo da proposta apontava nesse sentido: “Estabelece-se em nome do princípio do melhor tratamento do trabalhador, a nulidade das cláusulas dos contratos individuais de trabalho que importarem para os trabalhadores regime menos favorável do que o previsto na regulamentação aplicável...”.

Na sequência desta proposta, foi solicitado parecer à Câmara Corporativa – o Parecer n.º 45/VII, de 14 de Novembro de 1961²⁵⁷ –, o qual sem pôr em causa na globalidade o referido projecto do Governo, propôs alterações ao nível da sistematização das matérias, bem como algumas inovações quer formais quer substanciais de certas disposições. De entre as referidas alterações sugeria-se uma diferente arrumação sistemática das duas soluções que constavam da Base VI do projecto da Proposta de Lei n.º 517. A primeira delas – aquela que previa serem nulas as cláusulas contratuais que importassem para o prestador de trabalho regime menos favorável do que o estabelecido nas fontes de direito – transitaria, de acordo com o referido parecer, para o artigo 7.º, este sim, justamente, com a designação epigráfica “Princípio do tratamento mais favorável ao prestador de trabalho”²⁵⁸. A segunda, a solução substitutiva, a que aqui particularmente nos interessa, passaria a incorporar o artigo 4.º, sob a epígrafe “Fontes de direito”, nos seguintes termos:

²⁵⁷ De que foi relator o Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles.

²⁵⁸ Lia-se no referido artigo 7.º:

“(1) Em caso de dúvida, a interpretação e aplicação das normas e usos sobre contratos de trabalho e das respectivas cláusulas, bem como a qualificação daquelas normas como imperativas ou não imperativas, devem fazer-se à luz do princípio do tratamento mais favorável ao prestador de trabalho, sem prejuízo da produção.

(2) Os usos prevalecem sobre as normas não imperativas, quando assim o imponha o referido princípio.

(3) São nulas as cláusulas contratuais que importem, para o prestador de trabalho, regime menos favorável do que o estabelecido nas fontes de direito, salvo se nestas se declarar o contrário”.

Da conjugação dos n.ºs 1 e 3 do referido preceito, muito embora a questão não fosse líquida, parecia intuir-se a consagração de um *prius* interpretativo das normas laborais (um paradigma de interpretação da natureza das normas laborais), estabelecendo-se uma presunção no sentido da imperatividade unidireccional das disposições legais ou convencionais relativamente às cláusulas dos contratos de trabalho. Isso mesmo era, desde logo, indiciado pelo n.º 1 ao determinar que em caso de dúvida sobre a qualificação das referidas normas, a mesma devia fazer-se à luz do princípio do tratamento mais favorável, e acabava por ser reforçado pela previsão do n.º 3. Ao mencionar-se que a nulidade das cláusulas do contrato ocorreria, à partida, quando aquelas fixassem condições menos favoráveis para o trabalhador do que as estabelecidas nas fontes de direito, tal significava que, por princípio, a derogabilidade não permitida era aquela da qual resultasse um tratamento para o trabalhador inferior àquele estabelecido nas normas. Ou seja, por princípio, as cláusulas contratuais estariam apenas autorizadas a afastar as normas legais e convencionais para estabelecer regimes mais vantajosos para o trabalhador; só assim não sucedia quando do texto da norma resultasse o contrário (leia-se a sua imperatividade absoluta ou a sua natureza dispositiva).

“(1) Os contratos de trabalho em empresas são regidos, dentro dos princípios da Constituição Política e do Estatuto do Trabalho Nacional, pela lei, pelos decretos regulamentares, pelos regulamentos das corporações, pelas convenções colectivas e pelas portarias ou despachos de regulamentação do trabalho, segundo a indicada ordem de precedência.

(2) As cláusulas dos contratos de trabalho em divergência com as normas imperativas são *de iure* substituídas por estas, ainda que lhes preexistam”.

Do parecer sobressaem duas alterações a respeito da solução substitutiva. Por um lado, deixa de ser feita referência ao carácter mais favorável das disposições aplicáveis. Por outro, de acordo com o texto sugerido, a substituição ocorreria mesmo na hipótese de “desconformidades supervenientes”, isto é, mesmo nos casos de divergência entre uma cláusula contratual e uma norma imperativa cuja entrada em vigor fosse posterior à estipulação da própria cláusula²⁵⁹.

Estudada a contra-proposta da Câmara Corporativa, foi elaborado por PESSOA JORGE²⁶⁰ o Anteprojecto de Diploma Legal, que a respeito da matéria que aqui se cuida também inovou. Com a designação epigráfica “Contratos de trabalho inválidos. Cláusulas contrárias a preceitos imperativos”, o artigo 11.º passaria a dispor:

“(1) A anulação ou declaração de nulidade do contrato de trabalho não prejudica a produção de todos os seus efeitos, como se fosse válido, no tempo durante o qual esteve em efectiva execução.

(2) Se, porém, a nulidade decorrer de ilicitude ou imoralidade do objecto ou causa, o disposto no número anterior não poderá aproveitar à parte que conhecia tal ilicitude ou imoralidade, a qual perderá, a favor do Fundo Nacional de Abono de Família, quaisquer vantagens que recebeu e conserva ou tem direito a receber da outra parte.

(3) As cláusulas dos contratos de trabalho, que importarem para o trabalhador regime menos favorável do que o imperativamente estabelecido nos preceitos deste diploma ou das normas referidas no artigo 9.º, são de pleno substituídas por estes”.

²⁵⁹ RAUL VENTÚRA, “Nulidade total e nulidade parcial...”, *cit.*, pág. 259, viu nesta proposta de redacção da Câmara Corporativa uma inspiração inequívoca no *Codice Civile*, mais concretamente, no conjunto de preceitos que naquele código tratam de inserção automática de cláusulas (os artigos 1339, 2066 e 2077).

²⁶⁰ FERNANDO PESSOA JORGE, “Contrato de Trabalho – Anteprojecto de Diploma Legal”, *ESC*, ano IV, n.º 13, 1965, págs. 5 e ss..

Assim, pela terceira vez, é sugerida uma diferente arrumação sistemática para a solução substitutiva, desta vez, em conjunto com as disposições legais que regulariam os efeitos dos contratos de trabalho inválidos. Paralelamente, reaparece a alusão, na hipótese da norma, à violação de preceitos legais por previsão de regimes menos favoráveis.

Só em 1964, após revisão ministerial, veio a lume a versão “final” do projecto de Diploma Legal, tornada pública em 23 de Setembro daquele ano. Sob a epígrafe “Invalidade parcial”, o artigo 14.º do referido projecto previa:

“(1) Salvo nos casos exceptuados na lei, a invalidade de parte do contrato de trabalho não determina a invalidade do restante, desde que a parte viciada não deva considerar-se essencial.

(2) As cláusulas do contrato de trabalho contrárias a normas preceptivas são de pleno direito substituídas por estas”.

Da análise do referido projecto, destacam-se significativas novidades. Numa formulação embrionária, distante, ainda assim, daquela que veio a constar da versão definitiva, é, pela primeira vez, sugerida a introdução na lei laboral de uma disposição a prever o regime comum da redução do negócio jurídico, em termos gerais e próximos da solução homóloga que constava dos trabalhos preparatórios que antecederam a entrada em vigor do Código Civil de 1966²⁶¹. Esta opção de inclusão no projecto da legislação laboral da referida norma foi inequivocamente marcada pela proximidade temporal que se fez sentir entre os trabalhos preparatórios dos dois diplomas. Por seu turno, a solução substitutiva passaria a ter a sua localização no bloco normativo que viria a regular a invalidade parcial do contrato de trabalho, e como tal, em conjunto com a norma sobre redução do negócio jurídico de inspiração civilista. Aproximar-nos-íamos, pois, daquela que viria a ser a arrumação sistemática que perdurou até aos dias de hoje. Por fim, no que diz respeito ao conteúdo da solução substitutiva propriamente dita, destaca-se a alteração proposta do termo “normas imperativas” por “normas preceptivas”, e a supressão do segmento final da redacção proposta pela Câmara Corporativa (“ainda que lhe preexistam”).

Após este longo período de trabalhos preparatórios, só com a aprovação do Decreto-Lei n.º 47 032, de 27 de Maio de 1966 – diploma que finalmente procedeu à revogação da Lei n.º 1952, e regularia doravante o regime jurídico do contrato

²⁶¹ O qual viria a ser aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966.

individual de trabalho – a solução substitutiva viria a ser acolhida em termos tendencialmente definitivos. O diploma reproduziu a sistematização já sugerida no último projecto – ou seja, a incorporação da solução substitutiva em conjunto com a norma sobre redução do negócio jurídico – no bloco normativo dedicado ao problema da invalidade parcial do contrato de trabalho – mas introduziu inovações do ponto de vista redaccional²⁶², vindo a dispor no artigo 14.º que:

“(1) A nulidade ou anulabilidade parcial do contrato de trabalho não determina a invalidade de todo o contrato, salvo quando se demonstre que os contraentes ou algum deles o não teriam concluído sem a parte viciada.”.

“(2) As cláusulas do contrato de trabalho, que importarem para o trabalhador regime menos favorável do que o estabelecido em preceitos imperativos são de pleno direito substituídas por estes”.

A inovação registou-se a dois níveis. No que se refere à disposição legal que contemplaria o regime comum da redução negocial, quis-se deixar claro que a invalidade negocial (parcial) abarcava dois tipos, a nulidade e a anulabilidade. A respeito da solução substitutiva, optou-se por usar a expressão “preceitos imperativos”, ao invés de “normas preceptivas”, e por estabelecer que a substituição teria lugar perante derrogações *in pejus*.

A solução acabada de descrever transitou, na íntegra, para o Decreto-Lei n.º 49 408, de 24 de Novembro de 1969, divulgado sob a designação de LCT – diploma que procedeu à revisão do regime jurídico do contrato de trabalho instituído pelo Decreto-Lei n.º 47 032 e que manteve praticamente intacta²⁶³ a formulação do artigo 14.º até ao ano de 2003.

²⁶² No preâmbulo do referido diploma podia ler-se: “Se há matéria que tenha merecido especiais cuidados ao presente diploma essa foi, sem dúvida, a respeitante ao regime das nulidades. Como princípio geral consagra-se a regra de que “a nulidade ou anulabilidade parcial do contrato de trabalho não determina a invalidade de todo o contrato, salvo quando se demonstrar que os contraentes ou algum deles o não teriam concluído sem a parte viciada”, acrescentando-se que “as cláusulas do contrato de trabalho que importarem para o trabalhador regime menos favorável do que o estabelecido em preceitos imperativos são de pleno direito substituídas por estes”.

²⁶³ Destaca-se apenas a substituição da expressão “anulabilidade parcial” por “anulação parcial”, no n.º 1 do artigo 14.º, na sequência do Parecer n.º 28/IX de 8 de Julho de 1969, da Câmara Corporativa (relatado por Armando Manuel de Almeida Marques Guedes) ao projecto de decreto-lei n.º 8/IX, elaborado pelo Governo sobre a revisão do Decreto-Lei n.º 47 032, de 27 de Maio de 1966.

A última inovação relevante nesta matéria foi trazida pela reforma laboral ocorrida em 2003 – muito particularmente com a aprovação da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto que instituiu o Código do Trabalho. De um ponto de vista sistemático, manteve-se inalterada a opção de reunir sob o mesmo bloco normativo, de entre as disposições de carácter geral, a figura da redução do negócio jurídico com um regime idêntico àquele constante do artigo 292.º do Código Civil, assim como a solução substitutiva. Detectam-se, contudo, ligeiras alterações do ponto de vista redaccional, algumas delas, como teremos oportunidade de expor mais adiante, com implicações substanciais. Assim, em primeiro lugar, a norma sobre redução do contrato de trabalho passou a ter a seguinte redacção: “A nulidade ou a anulação parcial não determina a invalidade de todo o contrato de trabalho, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada”. Na comparação da redacção do preceito com a anterior legislação verificam-se duas alterações que anulam praticamente qualquer divergência redaccional entre o preceito juslaboral e o artigo 292.º do Código Civil. Substituiu-se a expressão “salvo quando se demonstre” do correspondente n.º 1 do artigo 14.º da LCT pela expressão “salvo quando se mostre” e, por outra banda, suprime-se a referência aos “contraentes ou alguns deles”, também numa nítida aproximação à redacção civilista. Em segundo lugar, o teor da solução substitutiva passou a ser: “As cláusulas do contrato de trabalho que violem normas imperativas consideram-se substituídas por estas.” Deixou, pois, de ser feita alusão, na hipótese da norma, à violação de preceitos legais por previsão de regimes menos favoráveis, devendo proceder-se à substituição perante a violação de norma imperativa.

Desde 2003 até ao momento presente, a solução substitutiva não sofreu mudanças de monta do ponto de vista redaccional nem de arrumação sistemática. Inserida em conjunto com o preceito que reproduz *ipsis verbis* a regra da redução do negócio jurídico, no bloco normativo com a epígrafe “Invalidade parcial do contrato de trabalho”, a norma conheceu apenas uma ligeiríssima alteração no seu teor por ocasião da última grande reforma laboral, ocorrida com a vinda a lume da Lei n.º 7/2009, de 19 de Fevereiro, vindo a dispor que “A cláusula do contrato de trabalho que viole norma imperativa considera-se substituída por esta”.

3. Breve excursão pelo direito comparado

Na experiência jurídica espanhola encontramos no *Estatuto de los Trabajadores* uma solução de idêntico jaez. Sob a designação epigráfica “Validez del contrato”, determina o artigo 9/1/2 que “Si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número uno del artículo tercero de esta Ley”²⁶⁴.

Igualmente no sistema jurídico italiano, mais concretamente no *Codice Civile*, avultam algumas normas que – *per se* ou em articulação com outras normas, *maxime* com o artigo 1419/2 do *Codice*²⁶⁵ – a doutrina entende que determinam um efeito substitutivo automático. A primeira delas é, sem dúvida, o artigo 1339, sob a epígrafe “Inserzione automatica di clausole”. Estatui aquele preceito que “Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge o da norme corporative, sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti”. Em razão da formulação ampla aí utilizada, a maioria da doutrina italiana tem identificado o referido preceito como contendo um comando de tipo genérico ou tendencialmente genérico que se dirige *também* às hipóteses do universo juslaboral²⁶⁶. Por outro lado, a consagração de soluções substitutivas especificamente laborais conhece uma grande tradição no direito italiano. Actualmente em vigor encontramos o artigo 2077/2 do *Codice Civile*, o qual, com a epígrafe “Efficacia del contratto collettivo sul contratto

²⁶⁴A solução em questão constava já do diploma que vigorou durante o período franquista, a *Ley de Contrato de Trabajo* de 1944 (aprovada pelo *Decreto* de 26 de Janeiro de 1944), no seu artigo 10/1. Para maiores desenvolvimentos sobre a solução, no quadro deste anterior regime, *vide* MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ, *La nulidad parcial...*, *cit.*, págs. 102 e ss..

²⁶⁵Não é, contudo, de todo consensual o discurso acerca da relação que se instaura entre o mecanismo previsto no artigo 1339 e o do artigo 1419/2 do *Codice Civile* – para uma síntese, veja-se, por exemplo, VINCENZO ROPPO, *Trattato del Contratto...*, *cit.*, págs. 121 e 122.

²⁶⁶Assim, RAFFAELE DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile...*, *cit.*, pág. 147 e ss.; MARIO CASELLA, *Nullità parziale del contratto...*, *cit.*, pág. 126; UBALDO PROSPERETTI, “La funzione del diritto del lavoro nella politica economica”, *RTDP*, ano XIV, 1964, pág. 910; MARCO NOVELLA, “Considerazioni sul Regime Giuridico della Norma...”, *cit.*, pág. 515. Na manualística, a mesma conclusão, sem particulares desenvolvimentos, é apontada por autores como RICCARDO DEL PUNTA, *Diritto del Lavoro*, *cit.*, pág. 232; LUISA GALANTINO, *Diritto del Lavoro*, *cit.*, pág. 147; e EDOARDO GHERA, *Diritto del Lavoro*, *cit.*, pág. 63.

individuale”, estatui: “Le clausole difformi dei contratti individuali preesistenti o successivi al contratto collettivo, sono sostituite di diritto da quelle del contratto collettivo, salvo che contengano speciali condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro”. A par daquele preceito, vigorou também durante algum tempo a norma ínsita no artigo 2066/2 do *Codice* (actualmente revogada), segundo a qual “Le clausole dei contratti individuali, difformi dalle norme inderogabili contenute nelle ordinanze e negli accordi previsti nel presente capo, sono sostituite di diritto dalle norme sudette”. Esta revogação não teve particular impacto, uma vez que, como foi mencionado, desde sempre se sustentou a aplicação do artigo 1339 do *Codice* ao contrato de trabalho.

Na experiência jurídica alemã, como vimos *supra*, não existe actualmente nenhum preceito juslaboral que disponha acerca da substituição automática de cláusulas. Contudo, a técnica da substituição automática chegou a ter consagração juspositiva na hipótese de desconformidade entre cláusulas do contrato individual de trabalho e disposições provenientes de convenções colectivas de trabalho. Durante a vigência da *Tarifvertragsverordnung* de 1918²⁶⁷, determinava o §1 I 3, que no lugar das cláusulas dos contratos individuais de trabalho ineficazes impunham-se as correspondentes disposições convencionais violadas.

4. Análise do regime legal

4.1. O conceito de cláusula

Dispõe o artigo 121.º, n.º 2 que “a cláusula de contrato de trabalho que viole norma imperativa considera-se substituída...”. A análise da hipótese da norma em apreço confronta-nos com a necessidade de determinar o que deva entender-se por cláusula no específico contexto do regime que analisamos – *rectius*, um regime de invalidade parcial.

²⁶⁷Nos diplomas que sucederam *Tarifvertragsverordnung*, a *Arbeitsordnungsgesetz* de 20 de Janeiro de 1934 e a *Tarifvertragsgesetz* de 1949, desapareceu a referência ao efeito substitutivo, muito embora a doutrina não tenha atribuído particular relevância à mencionada alteração legislativa – assim, ROLF EBERTH, *Die Teilnichtigkeit im Arbeitsrecht*, cit., pág.68.

Embora faltem na literatura nacional e no direito comparado estudos sistemáticos sobre a noção de cláusula, é comum avançar-se na literatura²⁶⁸ com duas hipóteses distintas de significado²⁶⁹. Na primeira hipótese, por cláusula entende-se *toda e qualquer proposição que forma o conteúdo do contrato*²⁷⁰. A esta noção ampla e formal de cláusula acresce uma outra, uma noção substancial, mais restrita. Nesta acepção, cláusula identifica *um elemento preceptivo do contrato, um elemento dirigido a produzir um efeito jurídico*^{271 272}.

Ora, deve entender-se ser com este segundo significado que o vocábulo é utilizado na disposição do Código do Trabalho em apreço²⁷³. Quando se estatui que a

²⁶⁸ Sobre a distinção, vejam-se os estudos de GIANLUCA SICCHIERO, “Studi preliminari...”, *cit.*, pág. 1196 e ss.; e “Le clause contrattuali”, *L’atto pubblico fra tecniche di redazione e forme di comunicazione, Atti del convegno di studi Tropea, 10 e 11 Giugno 2005*, Giuffrè, Milão, 2006, págs. 37 e ss..

²⁶⁹ Há ainda hipóteses peculiares em que a expressão é utilizada para indicar um “comando heteronormativo”. É o que se verifica no sistema italiano na primeira parte do artigo 1339 do *Codice Civile* (“Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge o da norme corporative sono di diritto inseriti nel contratto...”). Não é este, de todo, um sentido corrente na doutrina nem na lei portuguesas para a expressão “cláusula”. No limite, é possível que o termo cláusula seja utilizado para indicar uma disposição legal que contém um princípio geral, no sentido de “cláusulas gerais”, como é o caso da boa fé e dos bons costumes.

²⁷⁰ Assim, por exemplo, JOÃO CASTRO MENDES, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. III, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1979, pág. 475, parece utilizar a expressão “cláusula” nesta acepção, enquanto autónoma proposição linguística, e reservar o termo “estipulação” para identificar os preceito negociais. Observa: “para estarmos perante uma cláusula, basta que o elemento em que pensamos faça sentido por si; não é necessário que seja por si eficaz. Se o navio vier da Ásia” é uma cláusula, embora só tenha eficácia junto a outra cláusula: pagar-te-ei, doar-te-ei, etc...As cláusulas do negócio jurídico que são eficazes por si chamam-se estipulações”.

²⁷¹ Nestes termos, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Conversão...*, *cit.*, pág. 539, nota 4.

²⁷² De acordo com esta acepção, nem todas as proposições linguísticas, nem todos os enunciados das partes que integram o tecido contratual, são cláusulas. Aqueles que não revestem carácter preceptivo – v.g. considerandos, declarações enunciativas que precedem as declarações dispositivas do contrato através das quais as partes indicam os motivos, as razões pelas quais decidem contratar ou os resultados que pretendem atingir – estarão excluídos. O que não significa, como observa GIANLUCA SICCHIERO, “Studi preliminari...”, *cit.*, págs. 1200 e 1201, que essas cláusulas em sentido formal não desempenhem uma função relevante, designadamente, para determinar o “assetto di interesse perseguito”, constituindo “un indice ermeneutico del contenuto dispositivo del contratto”.

²⁷³ Esta é também a orientação dominante na doutrina italiana a respeito do significado de “clausola” no contexto de disposições como o artigo 1339 e 1419 do *Codice Civile*. A esse propósito,

cláusula viola ou contraria uma norma imperativa, tal ocorre evidentemente porque a cláusula produz um efeito. Se a cláusula não produzir qualquer efeito, o legislador não terá qualquer razão para valorá-la, não estará interessado em sancionar a nulidade para que o efeito causado pelo pacto contrário à norma imperativa seja eliminado (e substituído)²⁷⁴.

vejam-se as observações de EUGENIO SARACCINI, *Nullità e sostituzione...*, cit., pág. 6, sobre o alcance da expressão “clausole”: “De invalidade (nulidade ou anulabilidade) de cláusulas contratuais só é possível falar na aceção de cláusulas-preceito, pelo simples facto de que só a estas são reconhecidos efeitos jurídicos. Por outro lado, a cláusula-proposição, justamente porque se trata de uma proposição, de qualquer coisa que se refere à expressão da vontade negocial, mas não se identifica com o preceito negocial (ao ponto de poder não existir), não deve considerar-se, em bom rigor, válida ou inválida”. E mais à frente, a respeito da fórmula utilizada no artigo 1339 do *Codice Civile* (“clausole difformi apposte dalle parti”), conclui (pág. 99): “Não há dúvida de que a desconformidade da cláusula depende dos efeitos jurídicos queridos; mas esses apenas podem dizer respeito às cláusulas-preceito, isto é, às cláusulas que compõem necessariamente *o contrato*, não às cláusulas-proposição, que compõem (caso exista), *o texto do contrato*” (itálicos do autor). Também MARIO CASELLA, *Nullità parziale del contratto...*, cit., pág. 18, observa que se a nulidade significa a recusa de tutela predisposta pelo ordenamento, a não produção dos efeitos jurídicos, é em relação à cláusula enquanto preceito negocial que o artigo 1419/2 se dirige. GIANLUCA SICCHIERO, “Studi preliminari...”, cit., pág. 1203 assinala que “De facto só em relação à possibilidade de perseguir e realizar um resultado que a lei entende negar se compreende o sentido da norma que veda o pacto, o substitui ou sanciona o inteiro acto que o contém, já quando uma cláusula tem um conteúdo meramente declarativo, não pode constituir o alvo directo da norma imperativa, pois nesse caso não é idónea a produzir qualquer efeito”.

²⁷⁴ Cumpre observar que, muito particularmente na experiência jurídica italiana, a análise do conceito de cláusula para efeitos do(s) preceito(s) correspondente(s) – os artigos 1339 e 1419/2 do *Codice* – acabou por conhecer desenvolvimentos mais extensos, em grande parte, porque a dada altura se entendeu que da análise desse conceito resultaria a resposta a um outro problema, *o da extensão do juízo de nulidade e da conseqüente operação de substituição*. O relacionamento entre os dois tópicos foi, aliás, desencadeado por um problema prático laboral que começou por ser afluído junto dos tribunais. Em causa estavam contratos nos quais se previa o direito a uma retribuição majorada pela prestação de trabalho suplementar com um acréscimo de 20% – numa derrogação *in melius* à majoração mínima prevista na lei – e em que simultaneamente era acordado que a base de cálculo para tal majoração não era o salário efectivo, mas o salário mínimo, em contradição com o disposto no artigo 2108 do *Codice Civile* (o qual, ainda hoje, estatui que a majoração é feita tendo em conta a retribuição devida ao trabalhador pelo trabalho “ordinário”). Assumindo que uma conformação deste tipo era inválida por violação de uma norma imperativa (aspecto que, diga-se, não era, apesar tudo pacífico, já que certa jurisprudência, com base na ideia de que a aplicação do princípio do tratamento mais favorável autorizaria derrogações *in pejus* desde que o tratamento contratual fosse no seu

complexo mais favorável ao trabalhador do que o legal, admitiu a validade de regulações contratuais deste tipo – sobre esta questão *vide infra*, parte II, A, capítulo 1, ponto 7.2.2), assumindo esse dado, dizíamos, colocava-se, perante um cenário de invalidade, a questão da extensão da operação de substituição a realizar nos termos do artigo 1419/2 do *Codice Civile*. Por diversas ocasiões, a *Corte di Cassazione – Sezioni Unite* (v.g. decisões n.º 3294, de 16 de Outubro de 1958, e n.º 1245, de 28 de Abril de 1959), invocando o uso de uma noção ampla e substancial de cláusula, enquanto preceito indivisível, entendeu que as duas disposições que regulavam respectivamente a majoração e a base de cálculo compunham uma única cláusula e que, como tal, a substituição deveria ser global. Contra esta orientação manifestou-se alguma doutrina italiana da época (entre vários, LINA GERI, “Sul significato del termine “clausola” in relazione al comma 2.º dell’art. 1419 c.c.”), *RTDPC*, ano XIV, 1960, págs. 683 e ss.), condenando o recurso a uma noção substancial de cláusula – por assim não se permitir limitar a nulidade apenas às disposições que efectivamente estavam em contraste com as normas imperativas em homenagem ao princípio *utile per inutile non vitiatur* –, e reafirmando uma noção de cláusula como “qualsiasi parte, frazione, elemento specifico, componente o costituente del contenuto del contratto”.

Sem enveredarmos por uma discussão pormenorizada sobre o ponto, sempre gostaríamos de dizer que nos parece equívoco dizer-se que a resposta ao problema em apreço depende da noção de cláusula que se adopte para efeitos do artigo 1419/2 (ou do artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho). A noção de cláusula sempre terá de ser uma noção substancial, enquanto elemento preceptivo logicamente unitário, independentemente da sua colocação formal, em termos isolados ou inserido numa proposição textual complexa. Mas isso não significa que mesmo raciocinando em termos de elementos preceptivos, não se possa admitir a possibilidade de a nulidade de um dos preceitos arrastar a nulidade do outro, se for de apurar que intercedem entre eles nexos de interdependência que apontem para uma unitariedade. Aliás, supomos que terá sido esse o percurso imperfeitamente calcorreado pela *Corte*. De facto, embora a linguagem da *Corte* sugerisse a ideia de que a solução de substituição global fazendo apelo a uma noção substancial de cláusula, o que nos parece ter motivado a decisão terá sido o facto de a *Corte* valorar, implicitamente, os dois preceitos negociais como uma unidade, como uma regulamentação unitária.

Curiosamente, entre nós, embora sem debate doutrinal, a questão do conceito de cláusula já sofreu outro tipo de entorse para sustentar o percurso inverso. Veja-se um curioso Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2012 (processo n.º 4397/07.3TTLSB.L1-4) – disponível em www.dgsi.pt – em que se discutiu a validade de um contrato de trabalho corporizado num documento do qual constava: Cláusula 3.ª – “(1). O segundo outorgante obriga-se a prestar a sua actividade nos locais que lhe forem indicados pela primeira outorgante. (2). Sem prejuízo do convencionado no número anterior, o segundo outorgante prestará de imediato a sua actividade profissional no distrito de Lisboa, ou eventualmente em outro local ou noutras instalações afectas à actividade do primeiro outorgante, ou por esta indicadas. (3). O local de execução da actividade do segundo outorgante poderá ser livremente alterado pelo primeiro outorgante para qualquer outro onde esteja instalado ou venha a desenvolver algum projecto ou actividade”. Reputada inválida a disposição que admitia a possibilidade

A densificação da expressão “cláusula” remete-nos ainda para um outro problema. A que cláusulas se refere o artigo 121.º, n.º 2? Estão em causa apenas cláusulas secundárias? Ou também cláusulas essenciais ou principais?

Uma vez mais, parece-nos, a questão deve ser analisada da perspectiva que aqui nos interessa, a da invalidade parcial. Na verdade, de acordo com a análise empreendida na primeira parte do nosso estudo, identificámos várias “modalidades” de invalidade parcial. Por um lado, vimos, pode estar em causa uma desconformidade entre a lei e uma cláusula secundária ou acessória. À luz de um critério estrutural ²⁷⁵, concluímos então que cláusulas acessórias ou secundárias eram todas aquelas não indispensáveis para caracterizar o tipo abstracto do negócio, todas aquelas cuja

de livre transferência do trabalhador, o tribunal entendeu que se tratava de uma hipótese de invalidade parcial de uma cláusula, a “cláusula 3.ª” (já que apenas era afectado o ponto 3) e, como tal, aplicou o artigo 292.º do Código Civil, e sem grandes indagações, concluiu pela manutenção dos restantes pontos da “cláusula 3.ª”. Trata-se, pois, de um caso, em que o tribunal identificou como cláusula não o elemento preceptivo, mas uma fórmula gráfica que, em rigor, compreendia várias estipulações. Perante isto e para sustentar a não extensão dos efeitos da nulidade às demais estipulações, recorreu, em termos impróprios, a uma ideia de invalidade parcial da própria cláusula...

²⁷⁵ Reconhece-se, porém, que em Direito do Trabalho a expressão “elemento essencial” é frequentemente utilizada pelo corpo doutrinal, jurisprudencial e mesmo legislativo com um alcance distinto daquele por nós referido. Por vezes, a expressão cláusula essencial é usada para cobrir todos os conteúdos negociais substancialmente unitários por contraposição com os chamados pactos adjuntos ou acidentais – RAÚL VENTURA, “Nulidade total e nulidade total...”, *cit.*, pág. 262. Noutras ocasiões, trata-se sobretudo de dar ênfase aos elementos indispensáveis para que o destinatário possa, desde logo, concluir qual a efectiva relação contratual que se pretende estabelecer e aquilatar sobre a correspondente aceitação. Neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de Março de 2009, processo n.º 3988/05.1TTLSB-4 (disponível em www.dgsi.pt), o qual considerou que no contrato de trabalho os elementos essenciais são os que respeitam às prestações principais das partes contratantes, ou seja, o trabalho a efectuar (isto é, o objecto do contrato), e a retribuição a auferir (enquanto contrapartida da prestação do trabalho), podendo entender-se ainda como essenciais, a indicação do local da prestação do trabalho, bem como o período durante o qual este será prestado. Trata-se de um entendimento que não andarà muito longe daquele preconizado por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral...*, *cit.*, pág. 120, que se refere a elementos essenciais do negócio como aqueles que, em concreto, melhor o retratam, de modo a permitir uma rápida apreciação do seu mérito intrínseco. Como há ainda hipóteses em que o atributo da essencialidade assume um cunho meramente descritivo. É o que sucede, quanto a nós, justamente quando no artigo 105.º do Código do Trabalho se determina que o regime das cláusulas contratuais gerais se aplica aos aspectos essenciais do contrato de trabalho. *Vide infra* parte II, capítulo 4, ponto 2.

presença ou ausência não incidia sobre a enquadrabilidade da *fattispecie* no esquema típico. Por outro lado, apurámos também que a invalidade parcial pode assumir uma segunda variante, identificando aquelas hipóteses o objecto/a prestação do negócio, em termos quantitativos, na sua medida/valor ou no seu aspecto temporal, contraria a lei. Cabem aqui as hipóteses que, na classificação de MANUEL DE ANDRADE²⁷⁶, o Autor identifica como hipóteses de desconformidade parcial entre a lei e uma cláusula essencial. Quer dizer, a invalidade parcial pode atender a uma cláusula secundária como pode dizer respeito ao aspecto quantitativo da prestação ou de um elemento principal.

Ora, vistas as coisas a esta luz, afigura-se que a expressão “cláusula” para efeitos do artigo 121.º, n.º 2 deve assimilar qualquer um destes cenários²⁷⁷. Pode estar em causa uma estipulação secundária. Se considerarmos que são cláusulas essenciais no contrato de trabalho aquelas através das quais se determina o dever do trabalhador realizar a prestação e o dever do empregador de pagar a retribuição, podem incluir-se na categoria de estipulações secundárias cláusulas como aquela que define o número de dias de férias, a que define o valor do subsídio de Natal, a que determina em que condições pode o empregador alterar o local onde o trabalhador deve realizar a prestação ou alterar as funções que o trabalhador se encontra adstrito a desempenhar, etc.. Por outro lado, pode estar em causa um aspecto quantitativo da prestação ou de

²⁷⁶ *Teoria Geral.... cit.*, pág. 427

²⁷⁷ Também RAÚL VENTURA, “Nulidade total e nulidade parcial...”, *cit.*, pág. 262, se mostrou favorável a um entendimento amplo da expressão “cláusula” ainda em face do artigo 4.º, n.º 3 da proposta da Câmara Corporativa.

Repare-se que, na experiência jurídica italiana, também tem sido essa a *communis opinio* em relação ao alcance da expressão “clausola” à face do artigo 1339 e para efeitos do artigo 1419/2 do *Codice Civile*. Um sector minoritário da doutrina acabou, no entanto, por estabelecer uma *nuance* em relação a este último preceito (assim, EUGENIO SARACINI, *Nullità e sostituzione...., cit.*, pág. 43 e MARIO CASELLA, *Nullità parziale del contratto...., cit.*, pág. 185). Segundo este posicionamento, o artigo 1419 não contemplaria todas as hipóteses de invalidade parcial do contrato, mas apenas aquelas respeitantes a cláusulas secundárias, nuns casos, admitindo a relevância da vontade das partes (n.º 1), noutros impondo a substituição (n.º 2). Nas hipóteses em que estivesse em causa uma cláusula principal, entraria em jogo o artigo 1418/1 (preceito homólogo ao nosso artigo 294.º do Código Civil). Por regra, de acordo com o referido preceito, as cláusulas principais em contraste com normas imperativas dariam lugar à nulidade total do contrato. Contudo, por vezes, a lei limitaria a invalidade à parte directamente afectada – que de outro modo arrastaria a invalidade total do contrato – e concomitantemente estabelecia a necessária substituição da cláusula inválida pelo preceito legal.

um elemento principal. Em Direito do Trabalho, este segundo tipo de desconformidade também assume relevância se pensarmos, por exemplo, na hipótese de o valor da retribuição acordado ser inferior ao previsto na correspondente tabela salarial ou ainda na hipótese de o trabalhador se ter vinculado a realizar determinada actividade durante um período normal de trabalho diário superior ao máximo legal. Nos dois casos, está em causa uma desconformidade que atinge a prestação na sua medida/valor ou no seu aspecto temporal. Contudo, não está em causa a validade do acordo sobre a retribuição ou sobre a actividade que o trabalhador se obrigou a prestar. Está em causa a validade do acordo sobre o valor da retribuição²⁷⁸, num caso; no outro, a validade do acordo sobre a quantidade da prestação. Aliás, bem vistas as coisas, se tivermos em consideração o processo de emergência histórica do fenómeno substitutivo em Direito do Trabalho – os dados concretos da experiência histórica –, seremos forçados a reconhecer que o mecanismo teve a sua génese justamente perante este tipo de estipulações. Foram estas situações que impulsionaram decisivamente a consagração do mecanismo substitutivo, pelo que faz todo o sentido que a consagração legal tenha também modelado a sua resposta de acordo com a percepção destas situações-limite.

4.2. O conceito operativo de normas imperativas

Para que a solução substitutiva opere tem de estar em causa uma cláusula de contrato de trabalho que viole *norma imperativa*, o que nos remete para a segunda dificuldade conceitual suscitada pela previsão da norma em análise: o conceito operativo de norma imperativa.

4.2.1. A estrutura da norma imperativa: normas preceptivas e normas proibitivas

Começaremos por destacar o aspecto estrutural a partir do qual se torna possível caracterizar as normas imperativas. De acordo com a distinção comumente

²⁷⁸ TIZIANO TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milão, 1968, pág. 138, distingue os vícios que respeitam o acordo sobre a retribuição daqueles que atendem às modalidades da retribuição, designadamente, em particular, o problema da sua adequação quantitativa.

estabelecida na doutrina, as normas imperativas subdividem-se em normas imperativas *preceptivas* e normas imperativas *proibitivas*²⁷⁹. Partindo da referida classificação, pergunta-se qual o tipo de preceitos imperativos contemplados na norma que prevê o efeito substitutivo.

4.2.1.1. Ideia dominante: a exclusão das normas proibitivas

Alguns sectores da doutrina propendem a considerar que as situações de violação de normas proibitivas se encontram excluídas do âmbito de previsão do preceito. O argumento é simples e fácil de enunciar: a impossibilidade de nesse caso poder operar uma verdadeira substituição.

Era este o pensamento de RAÚL VENTURA, mesmo antes da vinda a lume do artigo 14.º, n.º 2 da LCT. Observava então o ilustre jurista: “só pode haver substituição quando a norma imperativa seja preceptiva e, portanto, contenha um regime positivo; se a norma é meramente proibitiva”, concluía o Autor, “não há possibilidade de substituição”, dando o exemplo da norma que proíbe o trabalho nocturno em certa indústria²⁸⁰. As mesmas reservas foram mais tarde manifestadas por MARIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO²⁸¹, a propósito do âmbito de aplicação do artigo 14.º, n.º 2. “Mais problemática se revela a questão de saber como se efectua a substituição, tendo em conta os diversos tipos de preceitos imperativos que podem ser contrariados. Para as normas preceptivas não haverá dúvidas: a cláusula contratual desaparece e passa a vigorar o regime prescrito na norma (...) Mas relativamente às normas proibitivas a solução não é tão simples. Nestes casos a substituição não é possível”. E concluem: “Dir-se-á que estas situações estão já fora da hipótese prevista no número 2, que, ao referir-se a substituição pelo regime mais favorável, parece requerer a presença de uma norma preceptiva.” Dão o exemplo da hipótese de um contrato obrigar um trabalhador menor a prestar trabalho nocturno em condições contrárias às estabelecidas na lei. Determina o actual artigo 76.º, n.º 1 do Código do Trabalho que “É proibido o trabalho de menor com idade inferior a 16 anos entre as 20 horas de um dia e as 7 horas do dia seguinte.”. Para

²⁷⁹ Cf. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução do Direito...*, cit., pág. 93.

²⁸⁰ RAÚL VENTURA, “Nulidade total e nulidade parcial...”, cit., pág. 147.

²⁸¹ *Comentário às Leis do Trabalho*, cit., pág. 68.

estes casos, os Autores vêem com dificuldade que o mecanismo da substituição automática da cláusula inválida pela norma invalidante possa operar. Ainda que sem particulares desenvolvimentos, esta ideia continua a ter respaldo junto de alguma doutrina que analisa a solução substitutiva actual²⁸².

É neste ponto que se afigura útil fazer confluir os contributos da doutrina italiana a propósito de normas com capacidade substitutiva. Referimo-nos em especial aos vários os esforços empreendidos na tentativa de densificar a expressão “legge” utilizada no artigo 1339 do *Codice Civile*, isto é, de saber a que normas se refere o preceito codicístico. Aí, mereceu particular destaque a lição de SARACINI²⁸³. A discussão especificamente juslaboral acabou também por aproveitar o esforço que a doutrina civilista italiana dedicou a este tema, transpondo para o horizonte juslaboral alguns desses contributos. A construção de DE LUCCA TAMAJO²⁸⁴ é elucidativa a esse respeito.

4.2.1.2. O pensamento de SARACCINI e DE LUCA TAMAJO: normas que dizem respeito à matéria do contrato; normas imperativas em sentido estrito e normas proibitivas

I – O raciocínio ensaiado foi basicamente o seguinte: se a norma em apreço consagra um mecanismo da substituição quando ocorre a violação de normas imperativas, tal significa que em causa só poderão estar normas *estruturalmente idóneas* a produzir o efeito substitutivo²⁸⁵. Tomando como ponto de partida uma noção ampla de normas imperativas e assumindo o critério “estrutural-conteudístico” acabado de expor – o da idoneidade substitutiva das mesmas – os Autores procuraram delimitar a expressão norma imperativa. Afastadas estariam, segundo SARACINI²⁸⁶, as normas inderrogáveis que disciplinam o contrato em geral, uma vez que dificilmente se poderá dizer que essas normas impõem determinadas cláusulas ou preços ou que têm possibilidade de ser inseridas num contrato. Pela mesma razão, o Autor exclui as

²⁸² Admite as mesmas dificuldades MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, cit., pág. 212.

²⁸³ EUGENIO SARACINI, *Nullità e sostituzione...*, cit., pág. 51 e ss..

²⁸⁴ RAFFAELE DE LUCCA TAMAJO, *La Norma Inderogabile ...*, cit., pág. 194 e ss..

²⁸⁵ *La Norma Inderogabile...*, cit., pág. 175.

²⁸⁶ *Nullità e sostituzione...*, cit., pág. 52.

normas imperativas que prevêm os requisitos de validade dos contratos bem como aquelas que se reportam aos sujeitos. DE LUCA TAMAJO²⁸⁷ acompanha a orientação do autor civilista e também afasta do conceito de normas imperativas dotadas de eficácia substitutiva as normas que contemplam os requisitos formais e substanciais de validade do contrato de trabalho bem como as que regulam a capacidade dos sujeitos. O raciocínio subjacente a este entendimento é o de que tais normas não seriam susceptíveis de sofrer derrogações através de um regulamento contratual, pelo que seria impraticável qualquer mecanismo de inserção automática. A categoria das normas imperativas com capacidade substitutiva deveria, portanto, centrar-se, concluem os Autores, nas normas imperativas que dizem respeito à matéria, ao conteúdo do contrato (de trabalho), as normas que disciplinam imperativamente uma dada relação contratual.

Sucede que, enunciada esta primeira conclusão acerca do conceito operativo de normas imperativas, os autores vindos de mencionar vão mais longe na referida tarefa de delimitação e identificação dos elementos ou atributos comuns de que participam as normas imperativas em questão. Mesmo dentro das normas que se referem ao conteúdo do contrato, importaria proceder a uma segunda delimitação, visto que nem todas as normas imperativas relativas ao conteúdo do contrato possuiriam idoneidade substitutiva, leia-se, capacidade estrutural de inserção no regulamento contratual.

II – Dentro da categoria das normas imperativas que atendem directamente à matéria ou ao conteúdo de um contrato, distinguem-se as *normas proibitivas* e as *normas imperativas em sentido estrito*. Uma e outras impõem limites à autonomia contratual, pelo que em certa medida se pode dizer que todas contêm proibições. No entanto, enquanto as normas proibitivas não fazem mais do que impor limites à autonomia contratual, as normas imperativas em sentido estrito consistem fundamentalmente em comandos²⁸⁸.

SARACINI divide depois as *normas proibitivas* em três grupos. Em primeiro lugar, destacam-se as normas que encerram a proibição de um dos contraentes de

²⁸⁷ *La Norma Inderogabile...*, cit., pág. 177.

²⁸⁸ Uma classificação similar foi, depois, utilizada por outros autores como MARIO CASELLA, *Nullità parziale del contratto...*, cit., págs. 68 e ss., autor civilista que também se dedicou ao estudo do fenómeno substitutivo.

rescindir o contrato antes de decorrido um certo período de tempo (*proibições de carácter temporal*). Trata-se de normas tipicamente previstas na disciplina legal de relações contratuais duradouras. O exemplo paradigmático, fornecido pelo Autor, seria o da norma juslaboral que impedia o empregador de fazer cessar o contrato com a trabalhadora durante o período de gravidez ou puerpério²⁸⁹. Um segundo grupo, seguramente o mais numeroso, é constituído por normas que, ao preverem a estipulação de certas cláusulas, impedem os contraentes de determinar as referidas prestações ou termos em medida superior ou inferior a certo limite (*proibições de carácter quantitativo*). Pense-se no caso da norma que fixa a duração máxima do período normal de trabalho ou da que prevê a duração máxima para o exercício de funções superiores no âmbito do *ius variandi*²⁹⁰. Por fim, o terceiro grupo compreende as normas que proíbem a estipulação de certas cláusulas (*proibições de carácter qualitativo*). Neste último grupo, SARACINI sustenta que algumas normas, apesar de no plano estritamente lexical exprimirem uma proibição, deveriam ser equiparadas a normas imperativas em sentido estrito, uma vez que, atribuindo direitos a uma das partes da relação jurídica, acabariam por consagrar verdadeiros comandos. No mesmo sentido, DE LUCA TAMAJO dá o exemplo da norma que proíbe ao empregador transferir o trabalhador para outro local de trabalho, salvo por razões técnicas, organizativas ou produtivas²⁹¹. Já outras normas limitar-se-iam a proibir certas cláusulas. Figurariam neste grupo de casos a norma que determina a nulidade de qualquer pacto anterior à morte do trabalhador acerca da atribuição e repartição da

²⁸⁹ Cf. o artigo 2110/2 do *Codice Civile*, actualmente ainda em vigor, com as especificações previstas em legislação especial. No sistema português, a protecção de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou de trabalhador no gozo de licença parental opera de maneira diferente. Caso entenda haver motivo para despedir trabalhadora numa das situações mencionadas, o empregador deve solicitar parecer prévio da entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres. Caso este parecer seja desfavorável, o empregador só pode efectuar despedimento após decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo (artigo 63.º, n.ºs 1 e 6 do Código do Trabalho).

²⁹⁰ No sistema italiano, cf., respectivamente, o artigo 4 do *Decreto Legislativo* n. 66/2003, de 8 de Abril, e o artigo 2103/7 do *Codice Civile*. Na lei portuguesa, cf. os artigos 202.º e 120.º, n.º 3, ambos do Código do Trabalho.

²⁹¹ *La Norma Inderogabile...*, cit., pág. 181. Cf. o artigo 2103 do *Codice Civile*. A inderrogabilidade de tal disciplina resulta da própria letra da lei (“Ogni patto contrario è nullo”). Sobre a disciplina jurídica homóloga, mas não coincidente, no direito português, ver o artigo 194.º do Código do Trabalho.

indenização em caso de morte²⁹² ou a que proíbe o despedimento da trabalhadora em consequência do casamento²⁹³.

Já as *normas imperativas em sentido estrito* reconhecem, na sua grande maioria, direitos – reconhecem direitos de crédito e vedam a possibilidade de determinação da prestação de modo diferente daquele previsto na norma ou em medida menos favorável para o credor; ou reconhecem direitos potestativos a uma ou ambas as partes²⁹⁴. Pertenceriam a esta categoria as muitíssimas normas que disciplinam a relação de trabalho subordinado. A título meramente exemplificativo, a norma que fixa o direito ao repouso diário com duração não inferior a determinado número de horas, a que estabelece o direito do trabalhador a um número mínimo de dias de férias anuais, a que estabelece o direito do trabalhador a uma indenização em caso de resolução do contrato com justa causa, a que reconhece ao trabalhador o direito a uma compensação em caso de despedimento por causas objectivas, etc.^{295 296}.

²⁹² Artigo 2122/4 do *Codice Civile*.

²⁹³ Cf. o artigo 1 da *Legge* n. 7/1963, de 9 de Janeiro, entretanto revogada e substituída pelo *Decreto Legislativo* n. 198/2006, de 11 de Abril (actual *Codice delle pari opportunità tra uomo e donna*).

²⁹⁴ Algumas normas imperativas em sentido estrito reconhecem direitos de crédito ou direitos potestativos, mas impõem o seu exercício dentro de um certo lapso de tempo ou no decurso de um certo termo.

²⁹⁵ Cf., respectivamente, os artigos 214.º, 238.º, 396.º, 366.º do Código do Trabalho.

²⁹⁶ Um conjunto de outros aspectos distinguiria, na opinião de EUGENIO SARACINI, *Nullità e sostituzione...*, *cit.*, págs. 58 a 61, as normas proibitivas das normas imperativas em sentido estrito.

Em primeiro lugar, o Autor tende a reconduzir as normas proibitivas às normas que dizem respeito a matérias típicas de cláusulas principais. De facto, como bem observa o Autor, a função das normas imperativas que incidem sobre cláusulas principais consiste em disciplinar a determinação contratual da prestação e tal só poderá traduzir-se em proibições de determinação do valor em medida superior ou inferior a certo limite. Tal não significaria, por certo, que não possam existir normas proibitivas relativas a matérias reguladas através de cláusulas secundárias. O Autor entende que tal constituirá uma excepção, porquanto a maioria das normas que disciplinam conteúdos típicos de cláusulas secundárias serão normas imperativas em sentido estrito, mas entende, em todo o caso, que essa generalização não é absoluta.

Em segundo lugar, em parte na esteira da ilação anterior, o civilista italiano observa que, com excepção das normas proibitivas do primeiro grupo (as que proíbem um dos contraentes de rescindir o contrato antes de decorrido um certo período de tempo), a aplicação das restantes normas proibitivas *pressupõe que as partes tenham estipulado uma cláusula em contraste com a norma*. Já as normas imperativas em sentido estrito *teriam aplicação quer as partes tivessem estipulado uma cláusula em*

III – Partindo desta classificação, DE LUCA TAMAJO e SARACINI desenvolvem o seguinte raciocínio.

Quanto às normas imperativas em sentido estrito, não levantam os Autores quaisquer obstáculos ao funcionamento do mecanismo da substituição automática. Trata-se de normas perfeitamente idóneas a valerem no contrato em vez da cláusula contrastante. Pense-se na norma que reconhece ao trabalhador o direito a um número mínimo de dias de férias. A cláusula que contraria tal preceito considera-se substituída por aquele.

Quanto às normas proibitivas, a questão suscita algumas observações adicionais. As normas proibitivas do primeiro grupo (as proibições de carácter temporal) gozariam da mesma capacidade substitutiva que as normas imperativas em sentido estrito²⁹⁷. É no que respeita as proibições de carácter quantitativo e qualitativo que os Autores enfrentam algumas dificuldades.

No que concerne as proibições de carácter quantitativo, *primo conspectu*, dir-se-ia que estas não seriam idóneas para serem aplicadas em vez das cláusulas desconformes. Atente-se no exemplo da cláusula contratual que fixa o período normal de trabalho em dez horas, em contradição com a norma que estabelece a duração

contraste com a norma que na ausência de cláusula contratual propriamente dita. Pense-se no exemplo da norma que prevê o direito do trabalhador a vinte e dois dias de férias: quer as partes disciplinem este aspecto num sentido desconforme com a norma quer optem por nada acordar, a aplicação (inserção) da norma ocorrerá em qualquer dos cenários.

Por fim, considera o Autor que, enquanto as normas imperativas em sentido estrito tanto podem assumir a natureza de normas relativamente imperativas como absolutamente imperativas (sobre a distinção, vide *infra*, parte II, A, capítulo I, ponto 4.2.3), em relação às normas proibitivas não será tecnicamente rigoroso falar-se de inderrogabilidade relativa ou imperatividade relativa. O raciocínio do Autor baseia-se, em traços gerais, no seguinte: (i) as normas proibitivas de carácter qualitativo vedam às partes a estipulação de uma determinada cláusula pelo que a inderrogabilidade é aí absoluta; (ii) as proibições de carácter quantitativo, por sua vez, ou colocam simultaneamente um limite mínimo e máximo e nesse caso a inderrogabilidade é também absoluta; (iii) ou fixam apenas um limite máximo ou um limite mínimo. Nesta última hipótese, porém, o Autor entende que só haverá “derrogação contratual” naqueles casos em que as partes excedam o limite máximo permitido ou fixem a prestação numa medida inferior ao limite mínimo disposto na lei. Quando as partes, na presença de um limite legal máximo, se limitam a estipular um valor que não ultrapassa esse tecto, não se poderá dizer que tal conformação representa uma derrogação da norma.

²⁹⁷ EUGENIO SARACINI, *Nullità e sostituzione...*, *cit.*, pág. 66 e ss.; RAFFAELE DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile...*, *cit.*, pág. 179.

máxima de oito horas. No lugar da cláusula negocial que fixa o período normal de trabalho em dez horas não poderia, segundo DE LUCA TAMAJO, aplicar-se directamente a norma legal que, ao proibir uma prestação de trabalho diário superior a oito horas, apenas cumpre uma função negativa, de limite. Com efeito, essa norma apenas prevê um limite temporal máximo, não indicando qualquer medida positivamente obrigatória e vinculativa. Se “substituir” a cláusula violada pela norma com ela contrastante se traduzisse pura e simplesmente na penetração da norma proibitiva no contrato tal significaria colocar, em vez da cláusula, a norma legal que proíbe o prolongamento da prestação de trabalho para além das oito horas, sem que com isso se fixasse propriamente a duração do período de trabalho a que o trabalhador estaria vinculado. Todavia o eminente juslaborista salienta que é possível vislumbrar neste tipo de normas uma capacidade de inserção no contrato graças ao comando que delas é possível extrair. Basta pensar que a norma que proíbe a prestação de trabalho diário superior a oito horas pode ser “reescrita” fixando-se que o período normal de trabalho deve ser de oito horas e é sempre admitido uma estipulação mais favorável ao trabalhador. Também SARACINI reconhece que nestes casos existe substituição automática embora não se possa dizer que se trate da substituição da cláusula pela norma imperativa *hoc sensu*²⁹⁸.

Já no que às normas proibitivas de carácter qualitativo diz respeito, seria necessário distinguir, de novo, as duas variantes. Aquelas normas que, apesar do sentido lexical proibitivo, fossem em tudo semelhantes a normas imperativas em sentido estrito, seriam susceptíveis de substituição automática, sem quaisquer dificuldades. Tome-se de novo como exemplo a norma que, no sistema italiano, proíbe o empregador de transferir o trabalhador para outra unidade produtiva, salvo quando se verificarem razões técnicas, organizativas ou produtivas. Imaginando uma cláusula do contrato de trabalho que autorizasse o empregador a transferir o trabalhador para outro local, em desconformidade com a proibição imposta por lei, a cláusula em questão seria nula e substituída pela norma legal que reconhecia ao trabalhador o direito de permanecer no mesmo local de trabalho, salvo quando se verificarem os pressupostos previstos na lei. Num outro quadrante, situar-se-iam as restantes normas proibitivas de carácter qualitativo. A sua eficácia esgotar-se-ia em determinar a nulidade do pacto contrário, não dando, por isso lugar a qualquer

²⁹⁸ *Nullità e sostituzione...*, cit., pág. 71.

substituição automática. Nesse círculo de hipóteses, concluem os Autores, impor-se-ia o recurso ao artigo 1419/1 do *Codice Civile*.

4.2.1.3. Apreciação

Percorrido este já longo excuro pela doutrina italiana, importa tecer algumas observações.

Em primeiro lugar, é possível reconhecer, afinal, uma maior complexidade à categoria das normas proibitivas, contrariamente aquela que foi a perspectiva inicialmente veiculada pela doutrina nacional. As classificações ensaiadas por SARACINI e DE LUCA TAMAJO permitem evidenciar que existem diferenciações dentro da categoria das normas proibitivas *lato sensu*. A par das normas de conteúdo puramente proibitivo, é possível divisar normas que estabelecem proibições de *carácter quantitativo*, mas também de certas proibições de *carácter qualitativo* que devem ser equiparadas a verdadeiros comandos²⁹⁹.

Paralelamente, a abordagem descrita teve o mérito de tornar claro que integram o fenómeno quer as hipóteses em que a substituição ocorre por “penetração directa” da norma imperativa violada no regulamento contratual, quer as hipóteses em que a aplicação da norma violada se cifra numa “redução automática” dos efeitos jurídicos do contrato na parte que se têm por excessivos ou numa “extensão automática” dos efeitos jurídicos na hipótese inversa, nomeadamente no caso de proibições de carácter quantitativo. De facto, não se afigura útil nem adequada a demarcação que alguma doutrina italiana mormente civilista propendeu a estabelecer entre as normas cuja violação desencadeia uma substituição *hoc sensu* da cláusula pela norma daquelas cuja violação apenas implicaria um redimensionamento do

²⁹⁹ Repare-se que, em bom rigor, de um ponto de vista estritamente estrutural, o exemplo escolhido por MÁRIO PINTO/PEDRO FURTADO MARTINS/ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis do Trabalho, cit.*, pág. 67, para ilustrar a falta de idoneidade substitutiva das normas proibitivas acabaria por pertencer, sem dificuldades, a este grupo de casos na classificação da doutrina italiana. Estaria em causa uma hipótese em que, para utilizar a terminologia dos autores italianos, a cláusula era susceptível de ser “reescrita” à luz do comando legal, fixando-se que o trabalhador menor tem o direito de não trabalhar entre as vinte e as sete horas do dia seguinte.

conteúdo da cláusula³⁰⁰. Em ambos os tipos de situações, pode-se dizer que há lugar ao funcionamento de um mecanismo de substituição; em ambos os casos o ordenamento impõe que se realize um certo conteúdo e não outro. O efeito redutivo e o efeito extensivo devem ser vistos apenas como possíveis resultados a que conduz a substituição legal, como duas *species* do *genus* substituição³⁰¹.

Todavia, não obstante esta análise mais cuidada e atenta, confessamos as nossas dificuldades em acompanhar a segunda conclusão que os autores mencionados extraem acerca do perfil das normas imperativas susceptíveis de desencadear o efeito substitutivo, designadamente, a exclusão que é feita das normas proibitivas de tipo qualitativo. Senão, vejamos.

Num primeiro momento, os autores italianos manifestam uma preocupação em identificar como normas susceptíveis de desencadear o efeito substitutivo apenas as normas dotadas de capacidade substitutiva, isto é, aquelas cujo conteúdo tem idoneidade para fazer parte do regulamento contratual, ou seja, para ser inserido no regulamento contratual em vez da cláusula violadora. A verdade, porém, é que, logo no momento seguinte, os Autores se vêem forçados a sustentar um conceito maleável de efeito substitutivo. Admitem que em certos casos a substituição não possa ser entendida como uma simples penetração comando imperativo violado no regulamento contratual. Em certos casos, a substituição impõe uma operação ortopédica que não passa apenas pela mera inserção da norma violada no lugar da cláusula, mas exige uma adaptação mais elaborada. A cláusula é reescrita à luz do comando que é possível extrair da norma. Sirva de exemplo a norma que fixa o limite do período normal de trabalho ou aquela que proíbe a transferência unilateral do trabalhador para outro local de trabalho. Em ambos os casos, os Autores reconhecem que as normas em causa têm idoneidade substitutiva, desde que o efeito substitutivo seja apreendido em termos hábeis. Contudo, já quando em causa estão normas que os Autores qualificam como proibitivas de cariz qualitativo, rejeita-se qualquer capacidade substitutiva, como

³⁰⁰ Assim, GIOVANNI CRISCUOLI, *La nullità parziale del...*, *cit.*, pág. 86, posição que o Autor reitera em “Clausola illecita, scindibilità oggettiva del regolamento negoziale...”, *cit.*, coluna 1155. No caso das normas proibitivas de carácter temporal e quantitativo, haveria uma sobrevivência da cláusula negocial apenas com uma modificação quantitativa da duração ou da medida aí prevista – efeito redutivo, mas não substitutivo.

³⁰¹ Neste sentido, também MARIO CASELLA, *Nullità parziale del contratto...*, *cit.*, pág. 72, nota 20; ADRIANA D’ANTONIO, *La modificazione legislativa...*, *cit.*, pág. 198.

sucedem com o exemplo da norma que no sistema italiano proibia o despedimento da trabalhadora em razão do casamento. Ora, esta última *diferenciação* afigura-se-nos pouco convincente e um tanto artificialista.

Bem vistas as coisas, é possível falar em qualquer dos casos de “substituição”. Sempre que existe uma contrariedade do negócio com as normas imperativas e a consequência é a nulidade, pode afirmar-se que existe um efeito de substituição *lato sensu*, uma vez que, não se podendo verificar o efeito económico-jurídico querido pelas partes, passa a valer um efeito oposto. Tal sucede perante qualquer tipo de normas – preceptiva ou proibitiva – mesmo quando em causa está a violação de uma norma puramente proibitiva. Pense-se no exemplo da proibição de despedimento em caso de casamento. Quando as partes prevêm a possibilidade de despedimento da trabalhadora em caso de casamento estão a violar uma proibição legal. Sendo a estipulação ferida de nulidade, passa a valer o regime oposto, não se admitindo o despedimento fundado naquela causa. O que se pode dizer, todavia, é que há casos em que esse efeito substitutivo opera mediante a mera eliminação do conteúdo pactado, passando a valer o conteúdo oposto sem mais. É o que ocorre fundamentalmente em caso de violação de normas que revestem uma natureza puramente proibitiva. Quando as partes prevêm a possibilidade de despedimento da trabalhadora em caso de casamento estão a regular a disciplina jurídica em matéria de despedimento, elencando um facto que legitima o empregador a despedir a trabalhadora. Sendo esta uma causa vedada, o que sucede é que o regime de despedimento previsto contratualmente é eliminado e implicitamente substituído pelo legal do qual não consta a referida causa. Já noutros casos, a correcção implica uma reformulação do conteúdo da cláusula, adaptando-a à luz do preceito imperativo, o que vale essencialmente para as hipóteses de violação de normas preceptivas e de normas proibitivas que assumam uma certa dimensão preceptiva.

Contra o entendimento propugnado pelos Autores poderá ainda avançar-se um outro argumento substancial, muito embora, em termos metodológicos, fosse mais acertado mobilizá-lo em momento posterior deste estudo, dado que nos parece que ele estará de certa maneira relacionado com as conclusões a que chegarmos acerca do fundamento e natureza jurídica do artigo 121.º, n.º 2 do Código³⁰². Na verdade, se se

³⁰² Ver *infra*, parte I, A, capítulo 1, ponto 6. Aliás, não deixa de ser curioso que o exemplo indicado pelos autores italianos coincida *cum grano salis* com aquele que, entre nós, é mobilizado por

concluir que uma das linhas de fundamentação da solução substitutiva em apreço reside na realização das finalidades de protecção do trabalhador das normas imperativas violadas, o tratamento diferenciado proposto pelos autores italianos conduziria a resultados arbitrários, deixando fora da alçada do preceito hipóteses que, em rigor, partilham dessa mesma fundamentação.

Concluindo, mesmo que o “núcleo duro” ou essencial das hipóteses de aplicação do preceito coincida essencialmente com o cenário de violação de normas imperativas das quais resulta a necessidade de reformulação do conteúdo da cláusula – essa será, aliás, a estrutura típica das normas laborais que disciplinam a relação de trabalho –, parece-nos que se deve fazer uso de uma ideia de substituição num sentido amplo e, nessa medida, abrangendo também casos de violação de normas meramente proibitivas³⁰³.

4.2.2. A fonte da imperatividade: a fonte ou fontes das normas imperativas

Cabe agora uma referência ao tipo de fonte ou fontes donde podem provir as referidas normas, ou para usar a terminologia de BAPTISTA MACHADO³⁰⁴, os factos

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos, cit.*, pág. 462, justamente para dar conta de hipóteses em que estará excluída a aplicação do regime do artigo 292.º do Código Civil. Observa o Autor: “A invalidade de um pacto anexo a um contrato de trabalho, segundo o qual, por exemplo, o trabalhador se obrigue a não casar sem a autorização prévia da entidade patronal e em que se estipule que [o empregador] pode pôr termo ao contrato de trabalho em caso de casamento não autorizado, deve dar lugar à redução ainda que se prove que uma das partes – a entidade patronal – não teria celebrado o contrato sem aquela cláusula. A invalidade total, conduzindo o trabalhador ao desemprego iria, na prática, equivaler ao despedimento e frustrar a intenção normativa subjacente e fundante da invalidade, que é a garantia da liberdade de casar e a tutela do emprego.”

³⁰³ Propende para uma leitura ampla do efeito substitutivo susceptível de abranger qualquer hipótese de violação de normas proibitivas, PEDRO MADEIRA DE BRITO, Anotação ao artigo 121.º do Código Trabalho, in AA. VV., *Código do Trabalho...*, cit., pág. 326. O Autor dá como exemplo a norma que fixa um limite máximo para o período experimental e das hipóteses de mera proibição de dispor sobre determinadas matérias, designadamente, a aposição de condição resolutiva no contrato de trabalho. Conclui que a disposição contida no n.º 2 do artigo 121.º impõe a manutenção do contrato de trabalho e uma redução legal até aos limites impostos pela lei ou pelo instrumento de regulamentação colectiva de trabalho.

³⁰⁴ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, cit., pág. 154.

(normativos) a que o sistema jurídico imputa o efeito de pôr ou positivar normas como as vindas de enunciar.

Ora, desse ponto de vista, cumpre dizer que o quadro de fontes de produção de normas imperativas tem sido entendido de forma bastante generosa.

Desde logo, podem estar em causa normas imperativas provenientes de diferentes *fontes de origem estadual*³⁰⁵. Num primeiro nível, as normas substantivas que integram o bloco constitucional do trabalho. Como bem observa JORGE LEITE³⁰⁶, a Constituição da República Portuguesa não é apenas a “fonte das fontes”, nem o seu âmbito se limita à clássica protecção dos direitos, liberdades e garantias dos modelos liberais. Ao contrário, ela assume-se como uma fonte de direito, incluindo normas substantivas, isto é, regras de conduta dirigidas aos cidadãos, em especial as que se refere aos direitos e deveres fundamentais, a chamada parte dogmática, de que faz parte um extenso catálogo de direitos dos trabalhadores”. É certo que as disposições constitucionais de incidência juslaboral não reúnem, todas elas, características operatórias que permitam reconhecer-lhes uma função regulamentar³⁰⁷. Ainda assim, não será difícil divisar algumas hipóteses em que essa aptidão se tem por verificada. Pense-se por exemplo numa cláusula em que o trabalhador renuncia ao direito de se sindicalizar, em violação do artigo 55.º, n.º 1 da Constituição³⁰⁸; ou ainda numa disposição de um contrato de trabalho através da qual o trabalhador assume a obrigação de não aderir a uma greve, brigando directamente com a garantia do direito

³⁰⁵ Sobre esta classificação, ver, por todos, JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, vol. I, Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, Serviço de Textos, Coimbra, 2004, pág. 54 e ss.. Também designadas “fontes heterónomas”, assim, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 58.

³⁰⁶ *Direito do Trabalho*, vol. I, *cit.*, pág. 54.

³⁰⁷ Para ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, cit.*, pág. 60, o grande peso regulamentar da Constituição faz-se sentir sobretudo na área do Direito Colectivo. É aí que a Constituição desenvolve uma função verdadeiramente regulamentar quer na afirmação de direitos fundamentais, quer na regulação directa dos fenómenos colectivos laborais. Já no que concerne as normas do complexo normativo da Constituição respeitante à dimensão individual do trabalho – no qual se inscrevem direitos como a liberdade de escolha de profissão (artigo 47.º), o direito à segurança no emprego (artigo 53.º), o direito ao trabalho (artigo 58.º) e os direitos dos trabalhadores previstos no artigo 59.º –, o Autor entende que a Constituição assume essencialmente uma função de controlo da legislação laboral ordinária, ao estabelecer directrizes básicas para os diversos institutos juslaborais.

³⁰⁸ Assim, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho, cit.*, pág. 193.

à greve proclamado no artigo 57.º, n.º 1 da Lei Fundamental³⁰⁹; ou mesmo, no caso de uma cláusula mediante a qual o trabalhador aceita poder vir a ser despedido independentemente da verificação de uma justa causa, ao arrepio da proibição de despedimentos sem justa causa, ínsita no artigo 53.º da Constituição³¹⁰.

Depois, avultam as normas imperativas resultantes de lei, decreto-lei (ou decreto-regional), designadamente, aquelas que integram o próprio Código do Trabalho. Perguntar-se-á se a expressão englobará também regras imperativas que disciplinem os contratos de trabalho com regime especial, normas contidas em legislação laboral avulsa³¹¹. *Prima facie*, não vislumbramos razões para sustentar uma eventual exclusão. Atendendo à inserção sistemática e ao teor da norma do artigo 121.º, n.º 2 – “A cláusula do contrato de trabalho que viole norma imperativa” – parece adequado mobilizar um argumento *a silentio legis completae*, para concluir que podem estar em causa normas imperativas disciplinadoras do conteúdo dos contratos de trabalho com regime especial, tais como as que regulam o contrato de trabalho do serviço doméstico, o contrato de trabalho dos profissionais de espectáculo, o contrato de trabalho do praticante desportivo³¹², entre outros³¹³.

³⁰⁹ Sobre estas estipulações, veja-se JOÃO REIS, “O dever de paz laboral”, *A Reforma do Código do Trabalho*, organização por Centro de Estudos Judiciários/Inspeção Geral do Trabalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 633.

³¹⁰ Teremos a oportunidade de analisar mais adiante neste estudo outro grupo de hipóteses em que o direito à estabilidade no emprego, não tendo aptidão de comando imediato para instituir uma disciplina substitutiva da disciplina pactada inválida, funciona como referência valorativa a partir da qual se desenha a operação conformadora do conteúdo da relação laboral. Ver *infra*, parte II, A, capítulo 3, pontos 2 e 3.

³¹¹ Em bom rigor, a questão pode colocar-se, em termos mais rigorosos, em relação a normas constantes de legislação “avulsa”. De facto, nem toda a legislação “avulsa” tem por objecto a regulamentação de contratos de trabalho com regime especial. Durante o período de vigência da LCT, a par desta última, subsistia um amplo conjunto de diplomas dispersos que disciplinavam aspectos tão nucleares como o regime de cessação do contrato de trabalho (LCCT), o regime de férias feridos e faltas (o Decreto-Lei n.º 874/76, de 28 de Dezembro), etc. Ora, nessa época, perguntar-se-ia se a expressão “preceitos imperativos” do então artigo 14.º, n.º 2 da LCT integrava normas dos referidos diplomas. A resposta não poderia deixar de ser também aí, em princípio, afirmativa.

³¹² Cf. o Decreto-Lei n.º 235/92, de 24 de Outubro, a Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro (com as alterações introduzidas pela Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro e pela Lei n.º 28/2011, de 16 de Junho), e a Lei n.º 28/98, de 26 de Junho, respectivamente. Uma hipótese ilustradora de que também preceitos imperativos provenientes de diplomas reguladores de contratos de trabalho com regime

Por outro lado, há que ter em conta as disposições imperativas provenientes de *fonte de origem convencional, maxime*, as estabelecidas por convenção colectiva de trabalho. Com efeito, a convenção colectiva de trabalho inclui, a par de uma dimensão relativa – isto é, cláusulas obrigacionais respeitantes às relações entre as partes outorgantes – disposições normativas, disciplinadoras dos direitos e deveres recíprocos dos trabalhadores e das entidades patronais, leia-se, verdadeiras normas jurídicas que estabelecem limites ao conteúdo do contrato de trabalho³¹⁴, portanto, normas imperativas.

A inclusão das disposições imperativas provenientes de convenção colectiva na expressão “norma imperativa” para efeitos do artigo 121.º, n.º 2 não tem gerado divergências no panorama doutrinal nacional³¹⁵. Para tal resultado interpretativo contribuem vários elementos. Desde logo, o teor literal do preceito – os termos omnicompreensivos em que a norma se refere a preceitos imperativos,

especial podem integrar a expressão em análise é indicada por JOÃO LEAL AMADO, “Ainda sobre as cláusulas de opção e de rescisão no contrato de trabalho desportivo”, *Temas Laborais* 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 185. Voltaremos a esta hipótese, ainda que sob um outro prisma, mais à frente.

³¹³ Neste sentido, também MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ, *La nulidad parcial...*, *cit.*, pág. 189.

³¹⁴ Sobre a classificação, ver, por exemplo, JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, vol. I, *cit.*, pág. 162.

³¹⁵ Assim, a propósito do alcance da expressão no período de vigência da LCT, *vide*, designadamente, MÁRIO PINTO/PEDRO FURTADO MARTINS/ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis do Trabalho*, *cit.*, pág. 68; JOSÉ BARROS MOURA, *A Convenção Colectiva entre...*, *cit.*, pág. 197. Já em face do regime instituído pelo Código do Trabalho, ver JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho...*, *cit.*, pág. 193 (o Autor dá o exemplo de uma cláusula cujo conteúdo é desconforme com a *CRP*, *com a lei ou com a convenção colectiva aplicável*); PEDRO MADEIRA DE BRITO, Anotação ao artigo 121.º Código do Trabalho, *in* AA. VV., *Código do Trabalho...*, *cit.*, pág. 325; ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, *cit.*, pág. 728; LUÍS GONÇALVES DA SILVA, “Do âmbito temporal ...”, *cit.*, pág. 475, nota 43; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, *cit.*, pág. 212. Na doutrina espanhola, à mesma conclusão chega MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ, *La nulidade parcial...*, *cit.*, pág. 115 e ss., a respeito da densificação da expressão “normas legales” para efeitos do artigo 10 da *Ley de Contrato de Trabajo* de 1944 (actual artigo 9/1-2 do *Estatuto de los Trabajadores*). O mesmo Autor considera, aspecto que se nos afigura criticável, que a expressão também abrange as disposições de regulamento interno da empresa.

independentemente da fonte de onde promanam³¹⁶. Por outro lado, a própria arrumação sistemática da solução substitutiva. Se tivermos presente, por breves instantes, os trabalhos preparatórios da LCT, depressa nos damos conta de que a solução substitutiva começou por ser incorporada no artigo 4.º, sob a epígrafe “Fontes de direito” e com a seguinte redacção: “(1) Os contratos de trabalho em empresas são regidos, dentro dos princípios da Constituição Política e do Estatuto do Trabalho Nacional, pela lei, pelos decretos regulamentares, pelos regulamentos das corporações, pelas convenções colectivas e pelas portarias ou despachos de regulamentação do trabalho, segundo a indicada ordem de precedência. (2) As cláusulas dos contratos de trabalho em divergência com as normas imperativas são *de iure* substituídas por estas, ainda que lhes preexistam”. A articulação entre os dois segmentos normativos era favorável à ideia de que o fenómeno substitutivo teria lugar quer no caso de violação de normas imperativas de fonte estadual, quer no caso de disposições oriundas de convenções colectivas de trabalho³¹⁷. Aliás, no contexto da LCT, o artigo 14.º, preceito onde viria a estar inserida a solução substitutiva, era precedido por uma disposição (o artigo 12.º) que, sob a epígrafe “Normas aplicáveis ao contrato de trabalho”, elencava a par das normas legais as convenções colectivas de trabalho. E mesmo em face do regime actual, a circunstância de o instituto incorporar a parte geral do Código do Trabalho favorece esta compreensão das coisas. Mas não só: também porque na sua origem histórica os primeiros passos do fenómeno substitutivo estiveram ligados às disposições de cariz convencional. Em certos ordenamentos jurídicos, como se viu acima, a técnica da substituição automática começou por ser justamente consagrada para as hipóteses de desconformidade entre

³¹⁶ Até porque, em vários casos, quando se quer referir expressamente a normas imperativas de fonte legal, é o próprio legislador laboral que tem o rigor de o mencionar. Cf., por exemplo, o artigo 478.º do Código do Trabalho, o qual dispõe que o instrumento de regulamentação colectiva não pode contrariar *norma legal imperativa*.

³¹⁷ Para isso mesmo alertava RAÚL VENTURA, “Nulidade total e nulidade parcial...”, *cit.*, pág. 267: “A dúvida só poderia razoavelmente ser posta quanto à divergência entre cláusulas de contratos individuais e cláusulas de convenções colectivas, mas desde que – bem ou mal, não interessa agora – o artigo 4.º inclui as convenções colectivas nas fontes de direito pelas quais se regem os contratos de trabalho, a mesma razão teórica e a mesma necessidade prática fazem incluir as convenções colectivas nas normas previstas pelo artigo 3.º”.

cláusulas do contrato individual de trabalho e disposições de convenções colectivas de trabalho, como foi o caso emblemático da experiência jurídica alemã^{318 319}.

³¹⁸Vide *supra* o §1 III da *Tarifvertragsverordnung* de 1918. Cf. ainda o artigo 2077/2 do *Codice Civile*.

³¹⁹ Menos claro é, parece-nos, um dos argumentos mobilizados por MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, *cit.*, pág. 212, para chegar a este mesmo resultado interpretativo, isto é, o de que as normas imperativas para efeitos do preceito em questão podem ser provenientes de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho. Segundo a Autora, a existência de regimes legais que apenas são disponíveis para as convenções colectivas de trabalho (nos termos do artigo 3.º, n.º 5 do Código do Trabalho) permite concluir que as cláusulas dos instrumentos de regulamentação colectiva do trabalho podem apresentar-se como regimes imperativos perante o contrato de trabalho. Escreve a Autora: “para efeitos desta norma [o artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho] os regimes convencionais colectivos que afastem normas legais convénio-dispositivas correspondem a normas imperativas perante os contratos de trabalho, pelo que as cláusulas do contrato de trabalho que os contrariem devem ser automaticamente substituídas pelas cláusulas correspondentes dos instrumentos de regulamentação colectiva do trabalho.” Apenas não acompanhamos o raciocínio da Autora quando afirma que daquele preceito (o artigo 3.º, n.º 5) se retira que as disposições dos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho podem apresentar-se como normas imperativas perante o contrato individual de trabalho. O preceito invocado, o artigo 3.º, n.º 5 do Código, determina que “sempre que uma norma legal reguladora de contrato de trabalho determine que a mesma pode ser afastada por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho entende-se que o não pode ser por contrato de trabalho”. Pese embora o alcance de uma norma como esta não seja isento de dúvidas (sobre o ponto, vejam-se, por exemplo, as reflexões de MILENA SILVA ROUXINOL, “A imperatividade (que tipo de imperatividade?) das normas legais laborais face ao contrato individual de trabalho – considerações em torno do n.º 5 do artigo 3.º do CT”, *Vinte Anos de Questões Laborais*, número especial (42), Coimbra Editora, Coimbra, 2013, págs.159 e ss., ou as de BERNARDO LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, 2.ª edição, Verbo, Lisboa, 2014, págs. 670 e 969), parece-nos, em todo o caso certo e transparente, que o preceito nada dispõe acerca da natureza das disposições contidas em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho. Em rigor, o que dele resulta é um cânone interpretativo acerca da natureza das *normas legais* (ou de certas normas legais): o facto de as *normas legais* poderem perfilar-se como normas bifrontes ou bidimensionais, isto é, como normas dispositivas face aos instrumentos de regulamentação colectiva e como normas imperativas face ao contrato de trabalho. Quando muito, o que se poderá dizer, e este aspecto é sublinhado pela Autora, é que o artigo 476.º do Código do Trabalho (esse sim que regula a relação entre os instrumentos de regulamentação colectiva do trabalho e o contrato de trabalho), ao determinar que o afastamento das disposições do instrumento de regulamentação colectiva pelo contrato individual de trabalho só pode ocorrer se a cláusula do contrato for mais favorável ao trabalhador, revela que as disposições dos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho se assumem como normas imperativas (mínimas) perante o contrato individual de trabalho.

Por fim, muito embora a questão não seja levantada (até pelo uso extremamente raro que é feito há vários anos deste instrumento), podem ainda configurar-se as normas imperativas para o problema que nos convoca aquelas emitidas através de portarias de condições de trabalho³²⁰.

4.2.3. O tipo ou sentido da imperatividade: normas absolutamente imperativas e normas imperativas relativas

I – Atentemos agora na caracterização das normas em apreço de um outro ponto de vista, o do tipo de imperatividade, ou melhor, o do sentido da imperatividade das normas jurídicas em questão. Como é sabido, de acordo com uma classificação geral do Direito, adaptada ao universo juslaboral, do ponto de vista da sua relação com a autonomia da vontade (individual³²¹), as normas dividem-se em normas

³²⁰ Efectivamente, a convenção colectiva de trabalho não esgota a plétora de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho no nosso ordenamento jurídico (cf. o artigo 2.º do Código do Trabalho). E a par das portarias de condições de trabalho, avultam outros. No caso do acordo de adesão e da portaria de extensão, muito embora nos situemos perante fontes do Direito do Trabalho para efeitos do artigo 2.º do Código do Trabalho, não estamos perante factos que criem directamente disposições normativas novas, mas que apenas tornam aplicável uma convenção colectiva ou uma decisão arbitral – ou dito de outra forma, que apenas tornam aplicáveis as normas de regulamentação de trabalho estabelecidas em convenção colectiva ou em decisão arbitral – a empregadores e trabalhadores originariamente por elas não abrangidas. No caso do acordo de adesão, esse efeito é obtido por meio convencional, por manifestação de vontade das associações sindicais, das associações de empregadores ou dos empregadores interessadas; no caso das portarias de extensão, por imposição administrativa.

³²¹ Em bom rigor, a classificação que aqui traçamos pode ser utilizada também para sistematizar a relação entre as normas legais e a autonomia privada *colectiva*. Também neste plano as normas podem assumir uma natureza dispositiva, imperativa absoluta ou imperativa relativa. Algumas normas legais podem, no entanto, apresentar uma natureza bifronte ou bidimensional: uma natureza dispositiva em relação à convenção colectiva de trabalho, admitindo a modificação do respectivo regime por convenção colectiva em sentido mais ou menos favorável para o trabalhador, e uma natureza imperativa mínima em relação ao contrato individual, autorizando a alteração apenas em sentido mais favorável para o trabalhador. É o que a doutrina vem apelidando de “normas convénio-dispositivas” ou “colectivo-dispositivas – cf. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, pág. 246; ou BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho, cit.*, pág. 973.

dispositivas (ou supletivas³²² ou ainda designadas facultativas³²³) – as que admitem alterações do respectivo regime em qualquer sentido pelo contrato individual de

³²² Assim, BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., pág. 973; e MÁRIO REIS MARQUES, *Introdução ao Direito*, vol. I, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 269. Para o que aqui nos interessa as expressões “normas dispositivas” e “normas supletivas” são usadas como equivalentes, muito embora se reconheça que nem sempre seja essa a análise que resulta dos ensinamentos doutrinários. Por vezes, as normas supletivas são encaradas como um sub-tipo das normas dispositivas (assim, por exemplo, para JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, cit., pág. 97, as normas dispositivas, aquelas que poderiam ser afastadas por manifestações da autonomia privada, subdividir-se-iam em facultativas, concessivas ou atributivas, interpretativas e supletivas, sendo estas últimas caracterizadas por preverem regimes destinados a suprir a carência de manifestação de vontade dos sujeitos a que se destinam; ver ainda ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 6.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 147). Outros autores identificam-nas como duas subcategorias dentro de uma categoria mais ampla (é o caso de JOSÉ BARROS MOURA, *A Convenção Colectiva entre...*, cit., págs. 148 e 149, que distingue dentro da categoria das normas facultativas – as que reconhecem aos particulares a possibilidade de afastamento – as normas dispositivas, como sendo aquelas que se limitam a conceder aos destinatários certos poderes ou faculdades, e as normas supletivas, as quais somente se destinariam a suprir a falta de manifestação da vontade dos particulares sobre determinados aspectos). A *nuance* também assumiu relevância, por exemplo, na argumentação desenvolvida pelo Tribunal Constitucional quando foi chamado a pronunciar-se, preventivamente, sobre a (in)constitucionalidade da norma do artigo 4.º, n.º 1 do Código do Trabalho de 2003 na parte em que permitia que regulamentos de condições mínimas pudessem afastar normas do Código, salvo quando delas resultasse o contrário (o Acórdão n.º 306/2003, de 25 de Junho, disponível em www.tribunalconstitucional.pt). Aí estabeleceu-se uma distinção, não acompanhada por alguns dos Conselheiros (foi o caso de Paulo Mota Pinto), entre normas supletivas – aquelas cuja operatividade estaria dependente de uma condição, da inexistência de regulação por instrumento colectivo ou por contrato individual de trabalho – e dispositivas – aquelas que não prevendo que a regulamentação da matéria fosse feita em primeira linha por instrumento de regulamentação colectiva, gozariam por isso de uma operatividade incondicionada. Mais interessante nos parece a este respeito a análise de ENNIO RUSSO, “Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma supletiva”, *RDC*, ano XLVII, n.º 5, 2001, págs. 596 e 597, já que, no entender deste autor italiano, enquanto a ideia de norma dispositiva exprime, em termos abstractos, *o poder da autonomia privada derogar*, a designação de norma supletiva considera *o poder da autonomia privada, não no estado potencial, mas como tendo sido exercido, mas exercido em moldes carentes, sem fixar uma disciplina específica*.

³²³ Cf. JOSÉ BARROS MOURA, *A Convenção Colectiva entre...*, cit., págs. 148 e 149. Pensa-se, em todo o caso, que, da perspectiva que aqui nos interessa, a expressão “norma dispositiva” é mais rigorosa do que as acabadas de referir, uma vez que não está excluído que uma norma facultativa ou

trabalho –, por um lado, e normas imperativas, por outro³²⁴. Estas últimas, que têm em comum o facto de imporem limites à liberdade de estipulação do conteúdo negocial e como tal limitarem a margem deixada à função normativa do contrato, podem, por sua vez, obedecer a uma subclassificação, particularmente cara ao Direito do Trabalho. Segundo essa subclassificação, são fundamentalmente duas as modalidades que podem assumir as normas imperativas (de fonte legal ou convencional): a norma pode revestir uma natureza absolutamente imperativa ou então uma natureza relativamente imperativa, semi-imperativa ou imperativa mínima (as expressões são para este efeito equivalentes)³²⁵. No primeiro caso, a norma não admite qualquer afastamento ou alteração da disciplina que estabelece. No segundo caso, a norma admite modificação do seu regime, num sentido mas não no outro, isto é, apenas acima de determinado mínimo (não abaixo) ou então abaixo de determinado máximo (não acima). Diz-se, por isso, que a imperatividade é unidireccional ou ainda que se estabelece uma injuntividade mínima. Em Direito do Trabalho, as normas relativamente imperativas são, usualmente, normas que só admitem alteração em benefício do trabalhador, isto é, em sentido mais favorável ao mesmo. Se a modificação operada por fonte inferior for em prejuízo do trabalhador, a estipulação será inválida.

Num universo jurídico como o laboral, o perfil natural (“fisiológico”) das normas imperativas, o paradigma das normas imperativas na sua relação com o contrato individual de trabalho, é o da imperatividade relativa ou mínima. Não apenas em termos quantitativos – na medida em que a maioria das normas laborais assume essa natureza unidireccionalmente imperativa – mas pela circunstância de valer ainda hoje (contrariamente ao que sucede na matéria da articulação da lei com a convenção colectiva de trabalho) um princípio do tratamento mais favorável a este nível, ou dito

permissiva, em si, tenha um carácter imperativo, significando-se com isso que o beneficiário não pode ser privado, por cláusula contratual, dessa faculdade.

³²⁴JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução do Direito...*, cit., pág. 97.

³²⁵ Sobre esta classificação, ver JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, cit., pág. 53; ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 109; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 212; BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., pág. 972; e JOSÉ BARROS MOURA, *A Convenção Colectiva entre...*, cit., pág. 152. Utilizando uma terminologia e sistematização diferentes, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I...*, cit., pág. 290. Distinguindo apenas normas injuntivas e normas dispositivas, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., págs. 282 a 284.

de outro modo, um princípio presuntivo (de qualificação das normas, entenda-se) no sentido da imperatividade unidirecional das normas juslaborais *perante o contrato de trabalho*³²⁶.

Contudo, é possível identificar alguns nichos de matérias, poucos por certo, de onde resulta uma absoluta rigidez³²⁷. Haja em vista, por exemplo, o que sucede no

³²⁶ Essa presunção de imperatividade mínima das normas juslaborais opera tanto no domínio das relações *entre as normas legais e o contrato individual*, como no domínio das relações *entre os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho e o contrato individual*. No que concerne a relação entre as normas legais e o contrato de trabalho, a presunção de imperatividade mínima das normas legais perante o contrato de trabalho é assumidamente reconhecida no actual artigo 3.º, n.º 4 do Código. Assim, entende-se que a não ser que das disposições legais resulte uma proibição de derrogação por contrato de trabalho (imperatividade absoluta) ou uma permissão de afastamento em qualquer sentido (caso em que as normas legais se assumem como supletivas ou dispositivas), as normas legais só podem ser afastadas por contrato de trabalho quando este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador. Quanto à relação entre as disposições de instrumentos de regulamentação colectiva e o contrato de trabalho, a consolidação da ideia de imperatividade mínima das disposições convencionais tem um alcance diríamos absoluto. O actual artigo 476.º do Código do Trabalho afirma a semi-imperatividade das disposições colectivamente fixadas em relação aos contratos individuais de trabalho como regra sem excepção, isto é, independentemente do que os instrumentos de regulamentação colectiva estipulem sobre a matéria (*vide* nota seguinte).

³²⁷ A propósito da relação entre as normas legais e contrato individual de trabalho, não se duvida que aquelas normas possam assumir-se em relação a este último como normas de cariz absolutamente imperativo, insusceptíveis, portanto, de afastamento ou modificação em qualquer sentido. Tal resultado é, aliás, compatível com o sentido literal de uma norma como a do artigo 3.º, n.º 4 do actual Código do Trabalho (*vide* nota anterior). Já no que diz respeito à possibilidade de os instrumentos de regulamentação colectiva atribuírem às suas disposições carácter absolutamente imperativo, a questão carece de algumas considerações suplementares.

Ao abrigo do Decreto-Lei n.º 519/C1/79, de 29 de Dezembro (diploma que aprovou o regime jurídico dos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho), dispunha o artigo 14.º, n.º 1 que “A regulamentação estabelecida por qualquer dos modos referidos no artigo 2.º não pode ser afastada pelos contratos individuais de trabalho, salvo para estabelecer condições mais favoráveis para os trabalhadores”. A redacção da norma parecia clara no sentido de os instrumentos de regulamentação colectiva admitirem sempre, mas apenas, derrogações *in melius*, havendo, portanto, razões para concluir que as disposições dos instrumentos de regulamentação colectiva assumiam natureza relativamente imperativa em relação ao contrato individual de trabalho. Não se pronunciando abertamente sobre a questão da possibilidade de o instrumento de regulamentação colectiva atribuir natureza absolutamente imperativa às suas disposições, era, com reservas, que se encarava a

actual Código do Trabalho a propósito do regime das faltas (artigo 250.º)³²⁸ ou do regime da cessação do contrato de trabalho (artigo 339.º). No primeiro caso, com a designação epigráfica “Imperatividade do regime de faltas” determina o artigo 250.º do Código do Trabalho que “As disposições relativas aos motivos justificativos de faltas e à sua duração não podem ser afastados por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, salvo em relação a situação prevista na alínea g) do n.º 2 do

possibilidade de a convenção colectiva emitir preceitos dispositivos (nestes termos, por exemplo, JOSÉ BARROS MOURA, *A Convenção Colectiva entre...*, cit., pág. 198).

O Código do Trabalho de 2003 trouxe, no entanto, modificações relativamente à anterior legislação. Estatuindo o 531.º do Código que “as disposições de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho só podem ser afastadas por contrato de trabalho quando este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador *e se daquelas disposições não resultar o contrário*” (itálico nosso), muitas foram as vozes que, perante a referida alteração, vieram então sustentar que seria viável a possibilidade de o instrumento de regulamentação colectiva dotar os seus preceitos de força absolutamente imperativa – assim, por exemplo, BERNARDO LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho, I – Introdução, quadros organizacionais e fontes*, 3.ª edição, Verbo, Lisboa, 2004, pág. 628; LUÍS GONÇALVES DA SILVA, Anotação ao artigo 531.º do Código do Trabalho, in AA. VV., *Código do Trabalho Anotado*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 824.

A alteração legislativa entretanto registada com a reforma de 2009 parece ter vindo eliminar essa possibilidade, retomando, na senda do diploma de 1979, a ideia de que a disposições dos instrumentos de regulamentação colectiva assumem uma natureza semi-imperativa, estando, por isso, sempre e apenas aberta a possibilidade de melhoria dos regimes nelas estabelecidos através de contrato de trabalho. Dispõe o actual artigo 476.º que “as disposições dos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho só podem ser afastadas por contrato de trabalho, quando este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador”. Não só o elemento literal sustenta, sem qualquer entorse ou sequer esforço, esta ideia – por força da eliminação da parte final do anterior artigo 531.º –, como uma tal leitura é também aquela que resulta dos trabalhos preparatórios da reforma de 2009 – mormente de uma breve consulta do Livro Branco das Relações Laborais que antecedeu o Código actualmente vigente reflecte que nesta matéria a proposta de alteração foi no sentido de eliminar a possibilidade constante do anterior artigo 531.º (ver *Reforma das Relações Laborais: propostas para um novo consenso na regulação dos sistemas de relações laborais, de protecção social e de emprego* – documento de trabalho, de 22 de Abril de 2008). Sobre esta evolução, ver, por todos MILENA SILVA ROUXINOL, “O regime da relação entre fontes laborais no Código do Trabalho de 2009”, *Código do Trabalho – A Revisão de 2009*, coordenação de Paulo Morgado de Carvalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 54 e 55.

³²⁸ Um outro campo onde o ordenamento jurídico laboral retira de modo absoluto poderes de autonormação à autonomia privada (individual e colectiva) é a matéria dos feriados, atento o disposto no artigo 236.º, n.º 2 do Código do Trabalho.

artigo anterior e desde que em sentido mais favorável ao trabalhador, ou por contrato de trabalho.”³²⁹ No segundo caso, sob a epígrafe “Imperatividade do regime da cessação do contrato de trabalho”, a norma do artigo 339.º estatui no seu n.º 1 o princípio geral segundo o qual “o regime relativo à extinção do contrato de trabalho não pode ser afastado por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou por contrato de trabalho, salvo o disposto nos números seguintes ou em outra disposição legal”³³⁰.

³²⁹ A rigidez do sistema nesta matéria merece algumas observações adicionais. Dir-se-á, atento o teor do preceito em causa, que nos situamos numa área em que as restrições à liberdade de conformação do conteúdo se processam através da imposição taxativa de um único regime, o mesmo é dizer, os regimes jurídicos em questão – quer o relativo ao círculo de situações em que a não comparência ao serviço é qualificada como falta justificada, quer o relativo à duração das faltas – assumem uma natureza absolutamente imperativa (com excepção das faltas dadas pelos representantes dos trabalhadores, como resulta da parte final do artigo 250.º). Nestes termos, às partes está vedada: (i) a possibilidade de excluir/limitar o círculo de situações em que a não comparência ao serviço é qualificada por lei como falta justificada, bem como diminuir a duração das faltas permitida por lei; (ii) a possibilidade de preverem outras hipóteses como motivos justificativos das faltas para lá das situações tipificadas no artigo 249.º, bem como alargar a duração das mesmas. Todavia, se perscrutarmos mais profundamente o corpo normativo dos preceitos relativos à matéria das faltas, vemos que, afinal, a absoluta rigidez é mais aparente do que real – pelo menos, desde uma certa perspectiva – em razão da presença de uma norma como a do artigo 249.º, n.º 2, alínea i) do Código do Trabalho. Aí se dispõe que são consideradas faltas justificadas as autorizadas ou aprovadas pelo trabalhador. Atribui-se à entidade empregadora a possibilidade de alargar, a seu critério, mediante apreciação discricionária dos motivos do trabalhador, o círculo de situações de ausência justificada. Assim, em bom rigor, qualquer falta, seja qual for a sua motivação, desde que autorizada, aprovada ou ignorada pelo empregador, é qualificada como justificada. Por aqui se vê que, pelo menos no que respeita à modelação das situações qualificáveis como faltas justificadas, o regime das faltas assume, em bom rigor, um tipo de imperatividade *sui generis*. Importa, de resto notar que, no período de vigência do Decreto-Lei 874/76, de 28 de Dezembro (diploma que, em matéria de férias, feriados e faltas, antecedeu o Código do Trabalho) não havia uma norma com a alcance do artigo 250.º do actual Código; nessa ocasião, o então artigo 24.º, n.º 3 limitava-se restringir a autonomia privada individual e colectiva num grupo determinado de casos, o das faltas por motivo de falecimento de parentes ou afins. Sobre os paradoxos deste regime e a sua evolução, ver também, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, cit.*, pág. 359, referindo-se a uma “válvula de segurança” que atenua a rigidez do sistema.

³³⁰ Que o princípio geral é o da absoluta imperatividade do regime em questão é aspecto que não gera controvérsia na doutrina. As dúvidas interpretativas prendem-se, no entanto, com um outro ponto, mais concretamente, com o *âmbito* de matérias cujo regime assume natureza absolutamente

II – Pois bem. Perguntar-se-á então, à luz da classificação vinda de enunciar, a que tipo de normas imperativas se reporta a solução substitutiva. Estará em causa apenas a violação de normas absolutamente imperativas? Somente a violação de normas semi-imperativas, também denominadas normas relativamente imperativas ou imperativas relativas? Ou é indiferente, podendo as normas imperativas em questão revestir carácter absolutamente imperativo como relativamente imperativo? Vejamos.

Dir-se-ia, de um ponto de vista estritamente literal e que convocasse abstractamente o elemento sistemático da interpretação, que a leitura da norma aponta apenas para as normas absolutamente imperativas. De facto, noutras disposições legais do Código, quando o legislador utiliza a expressão norma imperativa ela é justamente pensada por referência às normas de carácter absolutamente imperativo. Tal sucede designadamente quando o legislador pretende conferir carácter absolutamente imperativo a determinados regimes legais, etiquetando os preceitos com expressões do tipo “Imperatividade do regime”³³¹.

Contudo, uma compreensão deste tipo é de afastar. Desde logo, se perscrutarmos o teor redaccional do preceito vigente em causa, podemos observar que ele sustenta, sem especial esforço, a leitura segundo a qual a solução substitutiva opera quer perante a violação de normas imperativas com carácter absoluto, quer perante normas de carácter imperativo relativo³³². É que, bem vistas as coisas, em

imperativa em relação ao contrato individual de trabalho. Na verdade, os n.ºs 2 e 3 daquele preceito determinam que certos aspectos do regime de cessação do contrato de trabalho (v.g. critérios de definição de indemnizações, prazos de procedimento e de aviso prévio) podem ser regulados por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho. Surge então o problema de saber se as matérias recortadas, passíveis de regulação por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, também o podem ser por via de contrato individual de trabalho ou não e, em caso negativo, saber do sentido da mencionada imperatividade. Sobre o ponto, veja-se a divergência entre PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, 3.ª edição, Principia, Lisboa, 2012, págs. 33 e ss., e MILENA SILVA ROUXINOL, “A imperatividade (que tipo de imperatividade?)...”, *cit.*, págs. 168 e ss., assumindo, a nosso ver, os argumentos desta última Autora (no sentido da semi-imperatividade) maior consistência.

³³¹ Caso das epígrafes dos artigos 250.º e 339.º, respectivamente, a propósito do regime das faltas e da cessação do contrato de trabalho.

³³² Adoptam esta leitura JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, *cit.*, pág. 523, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, *cit.*, pág. 195, nota 245; LUIS GONÇALVES DA SILVA, “Do âmbito temporal...”, *cit.*, pág. 480. A mesma conclusão parece resultar do pensamento de BERNARDO LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho...*, *cit.*, pág. 636, nota 1. Neste sentido, ainda JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho*, *cit.*, pág. 526, frisando que o preceito não se refere apenas às normas

qualquer das modalidades em causa se pode dizer que estaremos perante normas imperativas. Com expressões como normas imperativas relativas, semi-imperativas não se pretende exprimir uma ideia de menor vinculatividade, mas antes aludir a uma imperatividade unidireccional. Uma leitura deste tipo não se mostra, pois, incompatível com o texto legal, aí encontrando, na verdade, o mínimo – mais do que o mínimo – de correspondência verbal para se ter como legítima.

Depois, se atentarmos naquele que é o perfil fisiológico das normas laborais, somos também levados a concluir que a expressão deve incluir naturalmente as normas relativamente imperativas. Compreende-se que a definição do domínio normativo da solução substitutiva – solução, repita-se, de alcance geral, e de âmbito tendencialmente vasto – se deva fazer em consonância com esse paradigma, *em consonância com o espírito ou unidade intrínseca do ordenamento juslaboral*³³³. Até porque, uma leitura da norma mais restrita – que compreendesse apenas as normas absolutamente imperativas –, em termos práticos, limitaria drasticamente o âmbito de aplicação da norma, contrariando o alcance geral com que a mesma é formulada.

Por último, considerando a própria versão inicial do preceito – no artigo 14.º, n.º 2 da LCT – maior peso ganha a ideia de que estão aí abrangidos os preceitos de cariz relativamente imperativo. Na verdade, ao abrigo do direito anterior, prescrevia o artigo 14.º, n.º 2 da LCT que “As cláusulas do contrato de trabalho que importarem para o trabalhador regime menos favorável do que o estabelecido em preceitos imperativos são de pleno direito substituídas por estes”. De uma certa perspectiva, a alusão, na hipótese da norma, à violação de preceitos imperativos por previsão de regimes contratuais menos favoráveis sugeria ou apontava primordialmente para um cenário de normas que admitindo a fixação de regimes em sentido mais favorável,

imperativas absolutas (dando como exemplo, a norma legal que estabelece os feriados), mas a todos os segmentos normativos dotados de imperatividade, aí se incluindo as normas que estabelecem protecção mínima e ainda aquelas que o Autor designa de supletividade balizada.

³³³ Realce-se que, de certa forma, é ainda da convocação do elemento sistemático que se extrai este resultado interpretativo. Observa JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, cit., pág. 183, que o elemento sistemático da interpretação compreende (i) a consideração das outras disposições que formam o complexo normativo do instituto em que se integra a norma interpretanda; (ii) a consideração de disposições legais que regulam problemas normativos paralelos ou institutos afins; (iii) *o lugar sistemático que compete à norma interpretanda no ordenamento global, assim como a sua consonância com o espírito ou unidade intrínseca de todo o ordenamento jurídico.* (itálico nosso).

proíbiam derrogações em sentido menos favorável ao trabalhador, ou seja, normas semi ou relativamente imperativas³³⁴.

4.2.4. O significado da expressão originária “cláusulas [com] regime menos favorável para o trabalhador do que o estabelecido em preceitos imperativos”; a evolução histórica

Cumpra agora referir uma outra questão relacionada com a anterior mas que com ela não se confunde.

Como é sabido, o artigo 14.º, n.º 2 da LCT apresentava a redacção seguinte: “As cláusulas do contrato de trabalho que importarem para o trabalhador regime menos favorável do que o estabelecido em preceitos imperativos são de pleno direito substituídas por estes”. Resultava do teor redaccional do preceito que o funcionamento do mecanismo substitutivo pressupunha a violação de normas imperativas num certo circunstancialismo: a substituição operava na hipótese de serem fixados, através de contrato individual de trabalho, regimes que importassem para o trabalhador um tratamento menos favorável do que o previsto nos preceitos imperativos violados.

O regime jurídico instituído pelo Código do Trabalho, em 2003, introduziu uma modificação do teor redaccional do preceito em causa. A partir de então passou a ler-se: “As cláusulas do contrato de trabalho que violem normas imperativas consideram-se substituídas por estas.” A lei deixou de fazer referência, na previsão normativa, ao facto de a violação da norma consubstanciar a fixação de um regime menos favorável ao trabalhador.

Importa, todavia, saber se se tratou de uma alteração puramente formal – diluindo-se a diferença assumida em relação à versão anterior do preceito – ou com implicações do ponto de vista substancial.

Para avaliar do sentido da resposta, deve equacionar-se se, por força da referida alteração redaccional, a norma em questão continuou a aplicar-se ao mesmo círculo de hipóteses que até então ou se passou a poder aplicar-se a um círculo diferente de situações.

³³⁴Veja-se, no entanto, o que se dirá já, de seguida, a propósito do alcance da expressão “cláusulas do contrato de trabalho que importarem para o trabalhador regime menos favorável do que o estabelecido em preceitos imperativos”.

À luz do regime inscrito na LCT, a substituição operava na hipótese de a estipulação de um regime diverso do previsto no preceito imperativo representar um tratamento menos favorável para o trabalhador. Repare-se que, em bom rigor, pese embora a formulação da norma parecesse associar o referido circunstancialismo às hipóteses em que estivessem em causa disposições de cariz relativamente imperativo, um tal circunstancialismo tanto poderia dar-se perante a violação de normas que revestissem natureza semi-imperativa como perante normas com carácter absolutamente imperativo. Apenas, com uma *nuance*. No caso das normas semi-imperativas, uma vez que a violação das mesmas só pode resultar de modificações em sentido menos favorável ao trabalhador, a violação das referidas normas desencadeava sempre o efeito substitutivo; no caso das normas absolutamente imperativas, uma vez que a violação das mesmas pode resultar de modificações em sentido mais ou menos favorável ao trabalhador, o circunstancialismo para produzir o efeito substitutivo verificava-se sempre que o contraste com a norma se traduzisse num regime menos favorável ao trabalhador, mas já não quando estivesse em causa a estipulação de um regime através do qual se fixasse um regime mais favorável ao trabalhador, pois nessa hipótese, embora houvesse violação da norma, não se encontraria preenchida a situação necessária para desencadear a substituição.

Com a entrada em vigor do Código do Trabalho, em 2003, ter-se-á deixado de atribuir relevância a esse último elemento. A substituição opera perante qualquer hipótese de violação de norma imperativa, quer a violação de normas imperativas se traduza na fixação de um regime menos favorável ao trabalhador, quer a violação de normas imperativas consubstancie a fixação de um regime mais favorável ao trabalhador³³⁵. Tornou-se, portanto, mais amplo o âmbito de incidência da norma, o número de hipóteses abrangidas. Concretizando.

³³⁵ Assim, JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, cit., pág. 523, refere que o mecanismo substitutivo opera independentemente de as normas estabelecerem ou não um tratamento mais favorável para o trabalhador; PEDRO MADEIRA DE BRITO, na Anotação ao artigo 121.º do Código do Trabalho, in AA.VV., *Código do Trabalho...*, cit., pág. 325, observa que “A eliminação da referência ao regime menos favorável prevista no antecedente n.º 2 do artigo 14.º resulta da circunstância de o mecanismo de substituição legal previsto no n.º 2 implicar sempre a aplicação das regras injuntivas previstas na lei. (...) A redacção do n.º 2 dissipa qualquer dúvida que se possa colocar sobre esta questão, impondo a substituição do conteúdo da cláusula contratual inválida pela norma imperativa que disponha em contrário, seja mais ou menos favorável”. Implicitamente considera também ser esse o

Pense-se na hipótese de num contrato de trabalho ter sido convencionado que o empregador não poderia despedir o trabalhador em caso algum. Trata-se de uma cláusula inválida por derrogar uma norma legal de carácter absolutamente imperativo, no caso, deferindo um tratamento mais favorável ao trabalhador do que aquele legalmente previsto³³⁶. À luz da disciplina actual constante do artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho estamos, ao que tudo indica, também perante uma hipótese em que opera o regime da substituição automática, diversamente do que sucederia de acordo com o regime inscrito na LCT³³⁷.

Ora, tendo presente o que acabou de ser exposto e tomando como pressuposto o entendimento segundo o qual o legislador usa da boa técnica legislativa e exprime o seu pensamento em termos adequados³³⁸, esta alteração redaccional não pode ser vista como uma alteração puramente formal. Não vemos como possa dizer-se que com uma alteração deste tipo não terá pretendido o legislador ampliar o âmbito de incidência da norma em questão, deixando claro que o efeito substitutivo se dá perante a violação de qualquer norma imperativa, independentemente da violação consubstanciar a fixação de um regime mais ou menos favorável para o trabalhador. Em suma, quer nos parecer que a intenção do legislador com a referida alteração redaccional não terá

âmbito de actuação da norma, à face da sua redacção actual, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho, cit.*, pág. 195, nota 245.

³³⁶ Cf. os artigos 340.º, alínea c) e 351.º do Código do Trabalho. Pense-se também na hipótese de ter sido acordado um motivo justificativo de falta distinto daqueles contemplados no artigo 249.º, n.º 2 do Código do Trabalho.

³³⁷ Certo é que, já ao abrigo da LCT, algumas vozes sustentavam que mesmo nas hipóteses em que a violação de disposições absolutamente imperativas se saldasse num tratamento mais favorável para o trabalhador a substituição automática operava. Neste sentido, MÁRIO PINTO/PEDRO FURTADO MARTINS/ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis do Trabalho, cit.*, pág. 69. Em termos próximos, também MILENA SILVA ROUXINOL, “A imperatividade (que tipo de imperatividade?)...”, *cit.*, pág. 175, considera que, mesmo durante a vigência da LCT, a alusão na hipótese da norma, à violação de preceitos legais por previsão de regimes menos favoráveis, representava, simbolicamente, uma espécie de “sinédoque legislativa”: “referindo-se à violação de preceitos semi-imperativos, quis, afinal, aludir igualmente à violação (possivelmente traduzida na previsão, através do contrato individual, de regimes mais favoráveis) de estatuições absolutamente imperativas”.

³³⁸ Nos termos do artigo 9.º, n.º 3 do Código Civil, “Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”.

sido outra senão ampliar (ou, pelo menos, clarificar, ampliando) o âmbito de incidência da norma em questão.

4.2.5. A causa da supra-ordenação: normas que tutelam interesses do trabalhador, normas que tutelam interesses do empregador e normas que tutelam interesses gerais

I – A análise acabada de expor permite extrair conclusões sobre um outro estrato do problema, o das causas da imperatividade das normas em questão, o mesmo é dizer, o da tipologia das razões que estão por detrás da restrição da liberdade de modelação do conteúdo do contrato de trabalho.

Na verdade, a imperatividade assume-se como uma técnica de ordenação que limita a liberdade de conformação do conteúdo das partes, tendo por fundamento a supra-ordenação de certos interesses que o ordenamento na sua valoração soberana considera ou pretende ver acautelados. Nestes termos, as normas imperativas podem ser também analisadas do ponto de vista do móbil da tutela, da causa da supra-ordenação³³⁹.

No domínio específico do Direito do Trabalho, julga-se que uma análise possível é aquela que identifica como possíveis causas da supra-ordenação a tutela dos interesses do trabalhador, a tutela da posição jurídica de empregador ou ainda a tutela de interesses gerais ou interesses públicos gerais da comunidade.

Decerto, num universo jurídico próprio, dotado de um sistema que reflecte a sua individualidade como é o do Direito do Trabalho, é, sem dúvida, a primeira causa ou móbil de tutela a que assume preponderância. A maioria das restrições à liberdade de estipulação do conteúdo do contrato têm como causa dessa supra-ordenação a tutela da posição jurídica de trabalhador. As restrições à liberdade de fixação do conteúdo contratual têm subjacente uma preocupação de proteger os interesses do sujeito trabalhador (a sua autodeterminação), atenta a situação de real desequilíbrio em que aquele se encontra, e por isso mais vulnerável, na economia da relação

³³⁹ Sobre esta perspectiva, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 259. Para uma classificação dos interesses protegidos pelas normas, ver ainda, JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo. Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 76 e ss..

contratual³⁴⁰, e os interesses pessoalíssimos do trabalhador envolvidos no conteúdo da relação que se constitui (ou se quisermos, a imanência da pessoa do trabalhador no conteúdo da relação). Foi essa e continua hoje ainda a ser a razão a principal causa da supra-ordenação da normatividade jus-laboral³⁴¹.

Ocasionalmente, o ordenamento jurídico intervém, restringindo a liberdade de modelação do conteúdo do contrato de trabalho, atendendo também ou primordialmente à posição jurídica de empregador ou mesmo a interesses de ordem geral.

Pense-se na regulação legal de cariz imperativo que disciplina a matéria da cessação do contrato de trabalho, mais concretamente, na norma que atribui ao empregador a faculdade de despedir o trabalhador por justa causa. Por força da natureza absolutamente inderrogável da norma ante o contrato de trabalho, está vedada às partes a inclusão, por exemplo, de uma cláusula que proíba a entidade patronal de despedir. Ora, a razão de um tal bloqueio à força jurisdicção da autonomia individual estará, pensa-se, ligada à tutela da posição jurídica de empregador, e é até mesmo ditada por uma preocupação de ordem pública genérica, contratual, de não pôr em causa o próprio sentido jurídico do vínculo obrigacional laboral³⁴².

³⁴⁰ Razões que se prendem com desníveis, assimetrias e dependências de vária ordem – inferioridade informativa, técnica, organizativa e claro, económica, mas também da própria posição estratégica que institucionalmente cada um ocupa. Como explicita ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, cit.*, pág. 24, “a determinação das condições por que hão-de pautar-se as relações individuais de trabalho, realizada por uma via formalmente paritária, é, na vasta maioria dos casos, dominada por quem oferece a oportunidade da ocupação, visando uma finalidade económico-organizativa (o preenchimento de um posto de trabalho), e não por quem procura essa oportunidade, com objectivos sobretudo atinentes à sua esfera pessoal (a subsistência própria e da família, a realização profissional)”.

³⁴¹ Repare-se que mesmo preenchendo as normas que disciplinam a relação de trabalho essa função de tutela da posição jurídica do trabalhador, elas não deixam, ainda assim, de cumprir simultaneamente uma função de normalização de um dado sistema económico-social (o capitalista), regulando a exploração sobre que repousa o sistema económico, como sublinham JORGE LEITE, *Direito do Trabalho, vol. I, cit.*, págs. 95 e 96, e JOSÉ BARROS MOURA, *A convenção colectiva..., cit.*, pág. 48.

³⁴² Este é o argumento mobilizado por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão..., cit.*, págs. 208 e 209, para num contexto mais amplo, concluir pela existência de uma proibição de afastamento convencional do direito de resolver o contrato. Com efeito, observa o Autor, “obrigando-se cada contraente com vista a obter o cumprimento da prestação do outro, seria contraditório renunciar-se, ao mesmo tempo, à faculdade de se desvincular do contrato no caso de o

Considerações semelhantes podem revelar-se pertinentes a propósito do regime jurídico das faltas. Não se discute que a lei laboral veda às partes a possibilidade de excluir ou limitar o círculo de situações em que a não comparência ao serviço é qualificada como falta justificada. Nesse caso, a limitação da força jurisgénica da autonomia contratual encontra a sua justificação na tutela da posição jurídica do trabalhador, enquanto contraente débil e na tutela de interesses relevantes da pessoa do trabalhador (alguns deles com tutela constitucional)³⁴³. Já no que toca ao cenário inverso, o de ser vedado às partes a possibilidade de alargar o tipo de situações qualificáveis como justificadas³⁴⁴, a causa dessa supra-ordenação suscita maiores hesitações. Nesse contexto, há quem avance com considerações ligadas apenas ao interesse público de combate ao absentismo³⁴⁵. Outros autores parecem ver nesta opção uma preocupação com a tutela da posição jurídica do empregador (“o legislador foi sensível ao maior peso negocial de alguns sindicatos ou mesmo de trabalhadores individualmente considerados”) e com a igualdade de tratamento entre trabalhadores³⁴⁶.

outro não cumprir. O nexó sinalagmático existente entre as obrigações de ambas as partes justifica, na óptica do legislador, a proibição da renúncia antecipada ao direito de resolução”.

³⁴³ No caso particular das faltas por doença, ver JÚLIO VIEIRA GOMES, “Algumas reflexões sobre as faltas justificadas por doença (não profissional) do trabalhador”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 717; ou ALBINO MENDES BAPTISTA, “As faltas ao trabalho por motivo de doença (não profissional) do trabalhador”, *Estudos sobre o Código do Trabalho*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pág. 175.

³⁴⁴ Relembre-se que só se se entender que existe, como parece, um bloqueio da força jurisgénica da autonomia contratual individual neste sentido (questão controversa em razão da existência de uma norma com o teor do artigo 249.º, n.º 2, alínea i) do Código do Trabalho, como se viu *supra*) é que se poderá discutir a razão ou a causa dessa supra-ordenação.

³⁴⁵ É o caso de ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, *cit.*, pág. 355. Segundo o Autor “Tal atitude da lei dificilmente se explica por razões emergentes de uma ponderação dos interesses particulares dos sujeitos da relação laboral – interesses que, em termos abstractos, apontariam, como se disse, no sentido da maior flexibilidade do dispositivo de justificação de faltas. É a outras luzes que deve entender-se a posição do legislador: por um lado, a preocupação de combater o absentismo; por outro (e, decerto, em conexão com esse desidério), o de travagem das concessões que, no domínio da aceitação e justificação de faltas, constituíram, muitas vezes, moeda de troca na contratação colectiva”.

³⁴⁶ JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, *cit.*, pág. 731.

II – Perguntar-se-á então, à luz da tipologia vinda de enunciar, a que tipo de normas imperativas se reporta a solução substitutiva. Estarão em causa apenas as normas imperativas cuja causa da supra-ordenação é a tutela de interesses do trabalhador ou o âmbito de incidência da solução substitutiva é mais abrangente?

Ora, também desse ponto de vista, quer-nos parecer que a resposta é também ela particularmente abrangente. Pode o móbil da tutela ser a posição jurídica do trabalhador, como sucede, aliás, na esmagadora maioria dos casos. Como podem estar em causa normas cuja causa da supra-ordenação seja a tutela de interesses relevantes do empregador ou até mesmo interesses gerais.

Esta última leitura padecia de algum défice de sustentação à luz do regime pré-codicístico. De acordo com o regime inscrito na LCT, era legítimo supor que as normas imperativas em questão eram aquelas destinadas a tutelar os interesses ou a posição jurídica do trabalhador. Isto porque a formulação da norma sugeria que ou estavam em causa normas relativamente imperativas ou que, estando em causa normas absolutamente imperativas, a violação das mesmas só assumia relevância quando houvesse uma denegação da tutela reconhecida ao trabalhador. Todavia, a partir do momento em que se tornou claro que o preceito abrange também as hipóteses de violação de normas imperativas *tout court*, tal põe em evidência que os interesses que subjazem às normas imperativas violadas podem não estar exclusivamente relacionados com a tutela da posição jurídica do trabalhador, mas também atender à posição jurídica do empregador ou mesmo à protecção de interesses gerais no mercado laboral.

4.2.6. A eficácia temporal das normas imperativas; a referência originária à posição cronológica das normas em relação à cláusula

I – Consideremos, finalmente, um último atributo que pode ser mobilizado na caracterização das normas imperativas.

O artigo 4.º, n.º 3 da proposta da Câmara Corporativa que esteve na base do artigo 14.º, n.º 2 da LCT prescrevia que “As cláusulas dos contratos de trabalho em divergência com as normas imperativas são *de iure* substituídas por estas, *ainda que lhe preexistam*”.

A formulação desdobrava-se, pois, em duas proposições distintas: (i) por um lado, o fenómeno de substituição automática ocorreria quando houvesse uma desconformidade entre uma cláusula de um contrato de trabalho e uma norma imperativa; (ii) por outro lado, a substituição automática ocorreria, quer estivesse em causa uma desconformidade entre a cláusula contratual e uma norma imperativa preexistente, quer uma desconformidade entre a cláusula contratual e uma norma posterior à estipulação da própria cláusula. Relevariam, portanto, quer as chamadas desconformidades iniciais – contraste entre uma cláusula e uma norma imperativa anterior –, quer as desconformidades supervenientes – contraste entre uma cláusula e uma norma imperativa cuja entrada em vigor fosse posterior à estipulação da cláusula³⁴⁷. Era aqui patente a inspiração em soluções do direito italiano, mormente, a do artigo 2077/2 do *Codice Civile*, o qual dispunha, recorde-se, que “Le clause differmi dei contratti individuali, *preesistenti o successivi al contratto collettivo*, sono sostituite di diritto da quelle del contratto collettivo, salvo che contengano speciali condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro”³⁴⁸.

³⁴⁷ Para utilizar a terminologia de EUGENIO SARACINI, *Nullità e sostituzione...*, *cit.*, pág. 103.

³⁴⁸ Mas não só. Mesmo no contexto do artigo 1339 do *Codice Civile*, o qual não faz referência expressa ao carácter preexistente ou posterior da norma, essa foi uma questão que suscitou amplo debate. Segundo o entendimento da *Corte Suprema*, na década de sessenta do século passado, o artigo 1339 apenas seria aplicável quando a norma imperativa (violada) fosse anterior à cláusula contratual, ou seja, tivesse entrado em vigor em momento anterior àquele em que a cláusula fosse estipulada. A desconformidade relevante seria pois, apenas, a inicial. Quando estivesse em causa uma norma imperativa posterior ao momento da estipulação da cláusula, o efeito substitutivo já não teria lugar, e haveria lugar à aplicação dos artigos 1418/1 e 1419/1 do *Codice Civile*.

Já no campo doutrinal várias foram as vozes que se pronunciaram no sentido favorável à aplicação do artigo 1339 quer a norma imperativa (violada) fosse anterior ou posterior ao momento da estipulação contratual.

EUGENIO SARACINI, *Nullità e sostituzione...*, *cit.*, pág. 102 e ss., foi um dos autores que se posicionou criticamente em relação à referida orientação jurisprudencial. Desde logo, invoca o facto de a leitura do tribunal conduzir a resultados inusitados. Na óptica do Autor, sendo mais frequente, na prática, o contraste entre uma cláusula e uma norma posterior – do que a hipótese inversa, o contraste entre uma cláusula e uma norma preexistente – a aplicar-se a orientação do tribunal, tal acabaria por traduzir-se, em última análise, no resultado paradoxal: em caso de contraste entre uma cláusula e uma norma imperativa aplicar-se-iam, por regra, os artigos 1418/1 e 1419/2 e, excepcionalmente, o artigo 1339. Em segundo lugar, o Autor entende que, também do ponto de vista lógico, o tratamento diferenciado não se justifica. O conflito entre a exigência de respeito da vontade contratual e a de

observância da norma imperativa não merece um tratamento diferente num caso e no outro. Seria erróneo considerar o artigo 1339 apenas aplicável quando as partes tivessem tido conhecimento e estivessem conscientes no momento da estipulação da invalidade da cláusula (logo quando a norma imperativa fosse preexistente). Nem o teor do artigo 1339 nem a sua *ratio* justificariam uma tal delimitação. À noção de “*clausole difformi*” seria estranha a posição subjectiva dos contraentes. Por fim, mobilizando mesmo o argumento “*et ubi lex non distinguit...*”, conclui que o tratamento diferenciado não tem razão de ser.

Com argumentos diferentes, esta é também a posição sufragada por MARIO CASELLA, *Nullità parziale del contratto...*, *cit.*, pág. 79 e ss.. Na construção do referido Autor, há motivos para estabelecer uma demarcação entre dois tipos de contratos, ou vistas as coisas por um outro prisma, entre dois tipos de normas com eficácia substitutiva. De um lado, situam-se os contratos que o Autor designa “de direito comum”. Nesse caso, as normas imperativas com eficácia substitutiva consubstanciam limites externos, qualitativos ou quantitativos, postos pelo ordenamento à autonomia privada. A substituição automática opera, em princípio, apenas no caso de normas imperativas preexistentes à conclusão do contrato. Na hipótese de as referidas normas imperativas serem posteriores à conclusão do contrato, o Autor considera que não deve ter lugar a substituição automática, mas antes, a nulidade total ou parcial do negócio, segundo os artigos 1418 e 1419/1 do *Codice Civile*. Num outro quadrante, situa-se uma outra tipologia de contratos cuja disciplina, uma vez violada, dá lugar à aplicação do efeito substitutivo previsto no artigo 1339 do *Codice Civile*. Em causa estão contratos que, de um modo geral, originam *relações duradouras* ou pelo menos que produzem efeitos por certo período de tempo – destinados a satisfazer *necessidades de massa* – relativas, portanto, a vastas colectividades de pessoas – e por essa via, também, destinados a realizar *interesses colectivos* a que o ordenamento jurídico reconhece relevância sistemática na regulamentação. Neste tipo de casos, a substituição automática tem lugar, na perspectiva do Autor, independentemente das normas imperativas serem preexistentes ou sucessivas à conclusão do contrato. Ou seja, a substituição automática opera independentemente do carácter preexistente ou sucessivo das normas imperativas.

Por fim, destaca-se a posição de BRUNO INZITARI, *Autonomia privata e controllo pubblico...*, *cit.*, pág. 162. A análise deste Autor centra-se, desta vez, no confronto entre as soluções substitutivas predispostas pelos artigos 1419/2 e 1339, respectivamente. No entender do Autor, ambas as normas impõem a conservação coactiva do contrato, impedindo a autonomia privada de se pronunciar sobre a manutenção do contrato e/ou sobre a relação de congruência entre a regulamentação querida e a regulamentação imposta. Contudo, pese embora este traço comum, a relevância da autonomia privada seria diferente num caso e noutro. No caso do artigo 1419/2, o efeito substitutivo apenas poderia operar quando o contrato fosse posterior à concreta norma que estabelecesse a substituição; a autonomia privada conheceria ainda alguma margem de actuação, porquanto, conhecendo as partes de antemão as disposições substitutivas, caber-lhes-ia decidir celebrar ou não o contrato. Diversamente se passariam as coisas no contexto do artigo 1339. Neste caso, a substituição das cláusulas contratuais pelas normas imperativas operaria mesmo perante contratos já em curso.

Já na redacção do preceito legal que acabaria por ser definitivamente adoptado – o artigo 14.º, n.º 2 da LCT – não aparece qualquer referência à questão. Aí não se faz qualquer menção ao facto de a desconformidade ser inicial ou superveniente, mas apenas que “As cláusulas do contrato de trabalho que importarem para o trabalhador regime menos favorável do que o estabelecido em preceitos imperativos são de pleno direito substituídas por estes.”. E o mesmo se diga do teor que apresenta hoje a norma contida no artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho.

Perante estes dados, duas interrogações pertinentes podem ser suscitadas. A primeira prende-se com o sentido e função da referência feita no artigo 4.º, n.º 3 da proposta da Câmara Corporativa à posição cronológica da norma em relação à cláusula. A segunda questão é também simples de expor: qual o valor do actual silêncio legislativo em relação à referida questão? Será ele irrelevante, podendo continuar a afirmar-se que a substituição automática tem lugar quer a desconformidade entre a cláusula e a norma imperativa seja inicial ou superveniente? Ou antes, devemos interpretar este silêncio como revelador de uma solução de sentido inverso? Ou ainda, deverá ser outra a conclusão a retirar?

II – Ao determinar-se que a substituição ocorreria nestes dois tipos de casos, indirectamente, reconhecia-se que as referidas normas imperativas, a partir do momento em que entrassem em vigor, mesmo que o início da sua vigência ocorresse em momento posterior ao da estipulação negocial (e em momento posterior à celebração do contrato de trabalho), eram, do ponto de vista temporal, as normas competentes para abranger tais factos, e como tal *as normas aplicáveis*. Estava-se a determinar que as normas imperativas em causa, desde o momento em que entrassem em vigor, aplicar-se-iam a factos contratuais novos mas também a situações jurídicas contratuais constituídas no passado mas subsistentes à data do início da vigência das normas. Por outras palavras, tomava-se posição sobre a *questão da eficácia da norma imperativa do ponto de vista temporal*, estabelecendo, portanto, que as normas imperativas laborais gozariam de uma eficácia imediata.

Ora, a partir deste dado, talvez possamos compreender melhor a razão pela qual o legislador português terá optado por eliminar a referência à posição cronológica das normas em relação às cláusulas³⁴⁹.

Primeiramente, em causa podem ter estado razões de ordem sistemática. De acordo com os dados legais, a solução substitutiva cuida dos efeitos da desconformidade do contrato de trabalho com as normas imperativas. Para tal conclusão depõe a redacção do preceito e a designação epigráfica do bloco normativo em que a solução substitutiva se inscreve, “Invalidade parcial do contrato de trabalho”. Ora, ao fazer-se referência à posição cronológica das normas em relação às cláusulas – e como tal, ao problema da eficácia temporal das normas imperativas – estar-se-iam muito provavelmente a diluir questões que se colocam em *momentos lógica e cronologicamente distintos*. Com efeito, como é bom de ver, o problema da violação de normas e respectivas consequências jurídicas não se confunde com o da aplicação das normas no tempo. Este último coloca-se quando surge a necessidade de determinar, perante um conflito de leis no tempo, a lei competente – a lei nova ou a lei antiga. Trata-se de um conflito a resolver necessariamente antes do da eventual desconformidade do contrato com as normas imperativas. Antes de proceder à aplicação das normas aos factos de uma causa (contratuais ou outros), e como tal, antes de se equacionar uma eventual desconformidade entre a normação heterónoma aplicável e a normação privada e as consequências daí resultantes, é necessário determinar qual a lei competente (do ponto de vista temporal).

Paralelamente, a omissão à posição cronológica das normas parece-nos também positiva de um outro ponto de vista, este de índole substancial. De acordo com a análise empreendida até ao momento, fixámos que normas imperativas para efeitos de aplicação da solução substitutiva são todas as normas jurídicas imperativas – de origem estadual ou convencional – que disciplinam a relação laboral, podendo

³⁴⁹ Como assinala JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, cit., pág. 185 – “Muitas vezes, o cotejo da fórmula finalmente adoptada e promulgada como lei com as fórmulas propostas nos projectos, nas emendas, propostas, etc., é de grande valia para definir a atitude final e a opção do “legislador”, servindo, assim, para afastar interpretações que se devem considerar rejeitadas (pelo mesmo legislador) justamente pelo facto de ele ter alterado a fórmula do projecto, ter recusado a sua adesão a uma proposta de emenda ou ter considerado impertinente uma crítica movida ao texto submetido a votação”.

valer no lugar das cláusulas violadoras. Pois bem. Não há dúvida de que em matéria de aplicação das normas no tempo, boa parte das normas imperativas que se reportam ao conteúdo ou aos efeitos da situação jurídica laboral-contratual são de aplicação imediata no tempo, isto é, aplicam-se a factos contratuais novos mas também a situações jurídicas contratuais constituídas no passado e subsistentes à data da entrada em vigor das normas. Vale para elas a regra enunciada desde a vetusta LCT (no artigo 9.º) e que permanece na legislação actual, no artigo 7.º da Lei Preâmbular do Código do Trabalho, segundo a qual “Sem prejuízo do disposto no presente artigo e nos seguintes, ficam sujeitos ao regime do Código do Trabalho aprovado pela presente lei os contratos de trabalho e os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho celebrados ou adoptados antes da entrada em vigor da referida lei, salvo quanto a condições de validade e a efeitos de factos ou situações totalmente passados anteriormente àquele momento”³⁵⁰.

³⁵⁰ Não estamos perante um desvio às regras gerais do Código Civil (artigo 12.º), mas porventura em termos mais rigorosos, perante uma concretização dos critérios aí enunciados, que acaba por se saldar numa solução de princípio inversa àquela que é apresentada como a regra geral de conflitos de leis no tempo em matéria contratual.

Como é sabido, estipula o referido artigo 12.º, n.º 1 que a lei só dispõe para o futuro, ou seja, ela não deve aplicar-se a factos passados nem aos seus efeitos, proibindo-se assim a retroactividade segundo a concepção da teoria do facto passado. Como concretização do artigo 12.º, n.º 1, o n.º 2 do mesmo artigo contrapõe dois regimes transitórios. Da leitura do artigo 12.º, n.º 2 do Código Civil decorre que há situações em que as disposições da Lei Nova apenas se aplicam a factos novos e outras em que as disposições da Lei Nova também abrangem as relações jurídicas já constituídas que subsistam à data da entrada em vigor da lei. Para saber se uma disposição da Lei Nova se aplica apenas a factos novos ou se abrange também as relações jurídicas já constituídas importa saber a que tipo de normas jurídicas pertence a disposição da Lei Nova. Se a disposição é uma norma que dispõe sobre os requisitos de validade de quaisquer factos ou sobre os efeitos de quaisquer factos, a disposição só se aplica a factos novos. Se a disposição é uma norma que disciplina o conteúdo de certas situações jurídicas e o modelam sem olhar aos factos que a tais situações deram origem, a disposição abrange também as relações jurídicas constituídas anteriormente mas que subsistam à data da entrada em vigor da Lei Nova.

Transpondo estes critérios para o domínio contratual, o entendimento que deles se extrai é o de que, em matéria de contratos, quer as normas que disciplinam as condições de validade do contrato, quer as normas que regulam os direitos e deveres dele emergentes são tipicamente normas da primeira categoria enunciada, isto é, normas que não se abstraem do facto que lhes deu origem, e como tal, caem sob a alçada da 1.ª parte do artigo 12.º, n.º 2 do Código Civil. Isto porque numa situação contratual, o conteúdo dependerá, em grande medida, do facto que lhe deu origem – do próprio contrato, ou melhor,

das estipulações previstas pelas partes – ou, em última instância, das disposições legais que suprimam vontade das partes – as normas de natureza supletiva. Ora, como o conteúdo, em regra, não se abstrai do facto que lhe deu origem, as normas que dispõem sobre o conteúdo vêm identificar-se como normas que dispõem sobre os efeitos de certo facto e que caem sob a alçada da 1.^a parte do artigo 12.º, n.º 2 do Código Civil. Daí que em matéria de contratos se conclua que a Lei Nova só se aplica a factos novos ou, dito de outra maneira, que os contratos estão submetidos, em princípio, à lei vigente no momento da sua conclusão.

Já a aplicação dos critérios enunciados ao domínio laboral, levar-nos-á a uma conclusão distinta daquela obtida na área contratual em geral. Neste domínio, contrariamente ao que tipicamente sucede na área contratual em geral, boa parte das normas que regulam as situações contratuais abstraem-se dos factos concretos que lhes deram origem, pelo que valerá na maior parte das vezes a regra inversa, ou seja, a da imediata sujeição às novas normas dos contratos de trabalho celebrados à sombra das normas anteriores. Nas palavras de JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, vol. I, *cit.*, pág. 103 “a relação de trabalho não é uma relação de conteúdo individualizado, mas uma relação de conteúdo tipificado, isto é, uma relação cujo conteúdo é, em boa medida, determinado abstraindo dos factos que lhes deram origem. É que as leis do trabalho não se ocupam das partes apenas, nem, porventura, principalmente, enquanto contratantes; não é esse o seu ponto privilegiado de observação ou de valorização, não é esse o seu “ângulo de incidência”. As leis do trabalho são antes leis que encaram as partes, ou apenas uma delas, como membros de uma determinada categoria social, como pessoas físicas historicamente situadas. (...) Na parte subtraída ao domínio da autonomia privada, ou seja, na parte que respeita a um verdadeiro estatuto legal (pelo menos mínimo) da situação do trabalhador, as leis do trabalho são de aplicação imediata (aplicam-se ao conteúdo e efeitos futuros de contratos anteriormente celebrados)”.

Cumprido, no entanto, dizer que paralelamente a esta ideia de que a regra da aplicação imediata das normas de trabalho se encontra relacionada com o estatuto legal que as normas laborais revestem – como normas que, visando regular um estatuto profissional, se abstraem dos factos que lhes deram origem – surgem depois, em termos complementares, outras justificações na fundamentação da referida regra.

Durante o domínio da LCT, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES/ALMEIDA POLICARPO, *Lei do Contrato de Trabalho Anotada*, Almedina, Coimbra, 1970, pág. 22, chegaram a avançar que a razão daquela regra estaria sobretudo relacionada com o carácter “proteccionista” ou “favorecente” do Direito do Trabalho: “A razão da aplicação imediata da legislação mais recente, mesmo em relação a situações resultantes de contratos constituídos ao abrigo de normas anteriores, resulta do carácter “proteccionista” ou “favorecente” do direito do trabalho, por força do qual este ramo jurídico se distingue dos demais pelo *favor iuris* que particularmente é atribuído ao trabalhador, característica que, em última análise, visa suprir a posição mais débil do trabalhador no concerto dos interesses e das vontades e, por via disso, realizar, de modo efectivo, uma igualdade jurídica real entre trabalhadores e patrões. Neste sentido, poder-se-á dizer que a regra da aplicação da regulamentação nova aos contratos anteriores é inspirada pelo princípio do tratamento mais favorável, tomado este princípio num sentido

Quer dizer, dá-se a coincidência de a maior parte das normas³⁵¹ que disciplinam o conteúdo da relação de trabalho – e que por isso ingressam no conceito

muito amplo, isto é, de forma a abranger todo o processo legislativo tendente a desencadear e a realizar um certo e determinado ideal político de justiça social”. Mesmo reconhecendo que à época o processo legislativo era ainda tipicamente cunhado por um objectivo político de progresso social e que, como tal, a regra da aplicação imediata favorecia também esse objectivo, temos dificuldade em acompanhar o pensamento destes autores quando encaravam a regra como uma manifestação do princípio do tratamento mais do trabalhador. Eventual manifestação de um princípio do tratamento mais favorável em matéria de aplicação das normas jurídicas laborais no tempo fez-se notar, parece-nos, através de outra solução normativa, *maxime* o artigo 9.º da LCT, tendo sido abandonada com a entrada em vigor do Código do Trabalho em 2003. Estatuía o mencionado preceito que “Mantêm-se os contratos em vigor à data da publicação deste diploma em tudo o que implique regime mais favorável para o trabalhador”. Esta solução traduzia, de facto, uma excepção à regra de conflitos geral, na medida em que às disposições da Lei Nova (aplicável a todos os contratos de trabalho anteriores) ficavam subtraídos os contratos de trabalho que, no todo ou em parte, estabelecessem um regime mais favorável para o trabalhador.

Em termos mais convincentes, BERNARDO LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, *cit.*, pág. 980, refere que a ideia da imediata aplicação da lei aos contratos vigentes se destina a promover a igualdade dos trabalhadores quanto às condições de trabalho e a responder, com actualidade, às exigências sociais em contínua mutação. Sublinha o autor que “Contrariaria a lógica da dinâmica social, em que as novas condições são obtidas normalmente através de processos reivindicativos, que as novas normas se aplicassem apenas aos futuros contratos. A reivindicação destina-se a alterar as regras existentes e a causar um benefício imediato aos trabalhadores actuais: seria um contra-senso que as novas regras beneficiassem apenas os futuros trabalhadores, que por elas não se bateram...”. E acrescenta: “Igualmente, nos casos da legislação de crise restritiva de direitos dos trabalhadores, a regra é a da aplicação imediata, não só por uma questão de padronização e de repartição dos sacrifícios, ainda que se aceite por vezes uma modulação”.

³⁵¹ As regras que acabámos de explanar na nota anterior reportam-se ao problema de aplicação no tempo das normas (imperativas) *de fonte legal*. Os preceitos em causa (designadamente o artigo 7.º da Lei Preâmbular do Código do Trabalho) não cuidam do problema da aplicação no tempo das disposições oriundas *de convenções colectivas de trabalho*. Esta questão não se encontra directamente tratada numa disposição do Código do Trabalho, muitos embora a nossa lei tenha entendido tomar posição sobre dois problemas que com aquela se relacionam: *o da sucessão de convenções colectivas de trabalho, rectius*, o de saber se por nova convenção colectiva de trabalho pode haver lugar à eliminação ou à redução de vantagens previstas em convenção anterior, problema disciplinado no artigo 503.º, n.º 3, o qual permitindo o retrocesso social, impõe que se faça constar da nova convenção uma cláusula que a considere globalmente mais favorável do que a anterior; e, *o da retroactividade das disposições convencionais*, mais concretamente, prevendo a lei que, excepcionalmente, as convenções colectivas possam atribuir eficácia retroactiva às disposições de natureza pecuniária (artigo 478.º, n.º 1,

de norma imperativa para efeitos da solução substitutiva – serem ou gozarem de eficácia imediata no tempo. Contudo, não está liminarmente excluído que mesmo as normas que se reportam à disciplina da relação de trabalho possam, excepcionalmente, obedecer a soluções distintas daquela que é a regra da aplicação imediata ou até mesmo a disposições transitórias de carácter material que o legislador entenda, por razões pontuais, estabelecer³⁵². Ora, admitindo esta hipótese, afigura-se bem mais sensato omitir na norma que trata da solução substitutiva a referência à posição cronológica das normas, remetendo, portanto, a questão dos critérios de aplicação das normas no tempo para um outro lugar normativo.

alínea c) do Código do Trabalho). Pese embora a escassez de dados legais sobre o ponto, diríamos, à primeira vista, que a solução que melhor apoio parece colher é a da aplicação imediata das disposições da convenção colectiva de trabalho, num claro paralelismo com as considerações que tecemos a propósito das normas de fonte legal. Ainda que na sugestiva formulação de Carnelutti, a convenção colectiva de trabalho seja “um híbrido com corpo de contrato e alma de lei”, afigura-se que no contexto em que nos movemos as disposições da convenção colectiva aproximar-se-ão das normas legais, justificando-se por isso um tratamento semelhante àquele a que obedece a aplicação das normas legais no tempo. Admitindo, embora sem grandes desenvolvimentos, que também em matéria de instrumentos de regulamentação colectiva a regra seja a da aplicação imediata, BERNARDO LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho...*, cit., pág. 660, e mais recentemente, no *Manual de Direito do Trabalho*, cit., pág. 986; implicitamente, esse é também o entendimento que se retira da exposição de ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 750 a 753.

³⁵² Sobre a distinção entre disposições transitórias de carácter formal e material, ver, por todos, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, cit., pág. 230. Pense-se na norma que prevê o prazo de duração máxima permitido por lei em caso de celebração de contrato de trabalho a termo resolutivo certo. Como é sabido, ao abrigo do Código do Trabalho de 2003, o artigo 139.º admitia que, decorrida a duração máxima normal permitida (três anos) ou verificado o número máximo de renovações admitido (duas), as partes pudessem convencionar uma outra renovação sujeita a um regime específico. Esta possibilidade de renovação suplementar ou extraordinária veio a ser eliminada com a reforma laboral em 2009. Contudo, a Lei Preâmbular do Código do Trabalho de 2009 ressaltou especificamente, no seu artigo 7.º, n.º 5 que “O regime estabelecido no Código do Trabalho, anexo à presente lei, não se aplica a situações constituídas ou iniciadas antes da sua entrada em vigor e relativas a (...) *duração de contrato de trabalho a termo certo*.” (itálico nosso). Neste caso, dir-se-á que entre as duas funções do Direito evidenciadas – a de protecção de direitos e expectativas, e a de dinamização das relações sociais, modelação das mesmas a novas ordens de valores –, parece ter sido a primeira aquela que sobressaiu naquela concreta decisão legislativa.

4.3. A substituição como substituição automática

Determina o artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho que “A cláusula do contrato de trabalho que viole norma imperativa *considera-se substituída por esta*”. Analisada a previsão da norma em apreço, importa agora tratar da respectiva estatuição, da substituição. A propósito do efeito substitutivo são frequentes as referências – quer no corpo doutrinal, quer, em tempos, no próprio texto legislativo³⁵³ – que assinalam o carácter automático da substituição. Diz-se, designadamente, que as cláusulas do contrato de trabalho são *automaticamente* substituídas, são *de iure* substituídas, são *de pleno direito* substituídas, etc. O atributo da automaticidade da substituição apela sobretudo à ideia de que a substituição se impõe *ex vi legis*, entenda-se, a substituição da estipulação negocial violadora pela norma imperativa violada opera *por força da lei*.

5. Enquadramento dogmático

Uma vez analisada em termos exaustivos a norma que prevê a solução substitutiva, é chegado o momento de nos interrogarmos sobre o alcance, sobre o significado da mesma, o mesmo é dizer, perguntar pelo seu fundamento e natureza jurídica. Esta *vexata quaestio* provoca na doutrina um embaraço notório³⁵⁴, atenta a

³⁵³ Recorde-se, por exemplo, a redacção do artigo 14.º, n.º 2 no período de vigência do Decreto-Lei n.º 47 032, de 27 de Maio de 1966: “As cláusulas do contrato de trabalho, que importarem para o trabalhador regime menos favorável do que o estabelecido em preceitos imperativos são *de pleno direito* substituídas por estes” (itálico nosso).

³⁵⁴ Uma discussão, pensa-se, ainda mais labiríntica é aquela que conhece a doutrina italiana a respeito do artigo 1339 do *Codice – rectius*, a respeito do enquadramento e fundamentação daquela regra. Há, no entanto, dados peculiares que explicam o exacerbar da discussão neste sistema. Desde logo, a circunstância de não haver consenso acerca do alcance da referida norma. Há quem considere que se trata de uma norma centrada apenas no fenómeno substitutivo, não disciplinando a questão da conservação do contrato (assim, ADRIANA D’ANTONIO, *La modificazione legislativa...*, cit., págs. 172 e ss.), como há quem advogue que se trata de uma solução de conservação coactiva do contrato rectificado (assim, por exemplo, EUGENIO SARACINI, *Nullità e sostituzione...*, cit., pág. 290; PIETRO BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milão, 1969, pág. 171 e ss.). Depois, mesmo para aqueles que admitem tratar-se de uma solução que impõe a conservação do contrato, a disposição causa um embaraço notório, já que, atenta a sua

labiríntica teia de opiniões que em torno dela se vão formando, e que vão desde a identificação do mecanismo como uma hipótese de conversão, de redução, de eficácia mediata das normas, ou ainda de integração.

5.1. Os vários enquadramentos dogmáticos em confronto

A análise dominante da solução substitutiva tende a perspectivar a técnica em questão como um regime de conservação do contrato sem apelo à vontade hipotético-conjectural das partes. Ao colocar-se a tónica no facto de a solução garantir a conservação do contrato sem recurso à vontade hipotética das partes parece reconhecer-se na norma em questão um regime alternativo ao regime comum da redução do negócio jurídico.

No período de vigência da LCT, era já esta a orientação que se extraía, por exemplo, do pensamento de autores como MÁRIO PINTO, PEDRO FURTADO MARTINS e ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO ou JOSÉ BARROS MOURA. A propósito do alcance do

formulação e a *sedes materiae*, estará apta a disciplinar o fenómeno em termos amplos, extensível, portanto, a todo o tipo de relações contratuais. Esta nota – que muitos viram como uma limitação excessiva da autonomia privada na medida em que, por essa via, estar-se-ia a impor genericamente uma solução de conservação do contrato e conformação do conteúdo às partes – levou a que fossem surgindo diferentes leituras limitativas do âmbito de aplicação da norma – ora determinando que o referido efeito substitutivo tinha um carácter meramente descritivo como sendo o de declarar o efeito substitutivo já previsto individualmente noutras normas (posição sustentada por GIOVANNI CRISCUOLI, *La nullità parziale del...*, *cit.*, pág. 226); ora sustentando uma distinção entre contratos de direito comum e contratos de massa, propondo a aplicação do efeito substitutivo previsto no artigo 1339 apenas nos segundos (MARIO CASELLA, *Nullità parziale del contratto...*, *cit.*, pág. 136 e ss.); ora fazendo apelo à *ratio* de tutela das normas como aspecto decisivo para determinar a aplicação do artigo 1339 (caso de PIETRO BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata...*, *cit.*, págs. 172 e ss. – sobre o pensamento deste último autor, *vide infra*, parte II, A, capítulo 1, ponto 6.3.1.). Esta diversidade de posicionamentos quanto ao âmbito de aplicação da solução leva associado um discurso também ele heterógeno a respeito dos possíveis fundamentos da referida solução substitutiva autoritária, seja colocando a ênfase na tutela do contraente débil, seja fazendo apelo à relevância do interesse colectivo, etc. Já outros sectores doutrinários, admitindo que o efeito conservador-substitutivo previsto no artigo 1339 operaria perante toda e qualquer norma com capacidade substitutiva, sustentaram que a norma em questão encontraria a sua justificação na intenção do legislador satisfazer o presumível interesse dos contraentes, como foi o caso de EUGENIO SARACINI, *Nullità e sostituzione...*, *cit.*, pág. 330 e ss.).

artigo 14.º, n.º 2 da LCT, salientavam os primeiros três autores que “Do número 2 resulta a forçada manutenção do contrato de trabalho, sem possibilidade de afastamento pela vontade hipotética das partes”³⁵⁵. Em termos idênticos, concluía JOSÉ BARROS MOURA³⁵⁶ que “a nulidade parcial resultante da violação de preceitos imperativos com carácter mínimo não pode dar lugar à invalidação de todo o contrato (que equivale à cessação da relação de trabalho), ainda que, nos termos do artigo 292.º do C. Civ., se prove que ele não teria sido concluído (pelo empregador) sem a parte viciada. (...) O princípio do artigo 14.º, n.º 2 da LCT – substituição legal da autonomia privada – tem portanto como consequência uma severa limitação do âmbito da aplicação do princípio *utile per inutile non vitiatur* no direito do trabalho”.

³⁵⁵ *Comentário às Leis do Trabalho, cit.*, pág. 67.

³⁵⁶ *A Convenção Colectiva entre...*, *cit.*, pág. 163, nota 37. Não é, em todo o caso, totalmente claro o enquadramento dogmático que o Autor sustenta a propósito da solução substitutiva. Até certo ponto, afigura-se que reconhece no referido regime uma solução alternativa ao regime comum da redução. Contudo, outras afirmações do mesmo Autor deixam no ar a dúvida sobre se essa será a única articulação a fazer. Por várias vezes, o Autor refere-se à referida técnica como uma solução alternativa à consequência invalidante, ligando-a, portanto, justamente ao tipo de eficácia das normas imperativas violadas: “E nem se poderá falar, com propriedade, de uma nulidade que, como tal, careça de ser judicialmente verificada mas antes de uma substituição automática da cláusula contratual menos favorável pelo preceito imperativo (da lei ou da regulamentação colectiva). O que, aliás, parece conforme com a previsão da parte final do artigo 294.º do C. Civil”.

Idêntica hesitação, mas no contexto da doutrina italiana, pode ver-se no pensamento de PIETRO BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata...*, *cit.*, págs. 155 e ss., a propósito da configuração dogmática do artigo 1339 do *Codice Civile*. Por um lado, parece reconduzir a solução substitutiva a uma sanção alternativa à consequência invalidante (“l’effetto sostitutivo costituisce eventualmente un rimedio o una sanzione alternativa alla nullità o invalidità”). Prestando maior atenção ao discurso de BARCELLONA, conclui-se que o Autor estabelece uma contraposição entre os regimes comuns da redução e conversão do negócio jurídico, por um lado, e a substituição automática, por outro (“Il problema consiste, quindi, nello stabilire quando la violazione di una norma inderogabile comporta il mantenimento del contratto rettificato ovvero la nullità parziale (o la conversione) e, correlativamente, in che misura (entro quali limiti) può essere consentita la modificazione autoritativa del regolamento del rapporto” – pág. 171 – acrescentando – “Sul piano sistematico, infine, la ricostruzione prospettata appare la sola in grado di consentire una distinzione fra l’istituto del mantenimento coattivo del contratto rettificato (ex art. 1339) e gli istituti che realizzano una funzione di conservazione del negozio in senso lato (nullità parziale ex art. 1419, 1 comma; conversione ex art. 1424, cod. Ci. ecc.)” – pág. 178.

Esta leitura não foi modificada com a entrada em vigor do Código do Trabalho. Assim, a respeito do artigo 121.º, n.º 2 do Código, PEDRO MADEIRA DE BRITO sublinha que “A afirmação da aplicação do regime da redução do negócio jurídico ao contrato de trabalho feita pelo n.º 1 serve igualmente para introduzir a verdadeira especificidade da invalidade parcial do contrato de trabalho contida no n.º 2 deste artigo. Este preceito determina a substituição das cláusulas contratuais pelo conteúdo imperativo das normas que sejam contrariadas pelo contrato de trabalho. Impede-se, assim, a aplicação do n.º 1, porque a subsistência do contrato não fica dependente da vontade hipotética das partes (...)”³⁵⁷.

Também MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO frisa que o regime de redução do contrato de trabalho reveste particularidades que decorrem da regra do n.º 2 do artigo 121.º, “não só pela especificidade da regra em si mesma, mas também porque, na sua aplicação prática, esta regra comprime significativamente o alcance da regra geral do n.º 1. (...) Esta substituição impõe-se à vontade das partes relativamente à conclusão do negócio sem a cláusula viciada; por outras palavras, ainda que se mostre que ambos ou qualquer um dos contraentes não teriam concluído o contrato sem a cláusula que viola a norma imperativa (...), o que invalidaria o mecanismo da redução do contrato ao abrigo do n.º 1 do artigo 121.º, esta demonstração é irrelevante porque a lei determina a manutenção do contrato com o conteúdo que decorre da norma imperativa”³⁵⁸.

No mesmo sentido, JOÃO LEAL AMADO ³⁵⁹ escreve ainda: “Quando a invalidade parcial resultar do facto de haver cláusulas contratuais (uma ou várias) que violam normas imperativas (constitucionais, legais ou convencionais), a lei prescinde do recurso à vontade hipotética ou conjectural das partes (...). Daí que o n.º 2 do artigo

³⁵⁷ Anotação ao artigo 121.º do Código do Trabalho, in AA.VV., *Código do Trabalho, cit.*, pág. 325.

³⁵⁸ *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, cit., págs. 209 e 210. A Autora tende a relacionar a especificidade da solução substitutiva também com o facto de a mesma operar sem necessidade de recurso aos meios jurisdicionais. Sublinha igualmente este aspecto JOSÉ BARROS MOURA, *A Convenção Colectiva entre...*, cit., pág. 189.

³⁵⁹ *Contrato de Trabalho, cit.*, págs. 195 e 195..

121.º do CT tenha vindo acrescentar: “A cláusula do contrato de trabalho que viole norma imperativa considera-se substituída por esta”³⁶⁰.

Outros autores divisam no mecanismo da substituição automática uma solução de conservação coactiva do contrato, mas arrancam de um cenário distinto. De acordo com esta abordagem, situamo-nos perante uma hipótese de conversão do negócio jurídico, não na modalidade comum – regulada no artigo 293.º do Código Civil –, mas de conversão legal, independentemente da vontade hipotética ou conjectural das partes³⁶¹. Ao estabelecer a substituição automática no artigo 121.º, n.º 2, o legislador laboral como que prescinde da valoração subjectiva das partes para operar a modificação do regulamento contratual, impondo-a independentemente do sentido da valoração das partes. A tónica é posta, se bem compreendemos, na circunstância de um mecanismo em análise, por não se bastar com uma eliminação do elemento

³⁶⁰ Já BERNARDO LOBO XAVIER/PEDRO FURTADO MARTINS, "A transacção em Direito do Trabalho: direitos indisponíveis, direitos inderrogáveis e direitos irrenunciáveis", *Liberdade e Compromisso – Estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto*, vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, pág. 457, não aludindo expressamente a um regime alternativo de redução do negócio, parecem, implicitamente, admiti-lo, ao escreverem: “O sistema laboral exige precisamente que as cláusulas contratuais que violem normas imperativas sejam substituídas por estas, depreendendo-se também que esta invalidade parcial do clausulado não possa operar nos termos do art. 114.º, 1 (121.º, 1, do CTR). Explicando melhor: as cláusulas desconformes são substituídas pela lei, carecendo as partes da faculdade de invocar essa substituição como causa de invalidação do contrato de trabalho, mesmo que demonstrem que o não teriam concluído sem as cláusulas viciadas, substituídas “ex-lege”.” Neste sentido, veja-se ainda, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 251. Este é também o entendimento que se retira da exposição de JOSÉ DE ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 527.

³⁶¹ Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., pág. 648; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 495. Trata-se de um enquadramento que também terá conhecido algum êxito junto de alguns sectores da doutrina italiana na caracterização da solução do artigo 1339 do *Codice Civile* (e indirectamente também da prevista no artigo 1419/2), como foi o caso de EMILIO BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pág. 476; e ADRIANO DE CUPIS, “Lineamenti essenziali della conversione del contratto”, *RTDPC*, ano XLIII, 1989, pág. 434.

Uma orientação sensivelmente diferente, supomos, é ainda a que se infere do pensamento de JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho...*, cit., pág. 522, já que, segundo o Autor, “as cláusulas do contrato de trabalho que violem normas imperativas são substituídas por estas. Esta substituição legal faz com que frequentemente não chegue a verificar-se qualquer nulidade ou anulação parcial do contrato, pelo que não haverá que discutir a sua redução”.

viciado, requerer uma recomposição do conteúdo contratual, o que o aproximaria, por assim dizer, do *modus operandi* da figura da conversão.

5.2. Posição adoptada; precisões dogmáticas acerca da solução substitutiva

Pela nossa parte, consideramos que a solução substitutiva prevista no artigo 121.º, n.º 2 não deve ser perspectivada como um regime de conversão (legal). O pressuposto da conversão (comum ou legal) é a total invalidade do negócio jurídico – a lei refere-se a negócio nulo ou anulado – o que colide com o cenário de invalidade de apenas uma parte do conteúdo do contrato, de uma cláusula, que é aquele de que justamente parte o funcionamento do mecanismo substitutivo. Reputamos, pois, preferível que a solução substitutiva prevista no artigo 121.º, n.º 2 seja perspectivada como um regime alternativo ao regime comum da invalidade parcial. Esta é, aliás, a leitura que se afigura mais adequada, atendendo ao posicionamento sistemático da solução substitutiva (a sua “*sedes materiae*”) em conjunto com a norma que reproduz o regime comum da redução do negócio jurídico. Até porque a incorporação da solução substitutiva no bloco normativo que reproduz o regime comum da redução do negócio jurídico não pode constituir um elemento indiferente no esforço de “codificação-descodificação”³⁶² que se impõe ao jurista-intérprete.

A questão do enquadramento dogmático da solução substitutiva como hipótese de invalidade parcial suscita, no entanto, algum embaraço. É que, em rigor, a norma em questão não alude, pelo menos explicitamente, à manutenção do contrato com independência pelo apuramento da vontade hipotética das partes, mas prescreve tão somente a correcção ou modificação coactiva do conteúdo do contrato, a substituição das cláusulas inválidas pelo teor das normas imperativas violadas³⁶³. Como explicar

³⁶² Na sugestiva expressão de JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, *cit.*, pág. 122.

³⁶³ Em nosso entender, é, aliás, a ênfase dada a este segundo efeito que compreensivelmente explica que algumas orientações se refiram a esta norma como um caso de conversão legal. A alteração do conteúdo do contrato pela norma imperativa aproximar-se-ia, por assim dizer, do *modus operandi* do instituto da conversão, ou melhor, de uma das modalidades que a conversão (legal ou comum) pode revestir, a conversão do conteúdo (por oposição à conversão do tipo negocial) – sobre o ponto, por todos, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Conversão ...*, *cit.*, pág. 651. Veja-se, no entanto, por exemplo, como os dois fenómenos surgem diferenciados no anteprojecto do Código Europeu dos Contratos. Aí

este efeito no quadro dogmático da invalidade parcial? É o que teremos oportunidade de esclarecer em seguida.

5.3. Redução *tout court* e redução e substituição; a compreensão da operação substitutiva *stricto sensu*; o plano técnico das consequências que resultam da violação das normas imperativas: nulidade *tout court* e nulidade e substituição; o plano funcional: tipo de relacionamento da ordem jurídica com a actividade negocial das partes; a relação da nulidade substitutiva com o problema da invalidade parcial

I – A nosso ver, talvez seja útil começar por distinguir duas operações que, pese embora, em termos empíricos, sejam muitas vezes vistas como sobrepostas ou de funcionamento simultâneo, num plano analítico, correspondem a momentos distintos: *a redução do negócio e a substituição do conteúdo inválido por um conteúdo imposto às partes.*

De facto, perante um cenário de contrariedade parcial de um negócio com a lei, colocar-se-á, em primeira linha, o problema da redução do negócio. Saber se a parte ferida de invalidade determina ou não a invalidade de todo o negócio, saber se, não obstante a referida invalidade parcial, o contrato se mantém ou não na parte restante.

Contudo, nem sempre o tratamento da invalidade parcial se esgota na questão de saber se o contrato se reduz ou não, se conserva ou não. Em certos casos, a questão da invalidade parcial desdobra-se, se assim podemos dizer, em duas operações distintas. Uma primeira para saber em que medida a invalidade parcial determina ou não a invalidade total. Concluindo-se que a referida invalidade é apenas restrita à parte directamente afectada, isto é, concluindo-se pela conservação do contrato³⁶⁴, impõe-se, num segundo momento, uma operação de substituição do conteúdo pactado, inválido, por outros efeitos impostos pelo ordenamento^{365 366}.

se pode ler (artigo 144/5): “La nullité partielle ne se produit pas si à la clause ou partie nulle succèdent une clause ou une partie diferente, *par effet d’une règle imperative ou en vertu du traitement de conversion contenu dans l’art. 145*” (itálico nosso).

³⁶⁴ Conclusão que, à partida, tanto poderá resultar de uma indagação acerca da vontade hipotética das partes como de uma imposição do próprio sistema jurídico.

³⁶⁵ A ideia de que nem sempre o problema da invalidade parcial se analisa (apenas) numa questão de redução ou não do negócio é também exposta por LUÍS CARVALHO FERNANDES, A

II – A compreensão e razão de ser desta segunda operação não se pode desligar, por sua vez, de um outro plano de análise, *o das consequências que resultam da violação de normas imperativas*.

Decerto, corresponde à compreensão corrente a ideia de que sempre que as estipulações contratuais contrariem regras imperativas do sistema jurídico, o conflito

Conversão..., cit., págs. 534 e ss.. Por vezes, reconhece o Autor é possível falar de um fenómeno de substituição automática de cláusulas também designado “eficácia mediata das normas”. Contudo, o Autor entende que quando o tratamento da invalidade parcial envolve a referida operação de substituição não há razão para aludir a um fenómeno complexo – de redução e substituição – mas a algo distinto já não relacionado com o fenómeno da redução propriamente dito. A razão pela qual o Autor vinca de forma mais drástica esta separação assenta na compreensão de que na redução a subsistência do negócio sem a parte viciada exige que o acto funcione sem o elemento eliminado (aparentemente, cláusulas puramente autonomizáveis, portanto). Naquelas hipóteses em que a subsistência do acto exige ou implica a referida substituição – que a não existir, determinaria a destruição do negócio – não se pode falar dogmaticamente em redução. Vistas as coisas sob este prisma, a substituição automática é perspectivada como um instituto diferente, como um expediente que limita a extensão do vício à parte directamente atingida pelo fundamento da invalidade e determina a necessária reposição do conteúdo permitido por lei, condição essencial para que o negócio subsista.

Contudo, se prestarmos atenção a alguns exemplos fornecidos pelo Autor para ilustrar o referido fenómeno da “eficácia mediata das normas”, essa separação já não nos parece tão nítida. Assim, por exemplo, quando o Autor refere a solução do artigo 1146.º do Código Civil a propósito das taxas de juros usurárias. Dispõe o n.º 3 do referido preceito que “Se a taxa de juros estipulada ou o montante da indemnização exceder o máximo fixado nos números precedentes, considera-se reduzido a esses máximos, *ainda que seja outra a vontade dos contraentes*.” Ora, a referência legal à irrelevância da valoração das partes remete-nos implicitamente para o universo das figuras da redução e/ou conversão. O mesmo se diga quando o Autor discorre a propósito do regime de invalidade parcial constante do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro: “O que, no fundo, está, pois, em causa é saber se um vício deve ou não afectar todo o negócio. No caso específico do regime das cláusulas contratuais gerais, o legislador considera preferível a solução de invalidade parcial ou, pelo menos, reconhece ao interessado a faculdade de por ela optar. Contudo, esse resultado não se pode alcançar pelo meio corrente e “clássico” da simples irradiação do elemento negocial viciado. Este é, pelo contrário, necessário à subsistência do acto. Daí que importe suprir a sua falta e é isso que se obtém pelo recurso ao regime da integração”.

³⁶⁶Em sentido próximo do exposto por nós no texto, FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos e...*, cit., pág. 122, nota 266, refere-se a este processo como uma hipótese de redução “num sentido amplo, que abrange não apenas a redução propriamente dita (ou seja, a eliminação da estipulação inválida, permanecendo o restante conteúdo negocial), mas ainda, ou diversamente, e sendo caso disso, a substituição da estipulação inválida pelo conteúdo da norma imperativa invalidante”.

resolve-se a favor daquele último. Pese embora esta formulação ampla e genérica utilizada amiúde, o modo como a ordem jurídica intervém na resolução desse conflito, o mesmo é dizer, o modo como a ordem jurídica estabelece essa prevalência pode conhecer diferentes níveis de intensidade.

Por vezes, a ordem jurídica estabelece como consequência para a contrariedade de um negócio com as normas imperativas a consequência da *nulidade tout court*. Ao cominar esta consequência, o ordenamento jurídico produz um efeito de frustração dos desígnios daquele ou daqueles sujeitos que pretendiam obter determinado resultado prático-empírico, como que negando o seu manto protector aos efeitos a que o negócio se destinava³⁶⁷.

Já noutros casos, a actuação da ordem jurídica, perante a desconformidade do negócio com as normas imperativas, pode corresponder a uma actuação de tipo diferente, determinando não apenas a nulidade do efeito jurídico pretendido pelos sujeitos negociais, mas acrescentando à nulidade outros efeitos: nulidade e substituição da regulamentação pactada por uma regulamentação imposta às partes – *nulidade e substituição do conteúdo pactado por um outro imposto pelo ordenamento*. As consequências que resultam da violação da norma imperativa não implicam apenas

³⁶⁷ Sobre o efeito “frustração” que a invalidade produz, vejam-se as observações de NOBERTO BOBBIO, “Sanzione”, *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Turim, 1969, pág. 533 e ss. (em especial, pág. 335), para quem o expediente da nulidade se encontra estreitamente conexo com o recurso a “normas técnicas” (normas que, na classificação do Autor, prescrevem um meio idóneo para alcançar um determinado fim, e que se distinguem das chamadas “normas categóricas” cuja inobservância determina a aplicação de medidas punitivas ou reparadoras). Escreve: “A característica da nulidade em relação a outras medidas punitivas ou reparadoras reside no facto de as segundas traduzirem a atribuição de uma consequência desfavorável pela inobservância, enquanto a primeira consiste em assumir como consequência desfavorável a própria inobservância”. E mais à frente, a respeito da nulidade, observa: “Querendo dar um nome a este tipo de efeito poder-se-ia falar em vez de punição ou reparação, de frustração, no sentido em que a medida infligida àquele que viola uma norma técnica deste tipo torna a sua acção não desvantajosa, mas inútil”. Observa também JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, cit., pág. 12: “Se definirmos como meios de tutela do direito não só o mal ou prejuízo infligido ao autor do facto ilícito mas também a frustração dos desígnios daquele que pretende obter certo resultado jurídico omitindo os pressupostos que para tanto a lei exige, ou não satisfazendo aos requisitos impostos por esta, incluiremos entre as sanções jurídicas a invalidade e a ineficácia dos actos jurídicos.” Sobre o ponto, vide ainda JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato...*, cit., pág. 225, “É esse o alcance da nulidade: contra a vontade declarada dos contraentes, o seu acto é esvaziado dos efeitos a que se destinava...”.

uma operação de sinal negativo, mas à nulidade acresce uma actuação correctora da autonomia negocial.

Uma distinção próxima daquela que se acabou de expor é a que por vezes aflora no discurso de alguma doutrina nacional – civilista e laboral –, pondo a tónica *no tipo de eficácia das normas imperativas*.

É sob este ângulo de análise que devem ser compreendidas as considerações de LUÍS CARVALHO FERNANDES³⁶⁸, a propósito do tipo de eficácia das normas imperativas. Na perspectiva do civilista português, nem sempre as normas jurídicas, na categoria de normas imperativas, actuam nos mesmos termos. Na grande maioria das vezes, a eficácia das normas imperativas traduz-se numa eficácia *imediate*, de cariz negativo, meramente invalidante. A violação de uma norma imperativa comina como sanção regra a nulidade do preceito negocial violador. Em termos gerais, sublinha, esta solução apresenta-se como satisfatória, porquanto a invalidade impede que a violação da norma prevaleça e que os efeitos contrários à lei se produzam.

³⁶⁸ *A Conversão...*, cit., pág. 536. Esta é apenas uma das dimensões da análise do Autor acerca do fenómeno denominado “eficácia mediata das normas imperativas”. A nosso ver, na análise de CARVALHO FERNANDES, vão-se entrelaçando permanentemente dois planos: por um lado, esse, o do tipo de eficácia das normas – invalidante ou substitutiva – a que se faz referência no texto; por outro, o da questão da conservação ou destruição do negócio. De facto, o Autor começa por identificar o fenómeno da substituição automática como uma alternativa preferível, em certos casos, à invalidade da cláusula violadora, impondo-se que o próprio conteúdo da norma imperativa violada prevaleça em substituição das cláusulas negociais violadoras. Outras vezes, porém, não é difícil divisar elementos que sugerem fortemente uma recondução da solução substitutiva a um mecanismo que impõe coactivamente a conservação do negócio, atentas, entre outras, as finalidades de protecção visadas pelas normas imperativas violadas. Por exemplo, quando o Autor confronta o instituto da conversão com o fenómeno da substituição automática (“eficácia mediata”, na terminologia adoptada pelo Autor): “Na eficácia mediata (...), a preocupação do legislador é a de manter o negócio concreto celebrado pelas partes, pois é essa a forma de alcançar a realização de certos interesses nele envolvidos (...) que seriam postos em causa pela invalidade que, sem essas operações, atingiria todo o acto. Na conversão, apenas está em causa o princípio da conservação, enquanto possível, do comportamento negocial das partes” (itálico nosso) – *A Conversão...*, cit., págs. 581 e 582. O mesmo se pode entreter no discurso do ilustre civilista a propósito do regime de invalidade parcial predisposto no diploma que regula os contratos de adesão: “A análise anterior revela que a eficácia invalidante de um vício negocial, mesmo que ele se dirija a certo elemento específico do negócio, pode pôr em causa todo o acto, por outras palavras, gerar uma invalidade total. Essa solução, em determinadas circunstâncias, envolve, porém, consequências indesejáveis para uma das partes, aquela a quem interessa a manutenção do negócio” – *A Conversão...*, cit., págs. 548 e 549.

Todavia, sublinha o Autor, este tipo de eficácia nem sempre se revelará adequado. Em certos casos, necessário se torna que essa tutela se alcance por uma via positiva, que se garanta a realização efectiva da composição de interesses definida na norma violada, impondo-se que a eficácia da norma vá para lá da mera destruição da estipulação negocial, e que o próprio conteúdo da norma imperativa violada prevaleça em substituição das cláusulas negociais violadoras.

III – Para este modo diferenciado de reacção, pode ser pertinente atender a um outro aspecto: *ao tipo de relacionamento que a ordem jurídica estabelece com a actividade negocial das partes.*

Hipóteses há em que a ordem jurídica, através das suas normas imperativas, se posiciona essencialmente como um sistema de atribuição/exclusão de eficácia à actividade negocial dos privados. Impõe a observância de determinadas condições ou requisitos, para que o negócio assuma relevância. Através de proibições impede-se que a actividade dos privados se realize assumindo conteúdos ou funções desaprovadas pelo ordenamento, delimitando-se, pois, a área de disponibilidade negocial. Quando assim é, quando a ordem jurídica, através das suas normas imperativas, se posiciona essencialmente como um sistema de atribuição/exclusão de eficácia à actividade negocial dos privados, compreende-se que a consequência da inobservância das condições prescritas seja o não reconhecimento dos efeitos pretendidos, a invalidade *tout court*.

Outras vezes, porém, a ordem jurídica, através dos seus preceitos, procura intervir positivamente na actividade negocial dos privados, conformar essa actividade de uma certa maneira, tendo em vista a tutela e realização de determinados interesses. Quando a ordem jurídica, através das suas normas, pretende impor a realização de determinados fins na actividade negocial dos privados, conformando em termos positivos as relações contratuais, depressa se deixa perceber que a consequência meramente invalidante – nulidade – não se revela suficiente, dando azo a que sejam outras as soluções que se impõem perante a contrariedade das estipulações negociais com os padrões imperativos do sistema jurídico: não apenas nulidade, mas nulidade e atribuição de efeitos diversos daqueles queridos pelas partes, isto é, nulidade e

substituição da regulamentação privada pela legal³⁶⁹.

IV – Por aqui se vê em que medida a matéria exposta a respeito das consequências resultantes da violação dos preceitos imperativos se projecta na questão do tratamento da invalidade parcial. De facto, perante um cenário de contrariedade parcial de um negócio com a lei, coloca-se, em primeira linha, o problema da redução do negócio, vale por dizer, saber se a invalidade se restringe à parte directamente afectada, conservando-se o negócio na parte restante ou se a invalidade parcial determina a invalidade total do negócio. Quando a consequência que resulta da violação do preceito imperativo implicar apenas uma operação de sinal negativo, o problema da invalidade parcial coincidirá fundamentalmente com a questão da redução do negócio. Pode suceder, no entanto, que as consequências que resultam da violação da norma imperativa não impliquem apenas uma operação de

³⁶⁹ Uma associação deste tipo é possível detectar, por exemplo, no discurso de BRUNO INZITARI, *Autonomia privata e controllo pubblico...*, cit., pág. 138: “L’esigenza di assicurare uno specifico contenuto all’attività negoziale dei privati, sulla base di considerazioni del tutto esterne al asfera di decisione individuale, ha fatto assumere ad alcune categorie di norme cogente, ulteriori e del tutto nuove funzioni rispetto allo schema ottocentesco delle norme imperative ordinarie o proibitive. La consueta sanzione della invalidità come conseguenza della contrarietà dell’atto a tali norme, risulta ormai del tutto insufficiente per il raggiungimento degli obiettivi imposto dall’ordinamento”. A propósito do efeito substitutivo previsto no artigo 1339 do *Codice Civile*, são, aliás vários os autores que relacionam o modo de actuação do ordenamento jurídico sobre a actividade dos privados com a necessidade de outros efeitos para lá do efeito invalidante. Assim observa RAFFAELE DE LUCA TAMAJO, *La Norma Inderogabile...*, cit., pág. 149: “Uma legislação interventista, inspirada em modelos de programação vinculante e dirigida a privilegiar interesses colectivos ou gerais, postula que a adaptação do regime contratual à disciplina cogente não se realize mediante meras operações de sinal negativo, mas através de uma inserção automática e incondicionada do imperativo legal no regulamento predisposto dos privados”. O mesmo se diga do pensamento de UBALDO PROSPERETTI, “La funzione del diritto del lavoro...”, cit., pág. 909, quando, referindo-se às normas dotadas de eficácia substitutiva para efeitos do artigo 1339 do *Codice Civile*, observa: “Serão qualificadas como tal em geral as normas de planificação vinculante da actividade económica cuja função não se basta com a simples denegação da validade total ou parcial do negócio desconforme, segundo o efeito normal das normas imperativas no confronto com as cláusulas consideradas essenciais para as partes, mas necessita de uma integração aperfeiçoadora da autonomia privada”. Cf. ainda, em sentido próximo, veja-se EDOARDO GHERA, “Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato”, *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato (Atti del VI Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro, Alba, 1-3 giugno 1978)*, Giuffrè, Milão, 1979, pág. 11.

sinal negativo, mas à nulidade acresça uma actuação correctora ou aperfeiçoadora da autonomia negocial. Será, pois, nesses casos que, no plano do tratamento da invalidade parcial, à conservação do contrato terá de acrescer esta segunda operação de substituição do conteúdo inválido por um conteúdo imposto pelo ordenamento, através da qual se fazem prevalecer os fins positivamente perseguidos pelo legislador³⁷⁰.

Vozes há que se referem a esta segunda operação como um momento de integração do contrato³⁷¹. A referência a uma actividade integrativa compreende-se se tivermos em conta que através deste momento de substituição, bem vistas as coisas, também se acaba por assegurar a própria exequibilidade, operacionalidade do negócio, cumprindo-se, nessa medida, uma finalidade típica da actividade integrativa. Em todo o caso, para se poder aqui falar de uma actividade de integração, esta terá sempre de ser entendida em termos amplos, num quadro dogmático e até funcional diferente daquele em que tradicionalmente o instituto é chamado a operar. Por um lado, porque dirigida não propriamente a preencher um vazio contratual (a preencher lacunas originárias ou supervenientes do acordo gizado pelas partes), mas a sobrepor-

³⁷⁰ A questão é colocada, julga-se, em termos não muito distantes por ADRIANA D'ANTONIO, *La modificazione legislativa...*, cit., pág. 179, quando o Autor escreve: “Consequência da contrariedade do acto de autonomia privada com a lei é a nulidade; a tal consequência, no caso em que a contrariedade diga respeito a alguma cláusula, une-se, em certos casos, a substituição. Esta pode assegurar a manutenção do contrato, seja modificando-o, na linha dos interesses substancialmente perseguidos pelas partes, ou em vez disso, impor essa manutenção contra o interesse de ao menos um dos contraentes”.

³⁷¹ MARIA DO ROSÁRIO RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, cit., pág. 211, reconduz o mecanismo da substituição (*stricto sensu*) ao meio que a lei predispõe para integrar a lacuna quanto à parcela do conteúdo do contrato a que se reportam as cláusulas inválidas. Faz igualmente referência ao mecanismo substitutivo como uma operação que permite a exequibilidade do negócio (embora no contexto particular da violação de disposições colectivamente fixadas) JOSÉ BARROS MOURA, *A Convenção Colectiva entre...*, cit., págs. 189 e 190, ao assinalar que “A simples nulidade não bastaria, ainda, porque deixaria aspectos das relações individuais de trabalho sem regulamentação: para haver um regime completo é necessária a aplicação automática da convenção colectiva”. Na experiência italiana, quer o artigo 1339 quer o artigo 1419/2 do Codice são reconduzidos por alguns sectores doutrinários a hipóteses de integração do negócio – assim, STEFANO RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milão, 1969, págs. 52 e ss. e *passim*; GIUSEPPE MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., pág. 388; no contexto laboral, EDOARDO GHERA, *Diritto del Lavoro*, cit., pág. 63. Cf. ainda MANUEL-CARLOS PALOMEQUE LOPEZ, *La nulidad parcial...*, cit., pág. 194 e ss..

se ao sistema de auto-regulação estabelecido pelos sujeitos contratantes, ou seja, a valer *apesar* das estipulações contratuais. Depois, porque feita com recurso a normas imperativas, não sendo consensual na doutrina que de actividade integrativa se possa falar nesse caso³⁷². Ainda que que possa dizer que toda a integração seja feita no plano do direito objectivo, na medida em que se transita do plano da autonomia para o plano da valoração heteronómica, a verdade é que assistimos aqui, no caso do mecanismo da substituição automática, a uma intervenção mais invasiva.

Como quer que seja, pensa-se, a alternativa entre quem reconduz a operação substitutiva a um corolário da eficácia das normas imperativas violadas e aqueles que identificam aí uma operação de integração não deve ser exacerbada. Há, de facto, neste momento um objectivo de fazer prevalecer os fins positivamente perseguidos

³⁷² Efectivamente, alguns autores rejeitam que se deva falar de uma tarefa de integração feita através de normas imperativas – quer na hipótese de estas valerem pelo facto de os sujeitos não dedicarem a determinado ponto uma qualquer disciplina, quer na hipótese de elas serem aplicáveis no caso de os sujeitos terem previsto um regime inválido e haver substituição da disciplina convencionada pela disciplina heterónoma. É o caso de LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, *cit.*, pág. 460. Na base deste entendimento está a ideia de que a tarefa de integração realizada através de normas legais se desenha como um fenómeno de colaboração entre o legislador e as partes, não envolvendo restrições à autonomia privada, e que tem em vista manter o negócio e assegurar a operacionalidade dos efeitos práticos visados pelos seus autores (*A Conversão...*, *cit.*, pág. 536, nota 1). Elemento de integração serão, pois, as normas dispositivas, mas já não as normas imperativas. No caso da projecção das normas imperativas no conteúdo negocial, uma vez que a intervenção daquelas seria determinada pela consideração de interesses hierarquicamente superiores aos dos autores, não se poderia falar de um fenómeno de colaboração entre o ordenamento jurídico positivo e a autonomia negocial nem o funcionamento do mecanismo substitutivo teria em vista garantir a exequibilidade dos resultados práticos a que a vontade se dirige. Igualmente crítico, mas por razões não inteiramente coincidentes, no sistema italiano, PIETRO BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata...*, *cit.*, pág. 163.

Em sentido oposto, manifestando-se favorável a que a operação de integração possa verificar-se por recurso a normas imperativas, no universo juscivilístico, por exemplo, JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Civil...*, *cit.*, pág. 567; no contexto juslaboral, JÚLIO VIEIRA GOMES/CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, “Sobre o Regime da Invalidez...,” *cit.*, pág. 160; e MILENA SILVA ROUXINOL, *A vinculação autoral do trabalhador jornalista*, Coimbra, 2012, págs. 163 a 170, *passim*, quando alude à necessidade de uma tarefa de integração negocial sobre com o alcance das obrigações autorais do trabalhador-jornalista com apelo a regimes de natureza imperativa, *rectius*, semi-imperativa.

pelo legislador, mas igualmente de assegurar a operacionalidade do contrato, pelo que as duas dimensões acabam por estar presentes na compreensão do fenómeno.

5.4. O artigo 121.º, n.º 2 como preceito que, determinando a conservação do contrato, apenas exterioriza a operação subsequente – a substituição; a substituição como consequência típica da violação das normas imperativas laborais e como operação típica no tratamento da invalidade parcial do contrato de trabalho

Feita esta exposição em termos gerais e abstractos, cabe agora transpô-la para o contexto específico que nos ocupa e afeiçoá-la à questão do tratamento da invalidade parcial do contrato de trabalho, o que ajudará a compreender melhor o enquadramento dogmático do artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho.

Quer-nos parecer que, partindo do desdobramento que a questão do tratamento da invalidade parcial pode encerrar, é justamente àquele segundo momento que o artigo 121.º, n.º 2 do Código procura *explicitamente* dar ênfase: a substituição da cláusula inválida pela norma imperativa violada. Ou, se quisermos, o legislador, na formulação legal utilizada, como que *omite* a etapa intermédia – aquela através da qual determina a redução obrigatória do contrato –, e *apenas exterioriza* a decorrência dessa solução de conservação (forçada) e que consiste na substituição propriamente dita. *Há como que uma “crase” entre a primeira e a segunda operações, e a norma, ao exteriorizar a segunda, pressupõe e determina implicitamente a primeira.*

De notar que uma análise deste tipo, segundo a qual o que surge evidenciado no artigo 121.º, n.º 2 é este momento ulterior, não só permite uma melhor inteligibilidade dos dados legais – em bom rigor, o preceito em causa, em termos literais, limita-se a dizer que a cláusula que violar norma imperativa “considera-se substituída por esta”, sem aludir à manutenção do contrato *hoc sensu* – como da própria epígrafe do bloco normativo em questão. A utilização de uma designação epigráfica como “Invalidade parcial do contrato de trabalho” sugere que a matéria aí tratada não se esgota no problema da redução ou conservação do contrato, mas é afinal mais abrangente, podendo essa maior amplitude estar precisamente relacionada com o facto de o n.º 2 do preceito, assumindo a conservação do contrato, acabar por dar ênfase à outra operação ou momento no tratamento da invalidade parcial e que, em termos rigorosos, não coincide com a redução do negócio *hoc sensu*.

Por outro lado, a importância dada ao segundo momento da operação ganha particular acuidade se tivermos em mente uma normatividade como a laboral, mormente as normas que disciplinam o conteúdo da relação de trabalho, e as consequências que tipicamente resultam da violação dos comandos imperativos. Tratando-se de uma regulação sobretudo formada por normas imperativas que procuram intervir positivamente na actividade negocial das partes, depressa se deixa perceber que a consequência meramente invalidante – nulidade – não se revela adequada nem suficiente para acautelar devidamente os objectivos que o legislador pretende alcançar. A prevalência da disciplina cogente sobre a normação privada impõe, nesses casos, que, em caso de desconformidade, o regulamento negocial se adapte ao conteúdo normativo, o mesmo é dizer, impõe que, perante uma desconformidade, o regulamento negocial seja corrigido de acordo com aqueles padrões³⁷³.

Assim, e justamente porque em Direito do Trabalho à nulidade acresce, as mais das vezes, uma actuação correctora da autonomia negocial, por aí se deixa também compreender a razão pela qual à questão da conservação do contrato de trabalho se encontra tipicamente ligada uma segunda operação – de substituição no tratamento da invalidade parcial – que tem, justamente, esteio no artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho³⁷⁴.

³⁷³ Sobre esta ideia de que no universo juslaboral o regime jurídico “forte” das normas compreende tipicamente a sanção da nulidade e a operação substitutiva, MARCO NOVELLA, “Considerazioni sul regime giuridico...”, *cit.*, pág. 515; EDOARDO GHERA, *Diritto de Lavoro*, *cit.*, pág. 63. Vale a pena acompanhar, neste aspecto, o lúcido raciocínio expendido pela *Corte Costituzionale*, de 11 de Maio de 1992, n.º 210 (anotação de MARINA BROLLO, “Part time: la Corte Costituzionale detta le istruzioni per l’uso e le sanzioni per l’abuso”, *GI*, I, 1, 1992, coluna 287) a propósito da categoria da nulidade em Direito do Trabalho: “No campo do direito do trabalho (...) as normas imperativas não desempenham o papel de condições de eficácia da vontade jurídica, mas regulam directamente a relação prevalecendo sobre a autonomia individual, pelo que a relação que é constituída a partir do contrato é regulada através de fontes heterónomas, independentemente da comum vontade dos contraentes e mesmo contra aquela. (...) A violação do modelo de contrato e de relação imposto à autonomia individual dá lugar, em regra, à conformação real da relação concreta com o modelo prescrito – por via de substituição ou integração da disciplina pactuada pela legal ou por via da desconsideração dos efeitos da cláusula contratual ilegítima – e não já à redução da relação real a uma condição de total ou parcial irrelevância jurídica”.

³⁷⁴ Uma ligação ténue entre os dois planos, entre as duas operações, surge, como acima se disse, no discurso de JOSÉ BARROS MOURA, *A Convenção Colectiva entre...*, *cit.*, , pág. 163, nota 37.

5.5. Nota final sobre a relação entre o artigo 121.º, n.º 2 e a chamada teoria da “recepção automática”

Regista-se ocasionalmente uma propensão para orientar o discurso acerca do enquadramento dogmático da solução contida no artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho para o desenvolvimento de considerações a respeito da chamada “teoria da recepção automática” ou do fenómeno da “recepção automática das disposições convencionais nos contratos individuais de trabalho”³⁷⁵. Coloca-se a questão de saber em que medida a referida “recepção automática” encontra consagração no nosso artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho, isto é, até que ponto aquele preceito constitui um dado normativo importante no sentido do acolhimento da mencionada teoria entre nós, questão que não tem merecido uma resposta unânime por parte da doutrina.

A nosso ver, e é esse o limitadíssimo contributo dos parágrafos seguintes, a divergência de posicionamentos surge prejudicada pela (e, de certa forma, encontra a sua justificação na) falta de clareza que existe em torno da fórmula “recepção automática”. Efectivamente, a diversidade de orientações não se tem feito acompanhar, parece-nos, de um equivalente empenho, por parte da doutrina, na dilucidação do exacto alcance da expressão “recepção automática”, já que através da referida fórmula se vem procurando aludir a diferentes fenómenos.

Na verdade, por vezes, a expressão é associada à chamada eficácia imediata que as disposições convencionais – entenda-se, provenientes das convenção colectiva de trabalho – apresentam perante os contratos individuais de trabalho. A referência à eficácia imediata surge no contexto da análise levada a cabo pela doutrina, mormente alemã, sobre o tipo de eficácia jurídica que caracteriza as disposições contidas em convenção colectiva de trabalho endereçadas aos trabalhadores e empregadores (disposições normativas, portanto, na classificação tradicional). Ora, um dos atributos das disposições convencionais que a doutrina alemã procurou desde cedo evidenciar foi o da chamada *eficácia imediata* (“die unmittelbare Einwirkung”) das mesmas. Pretendia-se traduzir a ideia de que as cláusulas da convenção colectiva vinculam

³⁷⁵ Genericamente, a relação entre os dois temas é posta em evidência no discurso de autores como MARIA DO ROSÁRIO DA PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, cit., pág. 211; LUÍS GONÇALVES DA SILVA, “Do âmbito temporal...”, cit., pág. 477; e ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 728.

imediatamente, sem necessidade de mediação de uma nova e diferente estipulação entre os destinatários concreta e individualizadamente determinados, ou seja, sem necessidade de um qualquer acto complementar de vontade das partes. Esta eficácia imediata mostrava que as normas da convenção eram verdadeiras normas jurídicas, capazes de conformar externamente o conteúdo da relação de trabalho, em termos idênticos ao que sucede com as normas legais. O seu modo de vinculação era, por isso, semelhante ao das normas legais: como as leis, impor-se-iam sem necessidade de uma vontade específica das partes e modelariam directamente a execução do contrato de trabalho. *Com este sentido, se poderia dizer que as normas convencionais eram recebidas directamente ou automaticamente nos contratos individuais de trabalho*³⁷⁶.

Já noutros contextos, a referência à automaticidade surge para aludir a outro atributo das disposições convencionais, relacionado, desta vez, com a força imperativa ou com o carácter imperativo das mesmas. De facto, a par do atributo da eficácia imediata, a doutrina alemã veio também chamar a atenção para o facto de as disposições convencionais serem dotadas, num segundo nível, da característica da imperatividade, isto é, gozarem de uma *eficácia imperativa* (“*zwingende Einwirkung*”). Com isto pretendia-se evidenciar o facto de as normas colectivamente fixadas, impondo limites à liberdade contratual, poderem determinar a ineficácia das estipulações individuais de sentido e conteúdo contrários, prevalecendo sobre aquelas. Importava, no entanto, concretizar em que termos as cláusulas dos contratos individuais tinham de respeitar o estabelecido nas convenções colectivas. Distinguiam-se aí dois modos de produção de eficácia: uma apelidada de condicionamento, controlo externo ou eficácia invalidante, a qual, de acordo com o direito comum dos contratos, postularia a invalidade das estipulações individuais desconformes com as regras colectivas; outra, denominada substituição ou recepção

³⁷⁶ ALFRED HUECK/HANS CARL NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, cit., pág. 375, e dos mesmos autores, *Compendio de derecho del trabajo*, Editorial Revista de Derecho del Trabajo, Madrid, 1963, págs. 349 e 350; ARTHUR NIKISCH, *Arbeitsrecht*, II, 2.^a edição, Tubinga 1959, págs. 385 a 387. Este é, de resto, um aspecto da eficácia das disposições convencionais que continua a constar do §4 I da *Tarifvertragsgesetz* – cf. REINHARD RICHARDI/OTFRIED WLOTZKE/HELLMUT WIBMANN/HARTMUT OETKER, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, Kollektivarbeitsrecht/Sonderformen*, 3.^a edição, C.H. Beck. Munique, 2009 (beck-online), pág. 5. Com este sentido, entre nós, JOSÉ BARROS MOURA, *A Convenção Colectiva entre...*, cit., pág. 185. Faz também alusão a uma eficácia directa e imediata das disposições convencionais nesta acepção, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, “Do âmbito temporal...”, cit., pág. 475.

automática (por vezes também apelidada de eficácia automática, “*automatische Wirkung*”), e que consistia na substituição, de pleno direito, das estipulações individuais pelas disposições colectivamente fixadas que aquelas contrariassem. Ora, perante uma contradição do contrato individual de trabalho com as disposições convencionais imperativas, esclarecia a doutrina alemã, a ineficácia das estipulações individuais não teria por consequência a mera invalidade das mesmas nem a aplicação do §139 do *BGB* a respeito da invalidade parcial, mas, no lugar das estipulações inválidas, valeriam imediatamente preceitos convencionais violados, havendo lugar a uma *recepção do conteúdo da disposição violada em substituição da estipulação inválida*^{377 378}.

Por fim, deverá considerar-se que a expressão “recepção” é ainda usada pontualmente para exprimir a ideia de “incorporação” das disposições da convenção colectiva nos contratos de trabalho. Por vezes, numa alusão ao laço estreito que durante o período de aplicação de uma convenção colectiva de trabalho une a convenção e os contratos individuais cuja execução aquela modela directamente. Aí é vulgar a referência à chamada recepção automática *provisória*. Estaria em causa uma *recepção não definitiva* porque a “absorção” das disposições colectivas nos contratos de trabalho duraria apenas, em princípio, pelo período de vigência das convenções

³⁷⁷ Assim, de novo, ALFRED HUECK/HANS CARL NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts, cit.*, pág. 389 e ss., e *Compendio de Derecho del Trabajo, cit.*, págs. 351 e 352; ARTHUR NIKISCH, *Arbeitsrecht, cit.*, pág. 395. Cf. ainda o §4 I da actual *Tarifvertragsgesetz*.

³⁷⁸ A doutrina germânica alertava ainda (nestes termos, ALFRED HUECK/HANS CARL NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts, cit.*, pág. 375) para as possíveis combinações entre a eficácia imediata e a eficácia imperativa. Haveria cenários em que as normas convencionais apenas teriam eficácia imediata, mas já não eficácia imperativa. Seria, por hipótese, o que se verificava quando o contrato de trabalho não continha nenhuma cláusula que contrariasse uma norma convencional (o contrato era omissivo nesse ponto, pelo que a norma convencional era tão somente recebida pelo contrato individual). Depois, poderia dar-se o caso de apenas haver lugar a uma eficácia imperativa, mas já não imediata. Tal sucederia quando a norma convencional violada pelo contrato individual apenas tivesse conteúdo proibitivo, não dando lugar a qualquer substituição automática da cláusula pela norma convencional violada. Finalmente, os casos de combinação entre eficácia imperativa e imediata, o que ocorria quando a norma convencional infringida detivesse um conteúdo positivo, pois, nesse caso, haveria lugar a uma prevalência da disposição normativa e a uma recepção do seu conteúdo em substituição da estipulação inválida. Em termos semelhantes, mas mais rigorosos, distinguindo o efeito substitutivo, dos anteriores, efeito imediato e efeito imperativo e as diferentes combinações entre eles passíveis de se configurar, JOSÉ DE BARROS MOURA, *A Convenção Colectiva entre...*, *cit.*, pág. 187.

que as estabelecessem, vindo as convenções colectivas subsequentes substituir esse conteúdo dos contratos individuais de trabalho³⁷⁹. Noutros casos, com um alcance mais ambicioso, como técnica jurídica ao serviço da estabilidade do estatuto colectivo, vale por dizer, como fórmula explicativa da manutenção das vantagens oriundas da convenção colectiva nos contratos de trabalho, mesmo após a cessação da vigência daquele instrumento de regulamentação colectiva negocial³⁸⁰.

Em face deste conjunto de diferentes utilizações da expressão, percebe-se que a eventual ligação da chamada “recepção automática” ao artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho apenas se poderá afirmar se entendida no segundo dos sentidos assinalados, isto é, quando através da expressão “recepção automática” a doutrina jus-laboral pretende aludir à particular força imperativa das disposições convencionais,

³⁷⁹ É com este sentido que ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho 2, Relações Colectivas de Trabalho*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 1983, pág. 173, referia que a recepção automática das normas das convenções colectivas nos contratos de trabalhos “nem é plena nem é definitiva”. Não é plena, explica o Autor, porque não pode ocorrer quando cláusulas da convenção sejam menos favoráveis do que disposições originárias dos contratos individuais, mas sim apenas quando essas normas colectivas se destinam a substituir outras normas colectivas. Nem é definitiva, acrescenta, porque a absorção das disposições colectivas nos contratos individuais dura apenas, em princípio, pelo período de vigência das convenções que as estabelecem, vindo as convenções subsequentes (desde que, como é sabido, se declarem globalmente mais favoráveis) substituir esse conteúdo colectivo dos contratos de trabalho, com disposições que tanto podem ser mais favoráveis como menos vantajosas para o trabalhador. Ora, quando se refere ao facto da recepção não ser plena nem definitiva, o Autor reporta-se, como o mesmo acaba por reconhecer, aos problemas relacionados com a sucessão de convenções no tempo. Em causa está, por um lado, o facto de a absorção das disposições colectivas nos contratos de trabalho durar apenas, em princípio, pelo período de vigência das convenções que as estabelecem, vindo as convenções subsequentes substituir esse conteúdo colectivo dos contratos de trabalho; e por outro, a ideia de que um direito conferido por uma primeira convenção e como tal recebido nos contratos de trabalho que ela abranja pode ser retirado do conteúdo dos mesmos contratos pela recepção de uma cláusula revogatória constante da convenção seguinte (desde que esta última se declare globalmente mais favorável).

³⁸⁰ Sobre este sentido, ver, entre outros, JEAN DÉPREZ, “Un remède incertain à la précarité des avantages acquis: l’incorporation dans le contrat de travail”, *DS*, n.º 12, 1986, págs. 906 e ss.; e, entre nós, por exemplo, JÚLIO VIEIRA GOMES, “A manutenção dos efeitos já produzidos pela convenção colectiva caducada nos contratos individuais de trabalho, após a Lei n.º 9/2006, de 29 de Março (ou o estranho tremeluzir das estrelas mortas)”, *QL*, ano XV, n.º 31, 2008, págs. 7 a 9.

contrapondo-a à chamada eficácia meramente invalidante³⁸¹. Ao determinar que as cláusulas dos contratos individuais contrárias às disposições convencionais são substituídas por estas, o preceito como que descreveria e acolheria esse modo de produção de eficácia típico das disposições convencionais.

Reconhece-se, no entanto, que, mesmo deste ponto de vista, o uso da expressão “recepção automática” no contexto do artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho não é particularmente feliz, já que aquela locução foi formulada tendo em vista as disposições das convenções colectivas de trabalho, enquanto o fenómeno substitutivo regulado pelo artigo 121.º, n.º 2 tem, de acordo com a análise feita até ao momento, um âmbito de incidência mais vasto, abrangendo quer as normas de fonte legal, quer de fonte convencional³⁸².

6. Fundamento(s) da solução conservadora-substitutiva

Perspectivada a norma em questão como uma disposição que, impondo a conservação parcial do contrato de trabalho (leia-se, impedindo que a subsistência do contrato fique dependente da vontade hipotética das partes), determina, subsequentemente, a substituição da cláusula inválida por um conteúdo conforme com os preceitos imperativos violados, o passo seguinte diz respeito à razão ou razões que estarão na base desta intervenção legislativa. Sem pretensão de sermos exaustivos, procuraremos salientar alguns dos tópicos que têm sido habitualmente formulados

³⁸¹ Supomos ser nessa acepção que ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 728, afirma que a recepção automática é acolhida entre nós no artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho. Ver ainda, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, “Do âmbito temporal...”, cit., pág. 479. O Autor reconhece, que além da eficácia imediata das disposições convencionais, é correcto fazer-se uma referência à imperatividade das mesmas, nisso se traduzindo a substituição automática prevista no artigo 121.º, n.º 2.

³⁸² Também BERNARDO LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, cit., pág. 580, critica a formulação por através dela se traduzir apenas de forma imperfeita a relação entre a autonomia colectiva e a autonomia individual, quando o mecanismo em si é mais abrangente. Na verdade, alerta o Autor, “não se trata de um mecanismo específico dos instrumentos de regulamentação colectiva, mas afinal do que se passa em toda a regulação imperativa. Visa-se aqui apenas tornar inoperantes as cláusulas do contrato de trabalho que comportem consequências menos favoráveis para o trabalhador do que as estatuídas em preceitos imperativos, sobrepondo-lhes estes preceitos”.

para explicar e justificar as limitações da aplicação do regime civilístico comum em Direito do Trabalho, e procuraremos dar conta da compreensão que, como resultado da análise empreendida, reputamos ser a mais adequada.

6.1. O tópico da inderrogabilidade das normas

Algumas formulações fazem apelo ao carácter inderrogável ou injuntivo da esmagadora maioria das normas juslaborais para assim justificar a solução em análise. A esse propósito, vejam-se as observações de MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO a respeito do artigo 14.º, n.º 2 da LCT (actual artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho)³⁸³: “No âmbito de aplicação de uma norma (...) inderrogável não é reconhecida a actuação da autonomia privada, pelo que as partes não podem alterar a disciplina legal, nem tão pouco celebrar um contrato de trabalho em termos que lhes possibilitem frustrar a aplicação das regras injuntivas. Uma vez que este seja celebrado, resta-lhes sujeitarem-se aos efeitos decorrentes das normas inderrogáveis”³⁸⁴.

³⁸³ *Comentário às Leis do Trabalho, cit.*, pág. 69.

³⁸⁴ Num contexto mais amplo, não especificamente dirigido à compreensão do fenómeno substitutivo juslaboral, destaca-se também a leitura de MARIO CASELLA, *Nullità parziale del contratto ...*, *cit.*, págs. 99 e ss, em especial, págs.124 e ss., a propósito da teorização do fundamento, da *ratio* do artigo 1339 do *Codice Civile*. Como vimos *supra* (nota 348), o Autor estabelece uma demarcação entre os “contratos de direito comum” – hipótese em que a substituição automática operaria, em princípio, apenas no caso de violação de normas imperativas anteriores à conclusão do contrato – e uma outra tipologia de contratos cuja disciplina legal, uma vez violada, daria lugar ao efeito substitutivo previsto no artigo 1339 do *Codice Civile*, efeito esse que operaria independentemente das normas serem preexistentes ou sucessivas à conclusão do contrato.

Note-se que, pese embora a dicotomia exposta, também este autor acaba por fazer radicar o efeito da substituição automática no carácter imperativo ou inderrogável das normas. Este é, se bem compreendemos, um aspecto que o Autor assinala quer nas hipóteses de contratos de “direito comum”, quer nas hipóteses que reconduz a uma particular tipologia de contratos. Ainda que faça apelo ao interesse colectivo tutelado na segunda tipologia de contratos, esse aspecto acaba por não adquirir verdadeira relevância para explicar o fenómeno substitutivo automático *hoc sensu*, mas antes e apenas para fundamentar a “extensão” do fenómeno substitutivo, leia-se a circunstância de a substituição operar em relação a normas imperativas preexistentes ou supervenientes à conclusão do contrato.

Mas a invocação do carácter ou da eficácia imperativa dos preceitos não nos parece dar conta de todo o problema. Vejamos.

Desde logo, poderão estar a confundir-se diferentes extractos do problema. Por um lado, a compressão da liberdade contratual das partes gerada por um regime de natureza imperativo ou inderrogável; por outro, a irrelevância da vontade das partes para a manutenção do contrato em caso de invalidade parcial. A imperatividade de um determinado regime legal veda às partes a possibilidade de afastamento ou modificação daquele, não reconhecendo, pois, espaço de actuação à autonomia privada. Questão diferente – aquela que aqui nos interessa – é a de, perante uma hipótese de violação de uma norma imperativa, geradora de um cenário de invalidade parcial, não se reconhecer relevância à vontade (hipotética ou real) das partes para decidir acerca da manutenção do contrato³⁸⁵.

Mas a insuficiência desta compreensão prende-se, a nosso ver, ainda com outro plano. De acordo com o que foi sendo evidenciado, a norma que contém a solução substitutiva analisa-se num preceito que reúne dois momentos ou duas operações no tratamento da invalidade parcial: a conservação forçada do contrato e a substituição das estipulações inválidas pelas normas imperativas violadas. Pois bem.

³⁸⁵ Também PIETRO BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata...*, cit., pág. 171, parece rejeitar que o mero dado extrínseco da inderrogabilidade da norma deva considerar-se elemento suficiente para explicar, no caso concreto, a solução conservadora-substitutiva prevista no artigo 1339 do *Codice Civile*. Na tentativa de recortar as hipóteses que caem sob a alçada do artigo 1419/2 do *Codice*, ADRIANA D'ANTONIO, *La modificazione legislativa...*, cit., pág. 180, tende igualmente a afastar a ideia de que todas as hipóteses de violação de normas imperativas em que a lei impõe a substituição convocam a aplicação do artigo 1419/2. Para o efeito, escreve: “se a manutenção do contrato for imposta, no sentido em que opera independentemente de uma indagação sobre a essencialidade da cláusula substituída em relação aos interesses perseguidos pelas partes no regulamento negocial na sua formulação originária, tal não pode resultar senão de uma exigência superior em relação àquela individual sacrificada. *Mas também é claro que [essa exigência] se apresenta como qualquer coisa de diferente do simples interesse em que a actividade da autonomia privada respeite os limites que lhe são impostos, e do interesse que no âmbito da contratação privada se realizem certos fins perseguidos positivamente pelo ordenamento.* No primeiro caso, bastaria a nulidade da cláusula desconforme com a prescrição legislativa, no segundo a sua substituição; mas em ambos seria difícil justificar a manutenção do contrato. (...) O fundamento da regra prevista no artigo 1419/2 deve encontrar-se numa exigência ulterior em relação àquelas assinaladas; e uma exigência que seria frustrada se a nulidade de uma cláusula pudesse ser invocada para obter a declaração de nulidade de todo o contrato” (itálico nosso).

No centro das atenções de formulações como aquelas vindas de expor, parece estar apenas a segunda operação em que o fenómeno se decompõe, a substituição *stricto sensu*, leia-se o facto de a violação das normas acarretar como consequência não apenas a nulidade do preceito negocial violador, mas também a correcção do regulamento contratual³⁸⁶. Ora, é verdade que, dessa perspectiva, a razão para o efeito substitutivo encontra-se, efectivamente, como vimos, relacionada com a eficácia das normas imperativas, com o facto de (por vezes, e de modo particularmente vincado no caso das normas que integram o ordenamento juslaboral) os fins que o legislador pretende atingir através dessas normas não se bastarem com uma operação meramente negativa – de invalidação – mas carecerem de um papel positivo de efectiva aplicação da composição de interesses imperativamente consagrado nas normas. Mas, por aqui se deixa perceber em que medida uma leitura desta índole, baseada apenas no dado do tipo de eficácia das normas imperativas, não se afigura suficiente. Ao procurar explicar a compreensão do efeito substitutivo *stricto sensu*, fica por determinar por que razão o desfecho perante um cenário de invalidade parcial é a manutenção autoritária do contrato, leia-se, a manutenção do contrato independentemente do apuramento da vontade conjectural ou hipotética das partes.

³⁸⁶ É, aliás, assaz vulgar nas referências doutrinárias nacionais e estrangeiras a alusão ao tópico da inderrogabilidade das normas laborais como explicação para o efeito substitutivo, ainda que nem sempre se torne particularmente claro se através da inderrogabilidade se explica a manutenção forçada do contrato ou o efeito substitutivo *hoc sensu* – assim, JOANA VASCONCELOS, *A Revogação do Contrato de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 265; BERNARDO LOBO XAVIER/PEDRO FURTADO MARTINS, “A transacção em Direito do Trabalho...”, *cit.*, pág. 456. Na doutrina alemã, por exemplo, este tópico foi invocado para fundamentar a solução substitutiva prevista no §1 I 3 da *Tarifvertragsverordnung* de 1918. A insuficiência deste elemento para explicar o efeito de conservação coactiva do contrato de trabalho é, no entanto, denunciada por ROLF EBERTH, *Die Teilnichtigkeit im Arbeitsrecht...*, *cit.*, pág. 68 e ss., em especial, pág. 71. Na experiência jurídica italiana, a alusão ao carácter inderrogável das normas, relacionando-o com o efeito substitutivo, pode ver-se em MARCO NOVELLA, “Considerazioni sul regime giuridico...”, *cit.*, pág. 515; EDOARDO GHERA, *Diritto del Lavoro*, *cit.*, pág. 63; ou ainda em VALERIO SPEZIALE, “La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007”, *RIDL*, ano XXVII, n.º 2, 2008, I, pág. 222.

6.2. O tópico da conservação da relação como valor *a se stante*

I – Outras concepções, partindo da compreensão segundo a qual a solução substitutiva encerra uma solução particular e de desvio ao regime comum da redução, encontram na tutela do valor da conservação da relação de trabalho o fundamento da referida solução. Latente a este entendimento está a percepção de que o valor da conservação do negócio assume uma relevância jurídica sensivelmente distinta consoante o problema da invalidade parcial se coloque no âmbito do Direito Civil, ou no universo jurídico próprio que é o laboral.

No primeiro caso, diz-se, a conservação do negócio não é um valor *per se* que a ordem jurídica pretenda realizar, efectivar ou tutelar. O desfecho perante o funcionamento do artigo 292.º tanto pode ser a invalidade total como a redução. A conservação do negócio obedece a uma lógica de aproveitamento do comportamento negocial das partes. A destruição do negócio jurídico, por sua vez, surge como uma consequência perfeitamente equacionável, mas porventura desproporcional quando o negócio, expurgada a parte viciada, ainda permaneça interessante do ponto de vista da ordenação de interesses definida pelas partes. Ainda que, por força do raciocínio presuntivo constante do artigo 292.º do Código Civil, se tenha optado, em princípio, por uma solução favorável à conservação do negócio, essa opção não deve ser entendida como uma qualquer abstracta preferência pela conservação do negócio por contraposição à destruição total do mesmo. Repare-se que, mesmo naquelas hipóteses em que, fazendo-se apelo ao apuramento de uma vontade hipotética corrigida, a conservação do negócio é vista como obrigatória, essa (conservação) não surge como o valor a garantir *tout court*. Trata-se antes de evitar utilizações disfuncionais do instituto em que a pretensão de uma das partes pela destruição do negócio não se inspira numa tutela real ou genuína da sua autonomia privada.

Já se o negócio em questão for o contrato de trabalho, as ilações a extrair serão, seguindo este tópico argumentativo, necessariamente diferentes³⁸⁷. Em Direito do Trabalho, porventura mais do que em qualquer outro ramo do direito, o interesse

³⁸⁷ Curiosamente, alguma doutrina laboral, mormente espanhola, procura atenuar esta contradição valorativa, perspectivando a solução conservadora-substitutiva laboral como uma aplicação particularmente intensa do princípio geral *utile per inutile non vitiatur* – assim, MANUEL ALONSO OLEA/M.ª EMILIA CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 23.ª edição, Civitas, Madrid, 2005, pág. 243.

na conservação dos laços contratuais surge como um valor *a se stante*. Dir-se-á que o interesse na conservação da relação corresponde, desde logo, a um corolário lógico da própria função económica que o contrato de trabalho é chamado a desempenhar. Colocando-se o trabalhador à disposição do empregador para através da realização da prestação subordinada obter o salário, o qual se traduzirá no principal ou mesmo único meio de sustento do trabalhador (e respectivo agregado familiar), depressa se faz sentir a premência do interesse na conservação da relação.

De certo modo, era esta a ideia que perpassava já no pensamento de RAÚL VENTURA³⁸⁸, ao afirmar, em 1962, que: “Mais do que argumentos de texto, tem sido importante a ideia de que a nulidade total do contrato acarreta um prejuízo para o trabalhador, cujo interesse reside na continuação dos laços contratuais sobre os quais se baseia a prestação do seu trabalho”. Mais tarde, JOSÉ BARROS MOURA³⁸⁹, acolhendo esta posição, diz “a nulidade poderia arrastar consigo a invalidação de todo o contrato individual, por força da máxima *utile per inutile non vitiatur*, sobre a redução do negócio jurídico, em detrimento do trabalhador e do seu direito à estabilidade do emprego”. Di-lo ainda, com clareza, no sistema italiano CRISTINA CATAUDELLA³⁹⁰: “È evidente, allora, che il principio conservazione del contratto tende ad assumere nel diritto del lavoro valenza maggiore rispetto al diritto comune: da una parte, risponde ad una istanza di tutela del lavoratore, che, nell’ipotesi di nullità del contratto di lavoro, si vedrebbe privato della retribuzione, mezzo necessário per consentirgli di condurre un’esistenza libera e dignitosa, e delle altre tutele che il rapporto di lavoro comporta (...)”. De resto, igualmente na Alemanha, surgiram vozes, sobretudo na década de sessenta, que procuraram relacionar a solução de conservação do contrato de trabalho em caso de invalidade parcial com os interesses sociais envolvidos na relação de trabalho. Segundo SCHOLZ³⁹¹, do princípio do Estado Social, apoiado que estava na Constituição alemã, resultavam importantes limites à autonomia privada em Direito do Trabalho, o que tinha influência na configuração jurídica de vários institutos. Assim, sublinhava, da mesma forma que o interesse do trabalhador na conservação do posto de trabalho constituía um elemento decisivo para os termos restritivos em que a ordem jurídica admitia o recurso ao

³⁸⁸ “Nulidade total e nulidade parcial...”, *cit.*, pág. 258

³⁸⁹ *A Convenção Colectiva entre...*, *cit.*, pág. 190.

³⁹⁰ *Contratto di lavoro e nullità parziale*, *cit.*, págs. 8 e 9.

³⁹¹ DIETMAR SCHOLZ, *Die Anwendung des §139 BGB...*, *cit.*, pág. 63.

despedimento (apenas permitido quando “socialmente justificado”), assim também esse valor deveria ser tido em consideração na interpretação do §139 do *BGB*, por forma a permitir que, da aplicação do critério aí previsto – o da vontade hipotética das partes – resultasse um alargamento das hipóteses de manutenção do contrato de trabalho. Com o mesmo tipo de fundamentação, HEINRICH PIERER VON ESCH sustentava, de forma ainda mais drástica, a não aplicação do §139 do *BGB* ao contrato de trabalho. A conservação de um contrato de trabalho parcialmente inválido constituía um imperativo social, que encontraria o seu fundamento no princípio do Estado Social – à semelhança do regime de despedimento –, determinando, como regra, a conservação do contrato de trabalho³⁹².

II – À luz da compreensão acabada de expor, a solução substitutiva é perspectivada e justificada como o expediente de protecção do trabalhador contra o risco da eventual destruição do contrato. De modo intuitivo, a análise parece-nos de acompanhar. Na verdade, semelhante compreensão faz emergir no contexto de da temática da invalidade parcial a importância da consideração dos particulares valores que o Direito do Trabalho envolve, designadamente, o a conservação da relação laboral.

Mas com isto, supomos, ainda não se atinge cabalmente o cerne da solução em questão. Repare-se: se a tónica for posta na tutela da conservação do emprego, em termos absolutos, isso equivalerá a dizer que, por força da tutela da conservação do emprego, não haverá em Direito do Trabalho verdadeiramente margem para o funcionamento do regime comum civilístico. *Em causa não estará apenas uma explicação para a limitação do alcance do regime comum em Direito do Trabalho, mas um fundamento para uma verdadeira exclusão*. Ou seja, aderindo a uma compreensão desse tipo, seríamos conduzidos, no limite, ao resultado interpretativo de esvaziamento do conteúdo da regra civilística contida na parte geral da legislação laboral. Esse é, no entanto, um resultado interpretativo que não se afigura de secundar. Desde logo, porque, por princípio, nos parecem de afastar soluções interpretativas que, pelo facto de atribuírem um significado extensivo a determinada norma, acabem por determinar o esvaziamento do conteúdo de outras normas do sistema, sendo antes preferível opções que evitem resultados extremos.

³⁹² *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, cit., pág. 130.

Adicionalmente, tal leitura casar-se-ia mal com a opção do legislador de (e continuar a) reproduzir a regra civilística na lei laboral, pelo menos como sucede no caso português.

Em suma, o tópico da tutela da conservação da relação laboral, sendo, sem dúvida, um aspecto da maior importância para a fundamentação da solução em apreço, afigura-se demasiado abrangente, devendo, por isso, ser calibrado ou temperado com outros pontos de vista relevantes.

6.3. A realização das finalidades de protecção das normas imperativas violadas enformadas por um desígnio de protecção do trabalhador

I – Em termos sintéticos, diz-se o seguinte: se perante a violação de uma norma que tem em vista tutelar a posição jurídica de trabalhador, enquanto parte débil da relação, se fizesse funcionar o regime da redução do negócio jurídico, *maxime*, se se permitisse ao empregador fazer prova da sua vontade hipotética ou conjectural, o funcionamento desse regime teria como desfecho, as mais das vezes, a destruição do contrato, o que acabaria por redundar em benefício do contraente mais forte, o empregador, que só teria querido contratar nos termos que violavam o comando legal, e voltar-se-ia contra a parte mais fraca, o trabalhador, a quem interessava manter o contrato com o conteúdo limitativo da lei, *frustrando-se a finalidade de protecção visada pela norma imperativa violada*.

Em bom rigor, não estamos perante um percurso argumentativo que deva ser encarado como original ou exclusivo da literatura juslaboral. Trata-se, afinal, de uma linha argumentativa amiúde mobilizada pela doutrina civilista – como tivemos ocasião de evidenciar na primeira parte do estudo³⁹³ – para justificar, em certos casos, o afastamento da aplicação do critério da vontade hipotética das partes na decisão acerca da conservação do negócio. As considerações expendidas nesse domínio foram transpostas para e devidamente adaptadas ao universo jus-laboral, assumindo peso nas diferentes experiências jurídicas. Uma vez mais, no espectro juslaboral, coube à doutrina germânica o papel de relevo na elaboração deste discurso fundamentador. Começamos por descrever, a pinceladas largas, como terão chegado a doutrina e jurisprudência laborais alemãs à consolidação deste resultado argumentativo,

³⁹³ Vide *supra* parte I, ponto 3.4.2.

debruçando-nos, seguidamente, sobre erupções deste pensamento nos sistemas italiano e português.

6.3.1. Breve excurso pela experiência jurídica alemã; o pensamento de PIETRO BARCELLONA e ADRIANA D'ANTONIO

I – Importa começar por salientar que a mobilização deste tópico argumentativo não constituiu *ab initio* um aspecto evidente na experiência jurídica alemã e foi antes fruto de uma paulatina evolução do pensamento jurídico.

Numa primeira fase, aliás, o *Reichsarbeitsgericht* optou, em várias ocasiões, por fazer apelo à aplicação ilimitada do §139 do *BGB*³⁹⁴. Ficaram célebres as hipóteses de contratos de trabalho nos quais haviam sido acordados períodos normais de trabalho que excediam os limites legais, tendo então o tribunal declarado que, por regra, a invalidade de uma cláusula como aquela sobre a do tempo de trabalho teria por consequência a invalidade total do contrato de trabalho, salvo se se viesse a demonstrar que o contrato teria sido celebrado sem a parte viciada, dentro dos limites máximos permitidos por lei. A mesma linha de raciocínio fora seguida no caso de uma cláusula inválida segundo a qual o trabalhador se vinculava a sofrer prejuízos financeiros significativos em caso de demissão. Ainda no caso de uma cláusula de não concorrência contrária aos bons costumes, o tribunal considerou, por falta de uma vontade favorável à conservação do negócio, que a consequência seria, de acordo com o §139, a invalidade total.

A verdade é que esta aplicação ilimitada do §139 em matéria de invalidade parcial do contrato de trabalho foi causando algum embaraço tanto na doutrina como na jurisprudência – mormente, junto do *Bundesarbeitsgericht* –, o que motivou a emergência de vários percursos argumentativos no sentido de uma limitação da aplicação do regime civilístico.

Assim sendo, numa clara intenção de evitar que a aplicação sem mais do §139 conduzisse à invalidade total do contrato de trabalho, o primeiro e o quinto senados do tribunal federal optaram por sustentar que a avaliação da vontade hipotética das

³⁹⁴ Como nos dão conta ROLF EBERTH, *Die Teilnichtigkeit im Arbeitsrecht...*, cit., págs. 48 e 49; DIETMAR SCHOLZ, *Die Anwendung des §139 BGB...*, cit., págs. 7 e 8; ou HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, cit., pág. 127.

partes deveria ser feita através de critérios objectivos (“unter Berücksichtigung objektiver Kriterien”) que permitissem a conservação do contrato e o desenvolvimento de decisões socialmente justificadas. Nesse contexto, incluem-se as decisões das polémicas cláusulas através das quais as trabalhadoras se vinculavam a não casar durante um determinado período de tempo (“Zölibatsklauseln”), inválidas porque contrárias aos princípios constitucionais. Fazendo apelo ao §139 o tribunal concluiu, tendo em consideração o princípio da boa fé e os usos do tráfico, que o empregador teria querido celebrar o contrato mesmo sem a parte viciada porque, caso contrário, não poderia empregar ninguém através de um contrato válido³⁹⁵.

Uma tendência semelhante à do *Bundesarbeitsgericht* foi desenvolvida na doutrina, como acima se viu, por SCHOLZ³⁹⁶. Baseando-se nos preceitos constitucionais que consagram o princípio do Estado Social, o Autor defendeu que no apuramento da vontade hipotética deveriam ser excluídas “todas as circunstâncias que apenas indicavam vantagens económicas ou que deviam ser encaradas como exploração do trabalhador, ou ainda aquelas que sugeriam condutas socialmente reprováveis”, devendo relevar a vontade das partes enquanto sujeitos “socialmente conscientes”. Esta orientação acabou por ser duramente criticada por alguns sectores da doutrina³⁹⁷ que viram na solução interpretativa proposta uma utilização distorcida da ideia de uma vontade hipotética de tipo objectivo. É sublinhado que, no apuramento da vontade hipotética, não podiam deixar de ser tidas em consideração as valorações económicas e os interesses egoísticos de cada uma das partes, e que recusá-lo seria transformar o §139 num preceito contrário à própria autonomia privada.

Num outro quadrante, situaram-se as posições de alguns autores que, partindo *ainda* da premissa de que às hipóteses de invalidade parcial do contrato de trabalho se aplicaria o §139 do *BGB*, propuseram, para obviar às consequências desvantajosas associadas à destruição total do contrato, uma inversão da regra probatória contida no §139³⁹⁸. No contrato de trabalho, diversamente do que sucederia nos demais domínios

³⁹⁵ ROLF EBERTH, *Die Teilnichtigkeit im Arbeitsrecht...*, cit., págs. 50 e 51.

³⁹⁶ DIETMAR SCHOLZ, *Die Anwendung des §139 BGB...*, cit., págs. 60 e 61.

³⁹⁷ WESTWERMANN *apud* ROLF EBERTH, *Die Teilnichtigkeit Rechtsgeschäfte...*, cit., págs. 53 e 54.

³⁹⁸ Curiosamente uma solução deste género chegou mesmo a constar dos trabalhos preparatórios que em 1923 tinham em vista a elaboração de uma lei geral do contrato de trabalho. Aí se

do direito privado, a solução-regra seria a da invalidade parcial; excepcionalmente, nos casos em que fosse provado que as partes não teriam celebrado o contrato, a invalidade total³⁹⁹. Fundamentalmente, procurava-se aplicar no domínio da invalidade parcial do contrato de trabalho, a regra que se encontra consagrada nas experiências jurídicas portuguesa e italiana, respectivamente nos artigo 292.º do Código Civil e 1419/1 do *Codice Civile* a propósito da redução do negócio jurídico. Contudo, também esta concepção mereceu objecções. Por um lado, advogou-se que a referida inversão não continha o mínimo de correspondência na letra da lei (no §139 do *BGB*) e que não era evidente a fundamentação dogmática que eventualmente justificasse a

podia ler “Ist ein Teil eines Arbeitsvertrages nichtig, so bleibt im Zweifel der übrige Vertrag gültig. Er ist so zu ergänzen, wie ihn die Beteiligten bei Beachtung der zur Nichtigkeit führenden Rechtsvorschriften mutmaßlich abgeschlossen hätten”. Mais tarde, ainda, com outra redacção: “Ist ein Teil des Arbeitsvertrages nichtig, so ist der Vertrag im Übrigen rechtswirksam, es sei denn, der nichtige Teil ist für den Inhalt des Arbeitsverhältnisses von so weitreichender Bedeutung, dass anzunehmen ist, verständige und die beiderseitigen Interessen wahrende Arbeitsvertragsparteien hätten in Kenntnis der Nichtigkeit vom Vertragsschluss abgesehen”.

³⁹⁹ Foi o caso de LUDWIG SCHNORR VON CAROLSFELD, *Arbeitsrecht*, 2.ª edição, Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 1954, pág. 142, fundamentando o Autor a referida inversão na gravidade das consequências que a nulidade total tinha para a relação jurídica em questão. Nestes termos, também, WALTER KASKEL/HERMANN DERSCH, *Arbeitsrecht*, 5.ª edição, Springer, Berlim/Gotinga/Heidelberg, 1957, pág. 25, para quem a inversão da regra encontraria a sua justificação no carácter de protecção do Direito do Trabalho e nas implicações sociológicas deste ramo do direito. A referência a uma presunção no sentido de uma vontade hipotética favorável à conservação do negócio surgiu ainda na fundamentação de algumas decisões do quinto senado do *Bundesarbeitsgerichts*, no âmbito de problemas suscitados a respeito das “Rückzahlungsklauseln” (acordos através dos quais o trabalhador se obrigava a prestar ao empregador uma determinada compensação financeira, no caso de vir denunciar ou dar causa à ruptura do vínculo laboral antecipada, amiúde estipulados em associação com gratificações ou prémios – “Gratifikationsrückzahlungsklauseln”). Em caso de fixação de uma “Rückzahlungsklausel” em medida superior à juridicamente admitida, o tribunal optou por tratar a questão como uma hipótese de invalidade parcial do acordo e decidir pela conservação do mesmo dentro dos limites admissíveis, com apoio numa presunção de uma vontade hipotética do empregador favorável à manutenção do restante acordo. Sobre esta orientação jurisprudencial, ver DIETMAR SCHOLZ, *Die Anwendung des §139 BGB...*, cit., pág. 22; e ROLF EBERTH, *Die Teilnichtigkeit Rechtsgeschäfte...*, cit., págs. 51 e 52. Não havia, porém, neste contexto, uma inversão propriamente dita da regra enunciada no §139. Era antes a avaliação das circunstâncias do caso (desde logo a circunstância de se tratar de um acordo que atribuía uma prestação pecuniária ao empregador) que levava o tribunal a concluir, com elevada probabilidade, pelo apuramento de uma vontade do empregador no sentido da manutenção do acordo.

referida inversão como particularidade do Direito do Trabalho⁴⁰⁰. Por outro, e aqui residiu o principal obstáculo, o facto de intervir uma presunção de sentido inverso não impediria as consequências nefastas da destruição total do contrato. Apenas, o encargo probatório do sujeito processual interessado na conservação do contrato de trabalho estaria aligeirado, facilitado; tal inversão não obstaria porém a que o empregador lograsse provar que não teria celebrado o contrato sem a parte viciada e, nesse caso, levar à invalidade total do contrato de trabalho.

Pese embora a diversidade de posições acabadas de expor, o que é facto é que foi o tópicio das normas de protecção (“Schutzvorschriften”) que acabou por reunir maior consenso como razão explicativa para a não aplicação do regime jurídico comum do §139 ao contrato de trabalho. Com este sentido: quando estivesse em causa a violação de preceitos enformados por um desígnio de protecção do trabalhador, a invalidade parcial do contrato de trabalho não poderia conduzir à invalidade total do contrato, ou seja, não haveria lugar ao funcionamento do regime contido no §139 do *BGB*, já que a finalidade de protecção que o legislador pretendia alcançar através dos preceitos seria desvirtuada, se a eliminação de uma cláusula desfavorável ao trabalhador tivesse como resultado final a destruição do contrato⁴⁰¹.

Certo é que, numa fase embrionária deste pensamento, deparamo-nos com as objecções de alguns autores, como SCHOLZ⁴⁰², para quem não era manifesto que todas as normas enformadas por um desígnio de protecção do trabalhador justificassem a referida exclusão ao funcionamento do regime do §139. Ou seja, quando em causa estivesse a violação de preceitos relacionados com a cessação do contrato de trabalho através dos quais o legislador pretendia proteger o trabalhador contra a perda do emprego – normas contidas em diplomas como a “Kündigungsschutzgesetz”, a “Arbeitsplatzschutzgesetz” ou a “Mutterschutzgesetz” –, considerava o Autor que seria contrário à vontade do legislador que a invalidade parcial daí resultante pudesse conduzir à eliminação do contrato de trabalho. Já quando os preceitos envolvidos não

⁴⁰⁰ Assim, de novo, HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, cit., pág. 128; e DIETMAR SCHOLZ, *Die Anwendung des §139 BGB...*, cit., pág. 37.

⁴⁰¹ ALFRED HUECK/HANS CARL NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, cit., pág. 169; ROLF EBERTH, *Die Teilnichtigkeit...*, cit., pág. 63 e ss..

⁴⁰² DIETMAR SCHOLZ, *Die Anwendung des §139 BGB...*, cit., pág. 24 e ss.. Acompanhando as mesmas dúvidas quanto à categoria das normas de protecção, HEINRICH PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte...*, cit., pág. 129.

tivessem em vista a segurança do posto de trabalho, mas a protecção do trabalhador – o Autor dava o exemplo da norma que limitava o período normal de trabalho, hipótese em que o bem objecto de protecção era a saúde física e mental do trabalhador – não se poderia retirar dos preceitos violados uma “determinação” no sentido da conservação obrigatória do contrato.

Paulatinamente, porém, acabou por consolidar-se a posição, ainda hoje dominante, segundo a qual serão considerados preceitos de protecção quer as normas que protegem a conservação do emprego em sentido estrito, quer todas aquelas que, não tendo por finalidade directa a protecção da estabilidade, tutelam a posição jurídica de trabalhador, enquanto contraente débil da relação⁴⁰³.

II – No caso da experiência jurídica italiana, uma explicação deste tipo foi assumida, na década de sessenta, por PIETRO BARCELLONA, para fundamentar a solução substitutiva de alcance geral – o artigo 1339 do *Codice Civile*⁴⁰⁴ – e, anos depois, por ADRIANA D’ANTONIO⁴⁰⁵, a respeito do artigo 2077/2⁴⁰⁶ do mesmo diploma.

Para a sua construção em torno do fundamento do fenómeno conservador-substitutivo e da categoria de normas cuja violação produz o referido efeito, PIETRO BARCELLONA parte de uma demarcação clara entre a disciplina comum do direito dos contratos, por um lado, e o fenómeno do intervencionismo do Estado nas relações privadas. De acordo com o seu entendimento, o intervencionismo do Estado nas relações privadas assinala uma linha de fronteira entre a tradicional visão do ordenamento como sistema de limites postos ao agir do privado na sua relação com a esfera de outrem, e uma visão mais realista do direito como elemento constitutivo e

⁴⁰³ ROLF EBERTH, *Die Teilnichtigkeit...*, cit., pág. 63 e ss.; actualmente, por exemplo, considerando que a categoria de preceitos de protecção abrange um vasto conjunto de matérias, WOLFGANG ZÖLLNER/KARL-GEORG LORITZ/CURT WOLFGANG HERGENRÖDER, *Arbeitsrecht*, cit., pág. 182; e ABBO JUNKER, *Grundkurs Arbeitsrecht*, cit., pág. 101.

⁴⁰⁴ Disposição que, como se disse *supra*, vem sendo encarada como contendo um comando de tipo genérico ou tendencialmente genérico que se dirige também às hipóteses do universo juslaboral.

⁴⁰⁵ *La modificazione legislativa...*, cit., pág. 181 e ss..

⁴⁰⁶ Disposição segundo a qual, recorde-se, as cláusulas do contrato individual de trabalho, desconformes com as disposições do contrato colectivo, são substituídas por estas, salvo quando contenham disposições mais favoráveis ao trabalhador.

como factor institucional da vida económica e social⁴⁰⁷. O Autor estabelece pois uma separação entre a disciplina imperativa tradicional pautada pela fixação de limites negativos ao agir dos privados, e a disciplina heterónoma caracterizada por uma verdadeira invasão da esfera da autonomia e que, por valorar determinados factores exógenos à relação singular (como a maior ou menor essencialidade do serviço ou do bem no que respeita às necessidades da colectividade, a qualidade das partes, as assimetrias e desigualdades que se verificam entre os contraentes), tem em vista criar uma situação de vantagem a favor de determinadas categorias de sujeitos.

Partindo das premissas acabadas de expor, o Autor estabelece uma distinção ao nível da inderrogabilidade das normas de acordo com o seu conteúdo e *ratio*. Hipóteses há em que a inderrogabilidade atende à relação entre a conformação-estrutura da *fattispecie* e o tipo de efeito. Nessas hipóteses, se as partes pretendem realizar um resultado servindo-se do instrumento típico, recorrendo a um tal instrumento não podem subtrair-se as consequências do tipo. Outras vezes, porém, a inderrogabilidade respeita o procedimento de formação do acordo (e não já à estrutura do acto), no sentido em que a norma visa regular a posição das partes na fase preliminar à constituição da relação. Nesta óptica, *o ponto de referência da norma não é o acto posto em prática, mas a posição do sujeito em relação a certos bens*. No primeiro caso, a norma tem em vista determinar rigidamente as condições de operatividade do negócio, pelo que ao vedar a ambos os contraentes uma determinada conformação, cumpre *uma função de limite*. Na segunda hipótese, a norma procura impor deveres de comportamento a uma das partes, criando uma situação de vantagem a favor do outro sujeito ou da outra categoria de sujeitos, *desempenhando*,

⁴⁰⁷ *Intervento statale e autonomia privata...*, cit., pág. 4. Nesta óptica também se pode dizer que ao intervencionismo do Estado nas relações privadas vai associada uma mudança na representação conceptual do próprio contrato. Em causa está fundamentalmente a percepção de que em amplas esferas da vida económica e social, o ordenamento deixou de perspectivar o contrato como um mero assunto privado, que diz respeito apenas aos interesses de ambas as partes, e passou a encará-lo como instituição social, como mecanismo jurídico de conformação de determinadas relações da vida económico-social e que, portanto, integra a par de uma *dimensão individual* uma *dimensão colectiva*. Em termos gerais, sobre esta evolução na representação conceptual do contrato, relacionando-a particularmente com o processo de materialização do direito dos contratos, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “O contrato, hoje: funções e valores”, *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 35 e ss; e ainda, *O problema do contrato...*, cit., pág. 11 e ss..

*pois, uma verdadeira função de tutela*⁴⁰⁸.

A cada uma destas formas de inderrogabilidade corresponde, na óptica do Autor, um tipo de sanção em caso de violação da norma. Quando em causa está uma norma que veda a ambos os contraentes uma determinada conformação, a violação da norma importa a invalidade do acto, porque não está em causa a observância de um dever legal, mas unicamente a observância das condições para a integração do acto na ordem jurídica. Já quando a inderrogabilidade diz respeito ao procedimento de formação do regulamento, pretende-se garantir a tutela efectiva de uma parte, a consequência necessária será a de que o efeito se produza mesmo contra a vontade das partes. Neste caso a solução substitutiva visa resolver um conflito entre quem exige a actuação da norma e quem se recusa a observá-la. A invalidade, sendo um meio idóneo a assegurar o direito violado, não seria suficiente para realizar a função de protecção⁴⁰⁹. O efeito substitutivo automático consubstancia, pois, a consequência que garante a realização da função de tutela da norma imperativa violada⁴¹⁰.

Uma análise com contornos próximos foi também apresentada por ADRIANA D'ANTONIO⁴¹¹. Na opinião deste Autor, nem todas as normas que impõem a substituição de cláusulas pela disciplina imperativa prevista na lei implicam a aplicação do disposto no artigo 1419/2 do *Codice Civile*, ou seja, nem todas as normas que substituem uma cláusula por uma disciplina diferente prevista na lei implicam

⁴⁰⁸ *Intervento statale e autonomia privata...*, cit., pág. 173.

⁴⁰⁹ *Intervento statale e autonomia privata...*, cit., pág. 175.

⁴¹⁰ *Intervento statale e autonomia privata...*, cit., págs. 178 e ss.. Em termos de formulação inicial, como atrás dissemos (nota 356), a tese de BARCELLONA parece reconduzir a solução substitutiva a uma sanção alternativa à própria invalidade. O Autor considera que no caso das normas inderrogáveis que atendem à posição dos sujeitos em relação a certos bens, a invalidade não corresponde à sanção suficiente. Todavia, prestando maior atenção ao discurso de BARCELLONA, avultam também elementos que sugerem uma recondução da solução substitutiva a uma alternativa a um cenário de invalidade total do negócio. Com efeito, o Autor acaba por reconhecer que o *discriminen* está no facto de a actuação coactiva do assento legalmente imposto ser garantido prescindindo de qualquer relevância da intenção originária das partes. Quer dizer, em bom rigor, o Autor não deixa de estabelecer uma contraposição entre os regimes comuns da redução e conversão do negócio jurídico, por um lado, e a substituição automática, por outro. Aliás, na fase final da exposição chega mesmo a concluir que “il mantenimento del contratto rettificato può spiegarsi soltanto con l'esigenza di proteggere un determinato soggetto dal rischio dell'eventuale nullità del intero contratto, e quindi, della mancata costituzione del rapporto” – pág. 179 (itálico nosso).

⁴¹¹ *La modificazione...*, cit., pág. 181 e ss..

necessariamente a conservação do contrato *ex* artigo 1419/2, havendo, portanto que distinguir aquelas que em que a conservação do contrato deve ainda subordinar-se ao interesse dos contraentes – que ficam sob a alçada do artigo 1419/1 – daquelas em que o interesse na manutenção do contrato se impõe às partes, mesmo contra a vontade das mesmas ou de uma delas – hipóteses em que funcionará o artigo 1419/2. A aplicação do disposto neste último artigo depende duma análise das normas que prevêm o efeito substitutivo no sentido de averiguar se a *ratio* de cada uma delas seja tal a exigir (também) a conservação do contrato. Dentro do feixe de normas que estabelecem o efeito substitutivo analisadas pelo Autor encontra-se o artigo 2077/2 do *Codice*, hipótese em que o Autor considera que se justifica a conservação do contrato *ex* artigo 1419/2. Como assevera D'ANTONIO⁴¹², invocar a nulidade da cláusula inválida para obter a declaração de nulidade total do contrato, na maior parte dos casos, equivaleria a um acto de força do empregador no confronto com o trabalhador subordinado, por definição parte débil no contrato de trabalho. Conclui, portanto que a conservação do contrato modificado *ex* artigo 1419/2 encontra a sua justificação na exigência de tutela do contraente débil.

Actualmente, pese embora com recurso a enquadramentos dogmáticos vários, a referência à *ratio* das normas imperativas violadas em articulação com a protecção do contraente débil foi ganhando terreno como explicação para o afastamento do regime comum da invalidade parcial e a prevalência de soluções de conservação coactiva em Direito do Trabalho. Na doutrina, sustentam este ponto de vista autores como MARCO NOVELLA⁴¹³, VALERIO SPEZIALE⁴¹⁴, CARLO CESTER⁴¹⁵, EDOARDO

⁴¹² *La modificazione...*, *cit.*, pág. 190 e 191.

⁴¹³ “Considerazioni sul regime giuridico della norma...”, *cit.*, pág. 516. O Autor salienta que “A consideração da *ratio* de tutela fez com que, em direito do trabalho, a substituição de cláusulas contrárias a normas imperativas e a conservação do contrato se liguem constantemente. Com referência a relações caracterizadas pela disparidade de força contratual, aplicar o artigo 1419, 1 do Cod. Civ. significaria tornar dependente da vontade hipotética do contraente forte (aquele que presumivelmente terá imposto a cláusula desconforme objecto de substituição automática) a conservação do regulamento contratual”.

⁴¹⁴ “Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro”, *cit.*, pág. 206, afirma que “D'altra parte mi sembra che, a favore dell'applicazione dell'art. 1419, c. 2, c.c. nel rapporto di lavoro, vi siano due ulteriori argomenti. Innanzitutto la diffusione, nel diritto civile, delle nullità di protezione – come categoria generale di invalidità diretta alla conservazione del contratto ed alla sostituzione della clausola nulla con quella imperativa – in situazioni molto diverse, ma tutte

GHERA⁴¹⁶, entre outros. O raciocínio desenvolvido pela *Corte Costituzionale* – na decisão de 11 de Maio de 1992, n.º 210⁴¹⁷ – sobre a solução de manutenção forçada do contrato de trabalho evidencia bem essa intersecção. “Allorquando la nullità della clausola derivi dalla contrarietà di essa a norme imperative poste a tutela del lavoratore, così come, più in generale, la disciplina degli effetti della contrarietà a norme imperative trova in questo campo (come in altri) significativi adattamenti, volti appunto ad evitar la conseguenza della nullità del contratto. Ciò, in ragione del fatto che, se la norma imperativa è posta a protezione di uno dei contraenti, nella presunzione che il testo contrattuale gli sia imposto dall’altro contraente, la nullità integrale del contratto nuocerebbe, anziché giovare, al contraente che il legislatore intende proteggere...”.

6.3.2. Ecos deste pensamento na doutrina portuguesa

Também entre nós é possível assinalar no discurso doutrinal uma tendência explicativa da solução substitutiva relacionando-a, a par com a protecção do bem emprego, com a realização das finalidades de protecção do contraente débil das normas imperativas violadas.

caratterizzate dalla tutela del “contraente debole”. Una tendenza che mi sembri rafforzi ulteriormente le ragioni dell'applicazione di questa forma di nullità parziale nel Diritto del lavoro, dove la “debolezza contrattuale” è il presupposto giustificativo dell'intera disciplina inderogabile di legge e di contratto collettivo. Inoltre, il primo comma dell'art. 1419, ai fini della valutazione sulla essenzialità o meno della clausola invalida (per determinare l'eventuale nullità dell'intero contratto), richiede la ricostruzione della volontà delle parti obiettivamente deducibile dal testo contrattuale. La disposizione, dunque, presuppone contraenti titolari di “pari forza” contrattuale e che concorrono liberamente alla definizione del contenuto del contratto. Una situazione, quest'ultima, difficilmente riscontrabile nel rapporto di lavoro, dove, anzi, l'ordinamento considera questo presupposto come inesistente in ragione della disuguaglianza di fatto delle parti del contratto”.

⁴¹⁵ “La norma inderogabile...”, *cit.*, pág. 358.

⁴¹⁶ *Diritto del Lavoro*, *cit.*, pág. 63. Ou ainda LUISA GALANTINO, *Diritto del Lavoro*, *cit.*, pág. 147 e 148.

⁴¹⁷ Mencionada *supra*, nota 373 (com anotação de MARINA BROLLO, “Part time: la Corte Costituzionale detta le istruzioni...”, *cit.*, coluna 287).

Assim, a respeito do artigo 14.º, n.º 2 da LCT, MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO⁴¹⁸ frisam que “Trata-se de uma solução totalmente justificada, que se destina a garantir a plena realização dos fins visados pelas normas que têm por objectivo a protecção de uma parte contra a outra. Na verdade, não teria qualquer sentido admitir, por exemplo, que, tendo sido acordada uma remuneração inferior à garantida por lei, a entidade patronal viesse invocar a invalidade de todo o contrato, demonstrando que jamais o teria celebrado se fosse obrigada a pagar uma retribuição de montante idêntico ao mínimo garantido por lei”. A mesma ilação retira JOÃO LEAL AMADO⁴¹⁹, quando dá conta do efeito disfuncional que acarretaria fazer relevar a vontade hipotética do empregador naquelas hipóteses em que invalidade parcial do contrato de trabalho resulta da desconformidade do contrato com normas imperativas que protegem os interesses do trabalhador – v.g. a norma que reconhece o direito do trabalhador se sindicalizar, a norma que fixa a duração máxima do período normal de trabalho, a disposição da convenção colectiva que define o valor mínimo do salário. Conclui: “Em todas estas hipóteses, caso fosse aplicável o critério da “vontade hipotética ou conjectural das partes”, a parte viciada revelava-se um elemento imprescindível à contratação – e, logo, a nulidade parcial conduziria à nulidade total do contrato de trabalho (o mesmo é dizer: o trabalhador perderia o seu emprego). Ora, pode dizer-se que um tal desfecho contrariaria toda a lógica enformadora do Direito do Trabalho, sacrificando o vínculo contratual em homenagem a uma vontade hipotética do empregador que não merece qualquer tutela”. Posição semelhante é revelada por BERNARDO LOBO XAVIER⁴²⁰ quando assevera: “A inclusão *ex lege* das normas imperativas, em substituição desses

⁴¹⁸ *Comentário às Leis do Trabalho, cit.*, pág. 68.

⁴¹⁹ *Contrato de Trabalho, cit.*, pág. 195.

⁴²⁰ Embora com apelo a um enquadramento dogmático distinto, é esta também a justificação que se retira das palavras de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho, cit.*, pág. 648: “Os valores próprios do Direito do Trabalho recomendam e explicam que o legislador, perante um contrato de trabalho que estabeleça um regime menos favorável do que o imperativamente fixado, não o considere pura e simplesmente nulo, naufragando – ou podendo naufragar – toda a situação laboral subsequente no que resulta da vontade hipotética das partes. Mais vale para o trabalhador um contrato ilícito do que uma situação nula, pelo que [se a nulidade prevalecesse], o Direito do Trabalho, querendo defender os valores laborais, acabaria por os defrontar.” No mesmo sentido, veja-se ainda JOSÉ DE ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho, cit.*, pág. 527; e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos, cit.*, pág. 462.

conteúdos *contra legem*, constitui uma excepção ao regime do n.º 1 do art. 114.º do CT [artigo 121.º do Código do Trabalho], nos termos do qual, apesar da nulidade ou anulação parcial não determinar a invalidade de todo o contrato de trabalho, se admite a invalidação quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada. Ora, como é evidente, se, por exemplo, fosse consentido ao empregador prevalecer-se da invalidade do contrato de trabalho no caso de disposições contrárias a normas imperativas, a pretexto de que não concluiria o contrato sem a parte viciada, ficaria extremamente desprotegido o trabalhador”.

6.4. Síntese e problemas suscitados pelo recente recorte do âmbito de incidência da norma

A compreensão vinda de expor, nos termos da qual a solução substitutiva encerra uma resposta de manutenção forçada do contrato de trabalho que encontra a sua justificação na realização das finalidades de protecção do trabalhador das normas imperativas violadas, é uma compreensão que apresenta particulares virtualidades, pela coerência normativa que encerra no plano sistemático e, simultaneamente, por assentar numa ordem de valorações que muito inspira este ramo do direito.

Aliás, o âmbito de incidência da norma, na versão incluída na LCT, era bem revelador deste fundamento, claro e plenamente convincente, da solução conservadora-substitutiva nela prevista. Estando em causa uma solução marcada pela necessidade de realização das finalidades de tutela do trabalhador das normas imperativas violadas, um peso decisivo era conferido, na definição da área abrangida, ao perfil das normas imperativas envolvidas. O mecanismo substitutivo só operaria quando a inobservância do comando imperativo se traduzisse na inobservância da tutela prevista na norma imperativa para o trabalhador, o mesmo é dizer, quando a derrogação da norma imperativa se traduzisse na fixação de um regime menos favorável para o trabalhador ⁴²¹. Dir-se-ia, pois, que havia como que *uma total*

⁴²¹ PIETRO BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata...*, cit., pág. 178, sublinha ser esse um dos elementos que justamente dá conta da linha de fundamentação das soluções de manutenção coactiva do contrato rectificativo. Observa o Autor: “Una ulteriore reprovazione dell’attendibilità di queste conclusioni può trarsi anche da un esame exegetico delle varie disposizioni che espressamente dispongono il mantenimento del contratto rettificato (artigo 1932, 2077, 1815, ecc artigo 12 D.L. 15 settembre 1947 n. 896; artigo 8. L. 12 giugno 1962, n. 567). In tali norme, infatti, una

correspondência entre aquele fundamento e o recorte do âmbito de incidência da solução substitutiva.

A referida linha de fundamentação depara-se, todavia, com alguns problemas de harmonização com os termos em que a norma que consagra a solução substitutiva laboral aparece formulada *actualmente*. Como nota dissonante surge o recorte que é feito do seu campo operativo à luz do direito vigente ou, dito de outra forma, do pressuposto para que o funcionamento da solução substitutiva se dê.

Antes do mais, importa recordar a reforma legislativa registada em 2003. Na verdade, com a entrada em vigor do Código do Trabalho, a redacção da norma em apreço sofreu alterações no seu teor redaccional, alterações que, de acordo com as conclusões expostas *supra*⁴²², se traduziram num alargamento do círculo de hipóteses a que a norma se aplica. Reconheceu-se – atendendo ao teor literal do preceito e à própria evolução histórica do mesmo – que o efeito substitutivo terá passado a operar quer nos casos de violação de preceitos imperativos por previsão de regimes contratuais menos favoráveis ao trabalhador, quer nas hipóteses de violação de normas imperativas por previsão de regimes mais favoráveis ao trabalhador do que os naquelas previstos.

Tendo presente esta alteração, cabe agora analisar em que medida este novo recorte do âmbito de incidência da solução substitutiva compromete a mencionada linha de fundamentação.

De acordo com esta última, o que justifica a solução conservadora-substitutiva – leia-se a solução de impor a conservação do contrato às partes – é a realização das finalidades de protecção das normas imperativas violadas, pois, de outro modo, se se permitisse ao empregador fazer prova da sua vontade hipotética ou conjectural, tal teria como desfecho, as mais das vezes, a destruição do contrato, o que acabaria por redundar em benefício do contraente mais forte, o empregador, que só teria querido contratar nos termos que violavam o comando legal, e voltar-se-ia contra a parte mais fraca, o trabalhador, a quem interessava manter o contrato com o conteúdo limitativo da lei, frustrando-se assim o fim visado pela norma.

delle condizioni per l'operatività del meccanismo sostitutivo è espressamente (o implicitamente) individuata nel carattere più favorevole della disciplina legale e correlativamente nel carattere vessatorio o iniquo della pattuizione privata che viene eliminata”.

⁴²² *Vide supra*, parte II, A, capítulo 1, ponto 4.2.3.

Ora, se é verdade que essa justificação cobra sentido, sem margem para dúvidas, naquelas hipóteses em que a violação da norma imperativa se traduz na fixação de um regime contratual menos favorável ao trabalhador – pois nesse círculo de hipóteses, o funcionamento do regime comum da redução, *maxime*, a relevância da vontade hipotético-conjectural do empregador conduziria, muito provavelmente, à invalidade total do contrato e, como tal, à frustração das finalidades prosseguidas – já haverá maiores dificuldades em compreender a necessidade da intervenção do sistema jurídico, tendo por base essa justificação, nas hipóteses de violação das normas imperativas por previsão de regimes mais favoráveis ao trabalhador. E isto porque, quando está em causa a violação de uma norma absolutamente imperativa e essa violação resulte até do deferimento de um tratamento mais favorável ao trabalhador, o funcionamento do regime comum da redução, ou seja, a aplicação do critério da vontade hipotética das partes não conduz a nenhum resultado disfuncional (do ponto de vista da tutela do trabalhador, entenda-se) que mereça ser afastado ou impedido⁴²³. Noutros termos: as razões que solicitam uma resposta especial quando está em causa a violação de preceitos legais por previsão de regimes menos favoráveis já não parecem estar presentes nas hipóteses de violação de preceitos legais por fixação de regimes mais favoráveis ao trabalhador. Concretizemos um pouco mais.

Imagine-se que num contrato de trabalho tinha sido estipulada uma cláusula que impedia o empregador de despedir o trabalhador em qualquer caso (ou durante um determinado período de tempo). Uma estipulação deste tipo – deferindo um tratamento mais favorável ao trabalhador do que o previsto na lei – consubstanciava a violação de uma norma absolutamente imperativa. Se numa hipótese como esta se permitir ao empregador invocar a invalidade total do negócio, com base no critério da vontade hipotética, numa hipótese como essa, dizíamos, dificilmente se poderá concluir que a vontade hipotética (normal) daquele não seria, precisamente, no sentido da celebração do contrato sem a tal cláusula, logo, no sentido da manutenção do contrato. É que estando em causa uma estipulação, inválida, que favorecia os

⁴²³ Aliás, importa ter presente que durante o período correspondente à vigência da LCT alguma doutrina chegou mesmo a aventar que em caso de violação de uma norma absolutamente imperativa, quando essa violação resultasse do deferimento de um tratamento mais favorável ao trabalhador, deveria valer o critério do artigo 14.º, n.º 1 do diploma, *rectius*, o regime comum da redução – sobre o ponto, ver MÁRIO PINTO/PEDRO FURTADO MARTINS/ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO *Comentário às Leis do Trabalho, cit.*, pág. 69.

interesses da outra parte (do trabalhador), a eliminação daquela não poderia ser encarada como uma perturbação ao assento de interesses do empregador que este pudesse *razoavelmente* invocar para sustentar a invalidade total do contrato⁴²⁴. Bem vistas as coisas, no limite, quem poderia ter interesse em fazer prova de uma vontade hipotética no sentido da não celebração do contrato sem aquela cláusula seria o trabalhador, a quem a dita cláusula, indevidamente, colocara numa posição de vantagem. Tratar-se-ia, certamente, de um cenário remoto e pouco realista – se tivermos em conta que de, acordo com os dados da experiência, o trabalhador, por factores de ordem vária, dificilmente estará interessado em abrir mão o vínculo laboral. Como quer que seja, e desconsiderando por instantes esta última observação, se se permitisse ao trabalhador invocar a invalidade da referida cláusula para poder fazer apelo à invalidade total do negócio com base no critério da vontade hipotética, e o desfecho viesse a ser, de facto, o da invalidade total, semelhante desfecho não poderia ser visto, naquela ordem de ideias, como disfuncional porquanto seria o próprio trabalhador a manifestar-se disposto a sacrificar o vínculo laboral.

Eis, pois, no essencial, as razões pelas quais nos parece poderestar hoje comprometida ou, pelo menos, poder ser reputada como insuficiente a linha de fundamentação que julgávamos ser a que melhor inspirava a solução jurídica em questão. Esta observação justifica, por conseguinte, que se ensaiem outras leituras da norma (mais) conciliáveis com a concreta configuração que lhe é dada pelos dados normativos do direito vigente.

6.5. Leitura alternativa (I): o artigo 121.º, n.º 2 como preceito que não resolve o problema da conservação do contrato, mas incide apenas sobre a operação subsequente, a substituição; virtualidades desta leitura alternativa do artigo 121.º, n.º 2: harmonização com os dados legais, em especial, com o âmbito de incidência da norma; possíveis dificuldades suscitadas por esta leitura alternativa

I – Uma hipótese de explicação (e de racionalização) para o desfazamento acabado de expor poderia passar por considerar que o alcance da norma em questão não é o de impor (também) a manutenção forçada do contrato, e sustentar antes que a norma apenas se ocupa da operação de substituição, pressupondo e assumindo

⁴²⁴ *Vide supra*, parte I, ponto 3.4.1.2.

resolvida *a montante* a questão da conservação do contrato propriamente dita. A norma do artigo 121.º, n.º 2 seria perspectivada sob um outro ângulo de análise, como que disciplinando apenas o efeito que, independentemente do modo como é alcançada a conservação do contrato, se produz perante a violação de normas que disciplinam a relação de trabalho.

Repare-se que, se perspectivada desta forma, a norma em questão já não determinaria a conservação do contrato de trabalho, questão da qual se ocuparia o artigo 121.º, n.º 1 do Código do Trabalho. A decisão acerca da conservação do contrato situar-se-ia, digamos, fora da regulação contemplada na norma, operando como um pressuposto para que o efeito substitutivo se dê. O mesmo é dizer, dela não resultaria uma imposição de conservação do contrato de trabalho, mas a imposição do conteúdo ou da disciplina que o contrato, conservando-se, teria de observar.

II – Uma compreensão do artigo 121.º, n.º 2 segundo esta última perspectiva – segundo a qual no artigo 121.º, n.º 2 estaria apenas autonomizada a operação de substituição do conteúdo inválido por outro imposto pelo ordenamento, estando fora do seu alcance a questão que, em termos lógicos e cronológicos se coloca *a montante*, a da redução do contrato – teria, decerto, a virtualidade de permitir uma melhor harmonização com os dados legais, *maxime* com o recorte do campo operativo do fenómeno substitutivo ou, se quisermos, com os termos omnicompreensivos por que o preceito se refere a “normas imperativas”.

É que, bem vistas as coisas, o funcionamento desta operação de substituição automática em sentido estrito pode ocorrer quer a questão da manutenção do contrato obedeça a uma resposta autoritária, quer esteja dependente da avaliação da vontade hipotética de qualquer das partes, ou seja, opera num círculo mais amplo de hipóteses, não estando dependente da intencionalidade das normas violadas, ou melhor, do carácter de protecção das mesmas⁴²⁵. Em causa está a circunstância de as normas imperativas violadas não desencadearem apenas uma intervenção negativa – de destruição preceito negocial violador – mas à nulidade acrescer, conservando-se o contrato, uma actuação de correcção do regulamento negocial. Ora, a necessidade de

⁴²⁵Bem vistas as coisas, a ideia de que o efeito substitutivo deve operar perante um preceito imperativo, independentemente do carácter de protecção ou não da norma em questão, é algo que a generalidade da doutrina acolhe, mesmo que nem sempre a reflexão sobre a razão de ser dessa extensão surja com clareza no discurso.

uma tal substituição e correcção pode justamente verificar-se seja no caso de violação de normas que tutelam interesses ou a posição jurídica do trabalhador, seja no caso de normas que tutelem a posição jurídica do empregador ou mesmo interesses gerais da comunidade, conseguindo por aí perceber-se melhor a referência ampla à expressão “normas imperativas”⁴²⁶.

Acolhendo esta compreensão acerca da solução substitutiva, obter-se-ia até uma explicação convincente para a alteração redaccional ocorrida em 2003. Expliquemo-nos.

Na fase histórica em que o preceito substitutivo emergiu, o bloco normativo laboral tinha como móbil da sua intervenção fundamentalmente a tutela da posição jurídica do sujeito trabalhador. As normas imperativas mínimas – como manifestação do desígnio de protecção do trabalhador – constituíam o (único) referente da normatividade juslaboral. O legislador, tendo em vista assegurar a tutela de interesses relevantíssimos do trabalhador, invadia a esfera de actividade dos privados, impondo determinados conteúdos. Tratava-se de uma regulação heterónoma sobretudo formada por normas relativamente imperativas que procuravam regulamentar directa e positivamente as condições sob as quais a relação de trabalho, uma vez constituída, deveria ser desenvolvida, as mais das vezes, condições mínimas de tratamento do trabalhador. Era esse o perfil natural (“fisiológico”) das normas que de certa maneira preenchiam a competência partilhada entre a regulação legal e a regulação de fonte colectiva.

Compreende-se, pois, que, desse ponto de vista, a norma que disciplinava o momento patológico – o da violação da normatividade laboral – determinasse o efeito substitutivo, associando-o a esse paradigma típico, e a correcção do regulamento negocial se cifrasse numa correcção da qual resultaria, afinal, a reposição dos

⁴²⁶ Não deixa de ser curioso observar que autores como MÁRIO PINTO/PEDRO FURTADO MARTINS/ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis do Trabalho, cit.*, págs. 67 e ss., comecem por considerar que a razão de ser da solução substitutiva esteja na realização das finalidades de protecção do trabalhador das normas imperativas violadas e acabem depois por admitir, para justificar que o efeito substitutivo também se dê a propósito da violação de normas que tutelam interesses do empregador, que a explicação para esse efeito se encontra relacionada com o carácter inderrogável das normas (vide *supra* parte II, A, capítulo 1, ponto 6.1). Parece que neste segundo momento os autores, pondo de parte o problema da conservação do contrato, se referem tão somente ao efeito substitutivo *stricto sensu*.

tratamentos mínimos ao trabalhador: “as cláusulas do contrato de trabalho que importarem para o trabalhador regime menos favorável do que o estabelecido em preceitos imperativos são de pleno direito substituídas por estes”.

Contudo, o panorama normativo acabaria por sofrer algumas alterações, sobretudo a partir do final dos anos setenta e durante a década de oitenta do século passado, período a partir do qual passariam a co-existir também normas que, impondo um específico conteúdo à actividade negocial dos privados, passariam a estar direccionadas a proteger a posição jurídica do empregador ou a limitar as regalias dos trabalhadores.

Vistas as coisas a esta luz, dir-se-ia então que fora a tomada de consciência desta evolução do panorama normativo juslaboral que levava o legislador laboral a alterar o âmbito de incidência da solução substitutiva em 2003. O efeito substitutivo passaria a estar previsto em termos amplos como forma de assegurar a conformidade da actividade negocial com os fins visados pelo legislador, o que implicava reconhecer que tanto se poderia verificar em caso de violação de normas destinadas a modelar imperativamente a relação de trabalho tendo em vista a tutela da posição jurídica do trabalhador, como perante normas que visassem assegurar a posição jurídica de empregador ou outros interesses superiores no mercado laboral.

III – Ainda que esta leitura alternativa do artigo 121.º, n.º 2 tenha, por si, alguma sustentação dogmática e compatibilidade com os dados do direito *vigente*, do seu acolhimento resultaria uma implicação imediata e lógica que, no mínimo, teríamos de qualificar de bondade duvidosa.

É que assumindo-se que a norma em questão apenas se ocuparia da operação de substituição *stricto sensu*, estando fora do seu alcance a questão que de certa maneira se coloca a montante, a da redução ou conservação do contrato, a inferência lógica que daí se retiraria seria a de que o problema da determinação acerca da conservação do contrato de trabalho se concentraria na norma imediatamente anterior àquela, isto é, no n.º 1 do artigo 121.º do Código, o qual, como é sabido, reproduz basicamente a regra constante do Código Civil, nos termos da qual só condicionalmente, isto é, não se provando uma vontade hipotética contrária à redução, haverá conservação do negócio.

Ora, por aqui já se podem antecipar as objecções que esta implicação imediata suscitaria.

Em primeiro lugar, vimo-lo, num quadro normativo como o laboral, a aplicação do regime jurídico comum da redução sofre uma significativa compressão em razão da particular incidência de normas informadas por uma intenção de tutela da posição jurídica do trabalhador, finalidade essa de tutela que ficaria frustrada, se o empregador pudesse fazer relevar a essencialidade subjectiva da parte viciada para a celebração do negócio. Ora, sempre se poderá dizer que não faria grande sentido o legislador laboral optar por consagrar como regra para o problema da redução o regime comum previsto no Código Civil, sabendo-se, de antemão, que esse regime acabaria por sofrer, as mais das vezes, uma forte limitação na sua aplicação, atendendo justamente à intencionalidade tuteladora que enforma a grande maioria das normas laborais⁴²⁷.

Acresceria a este aspecto outra fragilidade: o facto de essa operação de limitação na aplicação do regime comum da redução ter de resultar, nesta leitura das coisas, de um esforço suplementar hermenêutico, a realizar, caso a caso, pelo intérprete, uma vez que o próprio artigo 121.º, n.º 1 não contém qualquer indicação a esse respeito. O recurso a uma tal operação metodológica compreende-se num horizonte como o do Direito Civil, pelo carácter esporádico e pontual das hipóteses que reclamam essa adaptação. Mas, mal se compreende (ou compreender-se-á pior), num quadro normativo como o laboral, em que a presença de uma solução de redução obrigatória ou necessária se impõe como um dado *quase* sistemático e como tal de significado *quantitativa* e *qualitativamente* diferente⁴²⁸. No fundo, esta leitura alternativa do artigo 121.º, n.º 2 acabaria por conduzir a que se tivesse de fazer uma interpretação correctiva quase sistemática do n.º 1 do mesmo preceito, o que nos parece uma opção de afastar.

⁴²⁷ Recorde-se que nos trabalhos preparatórios do Código Civil (ou até antes, seguindo os ensinamentos de MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral...*, cit., pág. 430) a categoria das normas que protegem uma das partes contra a outra era já analisada como um grupo de casos em que o regime comum da redução não deveria prevalecer.

⁴²⁸ Por certo, vimo-lo, em ordenamentos jurídicos como o alemão, mesmo no universo jus-laboral, toda a tarefa de diferenciação e de adaptação recaiu e recaí sobre os ombros do intérprete. Mas, repare-se: reportamo-nos a um sistema que não contempla uma regulação específica sobre a questão da invalidade parcial do contrato de trabalho, pelo que o (único) ponto de partida foi e continua a ser também nesse sector contratual o §139 do *BGB* (pelo menos no que aos preceitos legais diz respeito; já no que concerne a violação de disposições de origem convencional, houve, como como é sabido, uma disposição a prever expressamente o efeito conservador-substitutivo para esse caso).

6.6. Leitura alternativa (II): o artigo 121.º, n.º 2 como preceito que (também) garante a conservação do contrato, mas obedece a diferentes linhas de fundamentação; apreciação crítica *de iure condendo* da alteração legislativa introduzida em 2003

I – Atentas as fragilidades e os inconvenientes apontados à orientação acabada de expor, somos levados a repor o enquadramento dogmático que inicialmente acolhemos: a solução ínsita no artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho como norma através da qual o legislador laboral assegura a conservação do contrato de trabalho – impedindo o funcionamento da vontade hipotética ou conjectural das partes –, conformando concomitantemente o conteúdo do mesmo através do teor das normas imperativas violadas. O aspecto inovador estará outrossim nas razões que presidem à consagração de uma solução deste tipo.

Mercê do recorte do âmbito de incidência da norma, ter-se-á de concluir que estamos ante um mecanismo que não encontra actualmente o seu fundamento (apenas ou exclusivamente) na realização das finalidades das normas imperativas que têm em vista a tutela da posição jurídica do trabalhador, enquanto contraente débil, *mas obedece também a um outro tipo de fundamentação ou, se quisermos, a uma fundamentação mais ampla e ambiciosa*. Que outros ponto de vista estarão ou poderão estar aqui em causa?

II - Uma leitura possível será a de considerar que o legislador laboral – ao alargar o âmbito de operatividade da solução substitutiva – quis desta forma assegurar também a realização das finalidades das normas imperativas que têm em vista a tutela da posição jurídica de empregador, isto é, que têm em vista proteger o empregador contra o maior peso negocial de trabalhadores individualmente considerados, impedindo, portanto, o trabalhador de provar uma vontade hipotética ou conjectural contrária à manutenção do contrato⁴²⁹. Não haverá, de acordo com esta leitura, uma ruptura no tipo de fundamentação – já que a solução de imposição de conservação do contrato continuará a justificar-se pela *ratio* tuteladora das normas –, mas *apenas um alargamento da compreensão do sujeito débil visado pelas normas*, que, embora

⁴²⁹ Admite, ainda que em termos dubitativos, que possa ser esse também um cenário a justificar a imposição da conservação do contrato de trabalho, ADRIANA D'ANTONIO, *La modificazione legislativa...*, cit., pág. 191. Em termos idênticos, sem particulares desenvolvimentos, ver OTTO SANDROCK, “Subjektive und objektive Gestaltungskräfte...”, cit., pág. 522.

coincida as mais das vezes com a categoria de trabalhador, pode também identificar-se com a categoria de empregador, enquanto sujeito que a lei quer pontualmente proteger contra o maior peso negocial de trabalhadores.

A esta leitura podem, no entanto, apontar-se algumas inconsistências. Primeiramente, não é, de todo, líquido que as normas absolutamente imperativas tenham em vista a tutela do empregador enquanto contraente débil. Ainda que essa seja uma das razões afloradas, sempre se poderá dizer que, pelo menos em alguns casos, o móbil das restrições tem sobretudo em vista a realização de interesses gerais (v.g. o combate ao absentismo ou a realização do princípio da igualdade). Por outro lado, mesmo admitindo estarmos perante normas que visam a protecção do empregador, enquanto contraente débil, cumpre dizer que há aspectos pouco realistas ou mesmo artificiais numa leitura deste tipo. Até que ponto a tutela da posição jurídica do empregador tem de passar tipicamente por garantir a manutenção do vínculo, por impor a conservação do contrato à outra parte? Não será mesmo forçado, atendendo aos dados da experiência, supor como cenário típico, nesses casos, que o trabalhador estivesse disposto a/ e quiçá interessado em provar uma vontade hipotética contrária à manutenção do contrato? Argumentar-se-á que por detrás desse alargamento estará, porventura, uma questão de “mera simetria”⁴³⁰, em consonância com as correntes de pensamento que têm inspirado e estruturado as reformas legislativas dos últimos decénios, no sentido de suavizar a feição proteccionista do

⁴³⁰ Uma eventual questão de simetria com algum paralelismo e que tem merecido críticas de alguns sectores doutrinários (JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, cit., pág. 32; ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 442) encontramos naquela que é a solução geral estabelecida para a prescrição de créditos laborais ínsita no actual artigo 337.º, n.º 1 do Código do Trabalho. Como é sabido, nos termos da referida disposição, os créditos laborais são imprescritíveis na vigência da relação laboral, dado que o prazo prescricional só começa a correr “a partir do dia seguinte àquele em que cessou o contrato de trabalho”. Essa solução, a de suspender o curso da prescrição na constância da relação laboral, se encontra fácil explicação no que toca aos créditos do trabalhador – atenta a normal superioridade económica e social do empregador que poderia originar fenómenos de inibição e receio do trabalhador – já se compreenderá pior no que toca aos créditos do empregador, que a lei entendeu também tutelar em termos equivalentes. Curiosamente, aliás, esta foi também uma daquelas matérias em que a lei primitiva (a Lei n.º 1952, de 10 de Março de 1937) evidenciava de forma clara a *ratio* proteccionista do preceito – fixando um modo de contagem especial do prazo de prescrição para os créditos do trabalhador – e a legislação seguinte (a LCT e depois o Código do Trabalho) entenderam por bem alargar aos créditos do empregador.

Direito do Trabalho (ou antes, o seu monolitismo⁴³¹) e realçar uma maior necessidade de salvaguarda do factor empresarial⁴³². Mas, repare-se que, mesmo dessa perspectiva, a leitura suscita reservas. Por um lado, sempre traduziria uma opção pouco condizente com as orientações de política legislativa que se decantam da legislação intervencionista em áreas como a do direito do consumo ou dos contratos de adesão⁴³³. A orientação do legislador tem sido nesses casos no sentido de perspectivar medidas especiais quando em causa está a protecção do “consumidor” do “aderente”, etc. Por outro lado, a simetria ambicionada teria o impacto de tornar evanescente o tópico da realização das finalidades de protecção das normas imperativas violadas, retirando unidade ao sentido da solução em causa.

Paralelamente, alguns sectores doutrinários consideram que na base da solução conservadora-substitutiva autoritária estará o interesse amplo do legislador laboral em assegurar com particular intensidade a realização dos valores subjacentes às normas violadas⁴³⁴ – quer as que tutelam interesses do trabalhador, do empregador ou mesmo

⁴³¹ A ideia de que o princípio da compensação apresenta uma estrutura bipolar, isto é, que o desígnio protector do sistema não é apenas em favor do trabalhador subordinado mas também em favor do empregador, vem sendo sublinhado, entre nós, designadamente, por MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I...*, cit., págs. 534 e ss..

⁴³² São, de resto, vários os sectores onde se vem manifestando esta tendência e que podemos agrupar em torno das seguintes proposições nucleares: (i) valorização da vontade das partes, ou melhor, da vontade declarada das partes na tarefa de qualificação da relação contratual constituída; (ii) erosão do princípio do tratamento mais favorável em matéria de relação entre fontes, *maxime*, através da consagração de um princípio da natureza convénio-dispositiva das normas legais reguladoras do contrato de trabalho; (iii) introdução de flexibilização das condições de emprego (nos aspectos funcional, temporal, geográfico, etc.) através do exercício da autonomia privada individual, as mais das vezes, legitimando a força jurisgénica da autonomia individual a operar praticamente sem qualquer intervenção dos instrumentos de regulamentação colectiva (cf. os artigos 120.º, n.º 2, 194.º, n.º 2, 205.º, 208.º-A do Código do Trabalho). Sobre algumas das principais projecções desta tendência, com especial destaque para os pontos (ii) e (iii), *vide*, por todos, JOSÉ JOÃO ABRANTES, “Autonomia da vontade e Direito do Trabalho”, *Estudos sobre o Código do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 119 e ss..

⁴³³ *Vide infra*, parte II, A, capítulo 4, ponto 3. Existe, na verdade, uma essencial proximidade entre a posição do trabalhador e a posição do consumidor e do aderente, dado que, *mutatis mutandis*, também estes partilham da circunstância de ocuparem a posição de parte mais débil, e por isso mais vulnerável, na economia da relação contratual.

⁴³⁴ Acompanha uma leitura deste tipo, MARIA DO ROSÁRIO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, cit., págs. 211 e 212.

interesses gerais da colectividade no mercado laboral – impedindo, de modo absoluto, que qualquer intervenção da vontade das partes possa prejudicar a afirmação desses valores, através da destruição do vínculo⁴³⁵.

⁴³⁵ Autores há, na doutrina italiana, que atribuem ao efeito de conservação-substituição forçada este tipo de explicação. A imposição forçada encontraria a sua razão de ser numa exigência da vontade colectiva se sobrepôr à autonomia privada para *assegurar a satisfação de interesses sociais relevantes em determinados domínios da actividade humana* – como sucede no sector do trabalho – contra eventuais e possíveis desvios que poderiam decorrer do funcionamento das vontades individuais. GIOVANNI CRISCUOLI, *La nullità parziale del...*, cit., pág. 123. O Autor reconhece que não é, em rigor, a natureza substitutiva da norma que explica a conservação autoritária do negócio, quando observa “Non si può, anzitutto, fare appello alla sostituzione – e, quindi, alla detta natura sostitutiva della norma – per spiegare la conservazione del negozio, costituendo essa sostituzione, come si vedrà, un mezzo tecnico di cui si serve la legge per salvare gli effetti del negozio (...) e on già il fondamento logico giuridico di detta conservazione. È vero, difatti, che, anche ad ammettere che la conservazione si basi sulla sostituzione, rimarrebbe sempre la domanda, cui dovrebbe risponderci, del perchè la legge sostituisce le clausole nulle”. E acaba por concluir que tal explicação se encontra relacionada com a “esigenza della volontà collettiva di sovrapporsi alla autonomia private per provvedere alla soddisfazione di interesse sociali con sacrificio di quelli dei contraenti e nel principio di economia giuridica collegato all’interesse sociale. Na doutrina juslaboral, veja-se, por exemplo, o pensamento de GIAMPOLO NOVARA, *L’invalidità del contratto di lavoro*, cit., pág. 107 e ss.. O discurso do Autor a este propósito não é totalmente claro. Por um lado, parece entender que a operação substitutiva-conservadora encontra a sua justificação num princípio de economia jurídica (à semelhança do que reconhece ser o fundamento do regime comum da invalidade parcial). Por outra banda, reconhece que as normas substitutivas regulam matérias de interesse geral em vários campos da actividade humana e, nessa medida, o particular valor que a disciplina de tais relações assume impõe que o interesse colectivo prevaleça sobre o interesse individual dos contraentes através da substituição da disciplina legal sobre a negocial. Parcialmente, esta argumentação perpassa também na decisão da *Corte Costituzionale*, de 11 de Maio de 1992, n.º 210 (acima citada, nota 373). Se por um lado, o tribunal põe a ênfase no carácter de protecção das normas laborais, carácter esse que justificaria um entorse à solução comum do artigo 1419/1 do *Codice Civile*, por outra banda, realça a importância dos valores tutelados na relação laboral e o domínio da heteronomia sobre a autonomia, nos termos já mencionados, mas que aqui voltamos a reproduzir: “No campo do direito do trabalho – em razão da desigualdade de facto das partes no contrato, da iminência da pessoa do trabalhador no conteúdo da relação e por fim a incidência que a disciplina deste contrato tem em relação a interesses sociais e colectivos – as normas imperativas não desempenham o papel de condições de eficácia da vontade jurídica, mas regulam directamente a relação prevalecendo sobre a autonomia individual, pelo que a relação, que é constituída a partir do contrato, é regulada através de fontes heterónomas, independentemente da comum vontade dos contraentes e mesmo contra aquela. (...) A violação do modelo de contrato e de relação imposto à autonomia individual dá lugar, em regra, à conformação real

Esta abordagem terá a vantagem em relação à anterior de não arrancar de um conceito de contraente débil artificial nem pouco realista. Fica, contudo, por saber se através desta fundamentação assente na genérica prevalência dos valores tutelados pelas normas laborais sobre os interesses individuais das partes não se estarão de novo a confundir dois planos do problema, o da prevalência das normas imperativas sobre as estipulações contratuais, por um lado, e o do regime da invalidez parcial, por outro⁴³⁶.

Uma última fundamentação poderia perfilar-se no horizonte como justificação para a abstracção em relação à valoração subjectiva das partes. Em causa estaria o facto de as normas laborais serem em boa medida normas que não se ocupam das partes apenas nem principalmente enquanto contratantes, mas serem sobretudo normas que encaram as partes como membros de determinadas categorias sociais, ligadas por um certo tipo de vínculo contratável e sujeitas a um verdadeiro *estatuto legal*, o que contribuiria para explicar a não valorização ou se quisermos a não prevalência da vontade privada no que toca ao problema da invalidez parcial.

Mas, uma vez mais, repare-se: mesmo este ponto de vista valorativo, o qual, sem dúvida, coloca em evidência um atributo da normatividade juslaboral susceptível de abranger um espectro mais amplo de normas (que não apenas aquelas orientadas por uma intencionalidade de tutela do trabalhador), deixa transparecer uma certa (con) fusão com um outro problema que não se confunde com o da invalidez parcial, *o da aplicação das normas no tempo*. É nesse outro plano que, dir-se-ia, de forma

da relação concreta com o modelo prescrito – por via de substituição ou integração da disciplina pactuada pela legal ou por via da desconsideração dos efeitos da cláusula contratual ilegítima – e não já à redução da relação real a uma condição de total ou parcial irrelevância jurídica”.

⁴³⁶ Há quem encare com dificuldade que uma norma substitutiva de alcance geral possa ter como função ou funções a realização de interesses gerais. Por exemplo, a propósito do artigo 1339 do *Codice Civile*, PIETRO BARCELLONA (*Intervento statale e autonomia privata...*, cit., pág. 178) considera que entre as duas funções que em abstracto podem atribuir-se à solução de manutenção do contrato rectificado, função de protecção do contraente débil e função de actuação coactiva de interesses estranhos às partes, só a primeira é compatível com o sistema e com as orientações de política legislativa que se extraem da legislação especial. Na falta de uma indicação normativa de sentido contrário, o Autor entende que, fora das hipóteses em que a intervenção encontra a sua justificação na função protectiva – não se vislumbram razões para impor às partes um assento de interesses contrastante com a determinação de ambos, sob pena até de se esvaziar o conteúdo útil de outras normas.

cristalina o t3pico vindo de expor 3 abundantemente referido para justificar a regra da aplica33o imediata das normas laborais⁴³⁷.

III – Chegados a este ponto, podemos observar que n3o se afigura f3cil, actualmente, a tarefa de identifica33o da linha de fundamenta33o da solu33o substitutiva. A linha de justifica33o tradicional pode ser hoje apontada como insuficiente. Qualquer uma das linhas complementares apresentadas, suscept3vel de se harmonizar com os dados legais actuais, por certo, 3, ainda assim, pass3vel de algumas cr3ticas, como acima se evidenciou.

Todas estas dificuldades em torno da fundamenta33o da solu33o substitutiva actual levam-nos, na verdade, tamb3m a duvidar da bondade de uma altera33o legislativa como aquela realizada em 2003. Reputar3amos mais adequada uma solu33o conservadora-substitutiva que apenas fosse chamada a operar nas hip3teses de viola33o de normas imperativas por previs3o de regimes menos favor3veis ao trabalhador – numa linha de continuidade com o regime que vigorou durante o per3odo de vig3ncia da LCT –, e que fizesse assentar a sua fundamenta33o na necessidade de realiza33o das finalidades de tutela do trabalhador das normas imperativas violadas. Este sempre se afirmou como um t3pico agregador, legitimado a mobilizar na fundamenta33o de uma norma com o alcance amplo como o daquela em quest3o.

Seja como for, outra foi a solu33o que o legislador acolheu, solu33o que pode ser apreciada e criticada, mas, pensa-se, n3o mais do que isso. Efectivamente, n3o nos parece que, mesmo adoptando uma posi33o cr3tica *de iure condendo*, chegue a haver margem para propor uma interpreta33o correctiva da norma em quest3o. Recorde-se que, seguindo os ensinamentos de JO3O BAPTISTA MACHADO⁴³⁸, uma interpreta33o correctiva – revogat3ria ou ab-rogante – s3 dever3 ter lugar apenas quando entre duas disposi33es legais exista uma contradi33o insan3vel. Ora, a verdade 3 que mesmo que se critique o 121.º, n.º 2, pelo seu 3mbito de incid3ncia, pela sobreposi33o de pontos

⁴³⁷ *Vide supra* nota 350. Esta (con)fus3o entre os dois planos – o da invalidade parcial e o da aplica33o da lei laboral no tempo – n3o constitui um dado novo. Basta ter presente os trabalhos preparat3rios que antecederam o Decreto-Lei n.º 47 032, de 27 de Maio de 1966. As hesita33es em torno do posicionamento sistem3tico da solu33o substitutiva e as oscila33es no teor redaccional do texto ilustram bem a tend3ncia para a referida sobreposi33o.

⁴³⁸ *Introdu33o ao Direito...*, *cit.*, p3g. 186.

de vista no que toca à sua fundamentação, a verdade é que nem por isso se poderá dizer que, por força dessa maior abrangência, existe uma contradição insanável entre o mencionado preceito e o artigo 121.º, n.º 1 do Código do Trabalho. Não obstante o carácter amplo do âmbito de operatividade do n.º 2 do artigo 121.º, nem por isso se poderá dizer que o n.º 1 se converte numa norma inaplicável ou totalmente inútil. Como teremos oportunidade de evidenciar mais à frente na exposição⁴³⁹, subsistirão sempre *outros casos* que serão resolvidos obedecendo à directriz do n.º 1 do artigo 121.º do Código, leia-se, com base no regime jurídico comum da redução.

7. Limites da solução substitutiva: duas questões

7.1. A solução conservadora-substitutiva e a eficácia do contrato de trabalho inválido executado: um *genus* e duas espécies?

I – A cabal compreensão da solução substitutiva em análise concita no epílogo deste capítulo a apreciação de uma derradeira discussão que se prende com a delimitação da figura em relação a outras disposições específicas relacionadas com a invalidade do contrato de trabalho⁴⁴⁰. De facto, no quadro da regulamentação da invalidade do contrato de trabalho encontramos outro instituto jurídico que, desde uma certa perspectiva, produz também um efeito *grosso modo* de conservação e/ou substituição legal da autonomia privada: referimo-nos, em particular, ao preceito que dispõe sobre a eficácia do contrato de trabalho inválido executado, o actual artigo 122.º, n.º 1 do Código do Trabalho, o qual prescreve que “O contrato de trabalho declarado nulo ou anulado produz efeitos como se fosse válido em relação ao tempo durante o qual esteve em execução”⁴⁴¹.

⁴³⁹ *Vide infra*, parte II, B, ponto 2.

⁴⁴⁰ Muito embora de um ponto de vista de arrumação meramente formal da matéria esta questão pudesse figurar logo no início deste capítulo, reputámos mais adequada a sua discussão apenas nesta fase da exposição, alicerçada no caminho calcorreado até ao momento.

⁴⁴¹ Trata-se de uma matéria – a dos efeitos jurídicos dos contratos de trabalho inválidos executados – que surgiu pela primeira vez tratada no Parecer da Câmara Corporativa n.º 45/VII, de 14 de Novembro de 1961 (*vide supra*, parte II, A, capítulo 1, ponto 2), elaborado na sequência da proposta de Lei n.º 517, de 23 de Setembro de 1960, do Governo, para substituição da Lei n.º 1952, de 10 de Maio de 1937. Sob a epígrafe “Contrato de trabalho com mera existência de facto”, sugeria-se que o

É sobretudo na experiência jurídica italiana, a propósito do artigo 2126 do *Codice Civile*, o qual determina que “La nullità o l’annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall’illiceità dell’oggetto o della causa” (e que serviu de marco e de inspiração ao nosso legislador⁴⁴²) que tanto a ideia de substituição legal como a de

artigo 71.º dispusesse nos termos seguintes: “O contrato de trabalho que for declarado nulo ou anulado reputa-se ter produzido efeitos como se fosse válido, durante o período em que esteve em execução, salvo se a nulidade provier de impossibilidade do objecto ou de ilicitude da causa”. Também o Anteprojecto de Diploma Legal, elaborado por Fernando Pessoa Jorge (*vide de novo supra*, parte II, A, capítulo 1, ponto 2), propôs a consagração de uma disciplina específica sobre a matéria (artigo 11.º, n.º 1), a prever que “A anulação ou declaração de nulidade do contrato de trabalho não prejudica a produção de todos os seus efeitos, como se fosse válido, no tempo durante o qual esteve em efectiva execução”. Entretanto, o projecto de diploma legal, resultante da Revisão Ministerial de 1964, viria a acolher a sugestão, dispondo no correspondente artigo 15.º, n.º 1 que “O contrato de trabalho declarado nulo ou anulado produz efeitos como se fosse válido em relação ao tempo durante o qual esteve em execução ou, se durante a acção continuar a ser executado, até à data do trânsito em julgado da declaração judicial de invalidade”. O artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 47 032, de 27 de Maio de 1966 e, de seguida, o artigo 15.º da LCT reproduziram praticamente o texto do projecto de diploma legal (apenas substituindo, em 1969, a expressão “trânsito em julgado da declaração judicial da invalidade” por “trânsito em julgado da decisão judicial”). O Código do Trabalho de 2003, que regulou a matéria no seu artigo 115.º, n.º 1, manteve o essencial da disciplina do direito anterior, procedendo apenas à supressão da expressão “ou, se durante a acção continuar a ser executado, até à data do trânsito em julgado da decisão judicial”.

⁴⁴² De todo o modo, estamos perante uma questão que também assumiu relevância noutras experiências jurídicas similares. O artigo 9/3 do *Estatuto de los Trabajadores* estatui que “En caso de que el contrato resultasse nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido” (e no direito anterior, o artigo 55 da *Ley de Contrato de Trabajo* de 1944, ressaltava apenas que o direito à retribuição pela actividade prestada não teria lugar em caso de nulidade derivada de “voluntad maliciosa” do trabalhador). Trata-se, todavia, de uma solução com um alcance diferente do da nossa lei, já que se limita a salvaguardar o direito à remuneração, ao passo que no nosso modelo a lei esclarece que “o contrato de trabalho declarado nulo ou anulado *produz efeitos* como se fosse válido...” (itálico nosso). Em França, pese embora a lei não se ocupe da questão, a maior parte da doutrina segue uma orientação análoga àquela acolhida nos códigos português e italiano (assim, JAMEL DJOUDI, “Les nullités dans les relations individuelles de travail”, *D.*, n.º 25, 1995, págs. 192). *Mutatis mutandis*, no sistema jurídico alemão, no qual, à margem de uma específica solução legislativa, foi sendo essa também orientação dominante na doutrina, correntemente descrita como “Lehre vom fehlerhaften Arbeitsvertrag” – neste sentido, ver, entre muitos, WOLFGANG ZÖLLNER/KARL-GEORG LORITZ/CURT WOLFGANG HERGENRÖDER, *Arbeitsrecht*, *cit.*, pág. 181.

conservação vêm sendo sublinhadas como caracterizadoras do fenómeno. Nestes termos, SANTORO PASSARELLI⁴⁴³ refere-se ao preceito em causa como um caso de substituição legal da autonomia privada através do qual, dentro de certos limites, a disciplina legal substitui a do negócio, não já num cenário de invalidez parcial, mas impedindo uma nulidade ou anulação total. Já a alusão ao efeito de conservação é expressivamente sublinhada por CARLO ZAGO-GARELLI⁴⁴⁴, ao afirmar que “a ideia de ineficácia da invalidez convoca conceitualmente o princípio da conservação do contrato que é aqui [no artigo 2126] realizado na sua mais ampla acepção e encontra um fértil terreno no campo do direito do trabalho”. Outros autores⁴⁴⁵, mesmo colocando a ênfase na prestação de facto, e entendendo que não se poderá falar nestes casos em conservação *do contrato*, admitem que se logra através da norma em questão uma conservação de parte da disciplina legalmente estabelecida para a relação de trabalho.

Em certas abordagens, chega mesmo a registar-se um certo sincretismo⁴⁴⁶ no tratamento da solução conservadora-substitutiva e da norma que regula os efeitos

⁴⁴³ FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di Diritto del Lavoro*, 35.^a edição, Eugenio Jovene, Nápoles, 1993, pág. 177. Reconhece também no mecanismo previsto no artigo 2126 uma espécie de substituição automática dos efeitos pretendidos pelas partes pelos efeitos legais EDOARDO GHERA, *Diritto del Lavoro*, *cit.*, pág. 70.

⁴⁴⁴ *I Rapporti di Fatto con Particolare Riguardo al Rapporto di Lavoro*, Cedam, Pádua, 1964, pág. 162. O Autor dá como exemplos de outras manifestações desse princípio a hipótese do contrato de trabalho a termo não reduzido a escrito que a lei determina que se conserve como contrato por tempo indeterminado; a continuação da relação de trabalho depois de verificado o termo fixado, caso em que a lei prevê a transformação do contrato a termo em contrato por tempo indeterminado, etc..

⁴⁴⁵ FUNAIOLI, *apud* CARLO ZAGO-GARELLI, *I Rapporti di Fatto con Particolare...*, *cit.*, pág. 156.

⁴⁴⁶ Um certo sincretismo também se fez notar no preâmbulo do Decreto Lei n.º 47 032, de 27 de Maio de 1966: “Se há matéria que tenha merecido especiais cuidados ao presente diploma essa foi, sem dúvida, a respeitante ao regime das nulidades. Como princípio geral consagra-se a regra de que “a nulidade ou anulabilidade parcial do contrato de trabalho não determina a invalidez de todo o contrato, salvo quando se mostrar que os contraentes ou algum deles o não teriam concluído sem a parte viciada”, acrescentando-se que “as cláusulas do contrato de trabalho que importarem para o trabalhador regime menos favorável do que o estabelecido em preceitos imperativos são de pleno direito substituídas por estes”. Mais se estabelece ainda, em termos genéricos, que “o contrato de trabalho declarado nulo ou anulado produz efeitos como se fosse válido em relação ao tempo durante o qual esteve em execução”, autorizando-se, por último, a sua revalidação quando “a causa da invalidez

jurídicos dos contratos inválidos e executados. Uma leitura desse tipo foi aquela proposta por CRISTINA CATAUDELLA⁴⁴⁷, na doutrina italiana, a propósito das normas aí pertinentes – o artigo 1419/2 e 2126 do *Codice Civile* – cuja apreciação crítica julgamos oportuno empreender nesta sede pelas relevantes consequências práticas que imputamos a uma separação dos dois fenómenos.

Na tentativa de enquadrar sistematicamente a disciplina do artigo 2126 do *Codice Civile*, CATAUDELLA propõe que a solução em questão seja reconduzida a um fenómeno de “nullità parziale”, pese embora reconhecendo *ab initio* que a nulidade parcial operará nesse caso em termos diversos do que ocorre no domínio do artigo 1419 do *Codice Civile*. Considera que quando a resposta nos termos do artigo 1419 é no sentido da manutenção do contrato, o cotejo dessa solução com aquela outra prevista no artigo 2126 do *Codice Civile* põe em evidência significativos pontos de contacto entre os dois institutos. No primeiro caso, o regulamento contratual permaneceria eficaz, mas não na sua inteireza, uma vez amputado de uma parte dos efeitos pretendidos pelas partes. O assento de interesses ficaria limitado na sua amplitude. No outro, a operatividade do regulamento também seria limitada porquanto aquele seria expurgado, por força da aplicação do artigo 2126, da regra relativa a duração da relação. Haveria uma limitação em termos de extensão no tempo. Em ambos os casos teríamos uma “incidenza riduttiva” do regulamento contratual, o que legitimaria que a qualificação “nullità parziale” também pudesse ser adoptada a respeito do artigo 2126. Perfilar-se-ia desse modo um sistema completo de tutela do trabalhador subordinado para hipóteses de nulidade do contrato, nuns casos, garantindo a conservação do contrato, noutros, tornando a nulidade temporalmente limitada.

Reconhecem-se, todavia, objecções a esta construção unitária.

Afigura-se desde logo pouco correcto, fazer apelo, com CRISTINA CATAUDELLA, à categoria da “invalidade parcial” para albergar fenómenos tão distintos. No plano estrutural, os pressupostos para que uma e outra solução operem são amplamente díspares. Num caso, está patente uma contradição parcial do

cessa durante a execução do contrato”. Em face do exposto, conclui-se “*Pela sua clareza e legitimidade os princípios postos não necessitam de ser justificados, correspondendo, como correspondem, à intenção manifesta de salvar tanto quanto possível os efeitos da relação de trabalho realmente existente, como convém*” (itálico nosso).

⁴⁴⁷ *Contratto di Lavoro e Nullità...*, cit., pág. 144, cuja proposta descrevemos aqui de perto.

conteúdo do contrato de trabalho com a lei; no outro toma-se como ponto de partida a conclusão de que a invalidade do contrato é total. Também o efeito que por força da aplicação das disposições se produz difere, pelo que só num sentido ostensivamente amplo pode falar-se num efeito de conservação comum. No caso da solução conservadora-substitutiva está presente *um efeito de preservação futura do vínculo*, habitualmente acompanhado pela imposição de efeitos previstos nas normas imperativas violadas. Diversamente, no caso do fenómeno previsto no artigo 122.º do Código (artigo 2126 do *Codice*) não se opera uma conservação do contrato para o futuro. Quando muito, pode dizer-se que *são reconhecidos efeitos ao contrato de trabalho inválido* – e nessa medida, “conservam-se” – por referência ao período durante o qual a prestação foi executada.

Mas, mesmo colocando a discussão no plano da *ratio* das normas, não se poderá dizer liminarmente que as duas soluções partilhem de uma inspiração comum. No caso da solução conservadora-substitutiva pudemos registar que (pelo menos⁴⁴⁸) uma das finalidades se encontra relacionada com a realização da *ratio* de tutela das normas imperativas violadas. Pensamos, no entanto, que não poderá afirmar-se, de pleno, que seja esse também o fundamento da norma contida no artigo 122.º ou do artigo 2126, respectivamente do Código do Trabalho e do *Codice Civile*.

Primeiramente, cumpre dizê-lo, persiste na doutrina (mormente transalpina) uma acentuada indeterminação em torno do enquadramento dogmático desta última solução, o que tem reflexos quando de procura discernir acerca da respectiva *ratio*. Há quem perspetive a solução como uma excepção à retroactividade da declaração de nulidade e de anulação⁴⁴⁹. Por outro lado, surgem construções que procuram compreender a figura a partir de certos institutos tradicionais, como a sanção ou convalidação do contrato⁴⁵⁰, ou o instituto do enriquecimento sem causa⁴⁵¹. Como há também quem, desvalorizando o elemento contratual, confira um papel fundamental ou praticamente exclusivo à execução da prestação de trabalho, à prestação de facto

⁴⁴⁸ *Vide supra*, parte II, A, capítulo 1, ponto 6.3.

⁴⁴⁹ Ver GIORGIO STELLA RICHTER, “Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato”, *RTDPC*, ano XXXI, 1977, pág. 172. Entre nós, esta parece ser a posição de autores como LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, *cit.*, pág. 252.

⁴⁵⁰ Assim, ZARLO ZAGO-GARELLI, *I Rapporti di Fatto con...*, *cit.*, pág. 167; GIUSEPPE ANDREOLI, “Note in Tema di Contratto di Lavoro Nullo”, *RDL*, ano IV, n.º 1, 1952, págs. 49 e ss..

⁴⁵¹ Neste sentido, GIAMPAOLO NOVARA, *L’invalidità del contratto...*, *cit.*, pág. 254.

do trabalho como fonte de efeitos jurídicos. Inscrevem-se neste âmbito as teorias que vêm na prestação de trabalho, enquanto prestação juridicamente isolada, o elemento justificativo para a produção de certos efeitos típicos de uma relação de trabalho subordinado⁴⁵². Outros chegam mesmo a considerar que o comportamento executivo – a execução da prestação – serviria de suporte à constituição de um novo contrato de trabalho (com base em comportamento concludente) que legitimaria a produção de efeitos⁴⁵³. Ora, por exemplo, aqueles que perspectivam a solução como uma exceção ao princípio da retroactividade da declaração de nulidade ou da anulação, tendem a alicerçar a fundamentação da disciplina nas dificuldades ou mesmo na impossibilidade de restituição da prestação de trabalho ou na complexidade da posição debitória das partes no contrato de trabalho, pelas múltiplas prestações daí resultam e em relação às quais também se tornaria impraticável a respectiva devolução, e não propriamente na realização dos valores das normas violadas⁴⁵⁴.

Por outro lado, bem vistas as coisas, o funcionamento da solução correspondente ao artigo 122.º supõe justamente que não tenha havido lugar à violação de normas enformadas por uma *ratio* de tutela do trabalhador – ou melhor, que não seja esse o fundamento da invalidade que atinge o contrato de trabalho –, já que, quando assim for, é o próprio artigo 121.º, n.º 2 que determina o efeito conservador-substitutivo, afastando, de raiz, o recurso ao artigo 122.º. A esse respeito, são elucidativas as observações de GIORGIO FONTANA⁴⁵⁵, a propósito do espaço operativo do correspondente artigo 2126 do *Codice Civile*. Prestando alguma atenção ao âmbito de aplicação do preceito, “agevolmente si scopre che esso attua l’interdizione fra l’autonomia privata e la norma imperativa, *tutte le volte che quest’ultima non è finalisticamente volta alla tutela del lavoratore subordinato*. Il suo spazio operativo non è perciò quello che compete alla nullità per inosservanza di una

⁴⁵² MATTEO DELL’OLIO, “Sulla Inefficacia dell’Invalidità del Contratto di Lavoro (art. 2126, comma 1º, c.c.)”, *Studi in Onore di Francesco Santoro-Passarelli*, vol. V, Eugenio Jovene, Nápoles, 1972, pág. 263 e ss..

⁴⁵³ Em termos limitados, ver FUNAIOLI, *apud* CRISTINA CATAUDELLA, *Contratto di Lavoro e Nullità...*, *cit.*, pág. 123.

⁴⁵⁴ Assim, entre nós, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, *cit.*, págs. 648 e 649; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, *cit.*, pág. 487; MÁRIO PINTO/PEDRO FURTADO MARTINS/ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis do Trabalho*, *cit.*, pág. 71.

⁴⁵⁵ “La conversione legale nei rapporti di lavoro atipico”, *RIDL*, ano XII, n.º 3, 1993, pág. 374.

norma imperativa o del regolamento legale “deteriore” che si è trattenuto” (itálico nosso).

Não quer isto dizer⁴⁵⁶, note-se, que na base de uma solução como a do artigo 122.º não possa estar também uma ideia de protecção, relacionada sobretudo com a particular relevância social da prestação de trabalho⁴⁵⁷, com as exigências de tutela da pessoa do trabalhador, que está em imediata e directa relação com a prestação laboral⁴⁵⁸, e que indirectamente, por essa via, se acabe igualmente por permitir a realização da tutela predisposta a favor do trabalhador. Mas trata-se, apesar de tudo, parece-nos, de uma inspiração distinta.

7.2. A “acumulação de vantagens excessivas” decorrente da intervenção conservadora-substitutiva

7.2.1. Enunciado do problema

A solução conservadora-substitutiva constitui o mecanismo a que o legislador laboral recorre para disciplinar tipicamente o problema da invalidez parcial do contrato de trabalho. Pode, no entanto, questionar-se se, em determinadas hipóteses especiais, o efeito desencadeado tipicamente por este mecanismo não conhece, afinal,

⁴⁵⁶ Quando muito essa finalidade poderá ser aquela que, de algum modo, encontramos reflectida no *segundo segmento* do artigo 2126 do *Codice*, o qual determina que se o trabalho tiver sido prestado com violação de normas destinadas a tutelar o trabalhador, este tem em qualquer caso direito à retribuição. Este preceito tem a função de deixar claro que, quando a ilicitude do objecto ou da causa do contrato de trabalho seja acompanhada pela violação de normas que tutelam o trabalhador, as exigências de tutela da trabalhador como que superam a ilicitude do comportamento (recorde-se que o primeiro segmento da norma estatui que “a nulidade ou a anulação do contrato de trabalho não produz efeitos no período durante o qual a relação esteve em execução, *salvo se a nulidade derivar da ilicitude do objecto ou da causa.*”). A obrigação retributiva é configurada, nas palavras de PIETRO MAGNO, *Estinguibilità del Rapporto di Lavoro Subordinato per Vizi Genetici*, Fondazione Diritto del Lavoro, Roma, 1980, pág. 43, como uma sanção para o empregador e como uma compensação pela falta da tutela a favor do trabalhador.

⁴⁵⁷ Assim, TIZIANO TREU, *Onerosità e corrispettività...*, *cit.*, pág. 58

⁴⁵⁸ Nestes termos, MATTEO DELL’OLIO, “Sulla Inefficacia...”, *cit.*, pág. 293. Reconhece também que através de um regime especial de irrepetibilidade das prestações se pretende proteger o trabalhador RAÚL VENTURA, “Regime das nulidades do contrato de trabalho”, *cit.*, pág. 62.

limites, o mesmo é dizer, se o funcionamento da solução conservadora-substitutiva é impedido ou neutralizado⁴⁵⁹. É o que sintetizamos sob a fórmula “acumulação de

⁴⁵⁹ Não é nosso propósito, com esta incursão, abordar uma outra questão que, colocando-se necessariamente a montante, corresponderia a equacionar a eventual neutralização, não da solução conservadora-substitutiva, mas da própria possibilidade de invocar a invalidade da cláusula. Referimo-nos à questão de saber em que medida o comportamento do trabalhador, que no momento da celebração do contrato de trabalho se conformou com e subscreveu o teor de uma determinada cláusula (inválida) e, tempos depois, durante a execução do contrato, pretende invocar a invalidade da mesma, configura um acto abusivo nos termos do artigo 334.º do Código Civil, mais concretamente, em que medida constitui um daqueles casos em que a invocação da invalidade representaria um inadmissível *venire contra factum proprium* (tendo em conta que a base legal para uma aplicação da doutrina da confiança, no direito português, por forma a vedar o *venire contra factum proprium*, nas suas manifestações mais correntes, reside no artigo 334.º do Código Civil).

Na doutrina e jurisprudência nacionais, a questão, formulada nestes termos, já suscitou reacções distintas. Favorável à aplicação do instituto, pese embora referindo-se ao universo circunscrito do contrato de trabalho do praticante desportivo, já se pronunciou ALBINO MENDES BAPTISTA, “Especificidades do contrato de trabalho desportivo e pacto de opção”, *Estudos sobre o Contrato de Trabalho Desportivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pág. 64, reputando como abusiva a conduta do praticante que na vigência do contrato se conformasse com o pacto de opção inválido e que viesse depois invocar a nulidade do mesmo. Secundando uma orientação distinta, nos tribunais, sirva de exemplo o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10 de Fevereiro de 1999, processo n.º 0056364 (disponível em www.dgsi.pt). Tratava-se uma hipótese em que a trabalhadora havia sido admitida para desempenhar funções de professora mediante um vencimento mensal de 100.000\$00 (quando de acordo com a tabela salarial da convenção colectiva aplicável o vencimento salarial para a categoria profissional era superior) e pelo período de trinta e cinco horas semanais (quando de acordo com o estabelecido pela disposição colectiva esse período não podia exceder vinte cinco horas). Uma vez extinto o vínculo laboral, a ex-trabalhadora veio exigir o pagamento das diferenças salariais. Não estando propriamente em discussão a determinação da extensão da invalidade (o contrato já havia sido entretanto rescindido pela trabalhadora), a instituição de ensino veio alegar que a pretensão da ex-trabalhadora consubstanciava o “exercício abusivo do direito, atentas as circunstâncias que se verificaram na altura da celebração do contrato de trabalho e o comportamento que adoptou na vigência deste”. O Tribunal da Relação, por seu turno, negou a existência de qualquer abuso do direito, no facto de a ex-trabalhadora vir invocar a violação de normas imperativas.

Vejamos. Desconsiderando por instantes a questão não pacífica da recondução do *venire contra factum proprium* ao princípio da boa fé (sobre o ponto, ver, por exemplo, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., passim, pág. 857; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, cit. pág. 760), e não obstante as grandes flutuações que existem em torno do âmbito e fundamentação da figura, parece-nos que, mesmo atendendo apenas àqueles que são os traços consensuais sobre o instituto, existirão argumentos suficientes para afastar, por princípio, a sua

invocação no tipo de situações apresentadas (o que não significa, sublinhe-se, que ao instituto não possa ser reconhecida valia no contexto de outros comportamentos contraditórios do trabalhador, como já foi de resto considerado pelos nossos tribunais superiores, a propósito, por exemplo, da invocação pelo trabalhador da nulidade do acordo revogatório outorgado, com base na inobservância da forma escrita ou de formalidades impostas por lei – neste sentido, os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 21 de Setembro de 1992, processo. n.º 286, *Colectânea de Jurisprudência*, 1992, IV, págs. 286 e ss., e de 10 de Outubro de 1994, processo n.º 452, *Colectânea de Jurisprudência*, 1994, IV, pág. 249 e ss.).

Por um lado, afigura-se importante ter presente que a tutela da confiança suscitada pela conduta de outrem pode, desde logo, conflitar com normas jurídicas que visam tutelar outros interesses como, por exemplo, as normas que proíbem a renúncia a certos direitos. Parece-nos ser esse o caso das normas laborais que, impondo uma modelação contratual para protecção dos interesses do trabalhador, impedem a renúncia prévia aos direitos atribuídos pelas referidas normas e obstam, portanto, à sua disposição antecipada. Ora, sendo vedada uma declaração de renúncia antecipada, mal se compreenderia que se admitisse nesses casos a intervenção da proibição do *venire contra factum proprium*. De certa maneira, a razão de ser da ineficácia das declarações de renúncia impõe que se exclua também o recurso àquela proibição como forma de paralisar a efectivação de certos direitos.

Acresce que, mesmo cingindo-nos unicamente aos requisitos que no plano juscivilístico concitam a intervenção do instituto, também por aí se tornam patentes as dificuldades. Corresponde aos ensinamentos gerais que o funcionamento da figura exige a verificação de *um facto gerador de confiança legítima que possa ser imputado à contraparte*, isto é, uma anterior conduta de um sujeito jurídico que, objectivamente considerada, seja de molde a despertar noutrem a convicção de que ele também no futuro se comportará, coerentemente, de determinada maneira (JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Tutela da confiança e “*venire contra factum proprium*”, *Obra dispersa*, vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, pág. 394 e ss., alude sinteticamente a (i) uma situação objectiva de confiança e a (ii) um investimento na confiança e irreversibilidade desse investimento; na abordagem de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, *cit.*, pág. 758, a hipóteses de comportamentos contraditórios inadmissíveis postula: (i) a actuação de um facto gerador de confiança, em termos que concitem o interesse por parte da ordem jurídica; (ii) a adesão do confiante a esse facto; (iii) o assentar, por parte dele, de aspectos importantes da sua actividade posterior sobre a confiança gerada – um determinado investimento de confiança – de tal forma que a supressão do facto provoque uma iniquidade sem remédio). Pois bem. Constitui um dado da experiência que, com grande frequência, porventura na maioria dos casos até, o trabalhador, no momento da conclusão do contrato de trabalho, subscreve as declarações negociais que integram o contrato de trabalho num estado de debilidade negocial, de dependência de natureza real, por regra também de carácter económico, sendo altamente duvidoso que através das declarações negociais emitidas tenha intenção ou mesmo consciência de que está a renunciar a direitos indisponíveis. Com frequência, o trabalhador limita-se a apor a sua assinatura num impresso ou modelo contratual cujas cláusulas não redigiu e que porventura não exprimem a sua vontade real. A verdade é que, não raro, toda esta situação é conhecida do próprio empregador. Parece-nos de elementar

vantagens excessivas” decorrente da intervenção correctora-substitutiva, designação que serve de epígrafe a este último ponto.

Mediante esta fórmula aparentemente enigmática queremos pôr em evidência uma situação delicada que, não sendo propriamente frequente do ponto de vista prático, pode, pelo menos em termos teóricos, levantar-se quando, perante a violação de uma norma imperativa, se perspetive a conservação do contrato e a substituição da cláusula infractora pelo regime contido na própria norma violada. Na verdade, pode suceder que, por ocasião da fixação contratual do conteúdo do contrato de trabalho, as partes estipulem em relação a um determinado aspecto da disciplina da relação (aspecto x) uma cláusula contrária a um preceito imperativo, mas ao mesmo tempo incluam, no contrato outra(s) cláusula(s) referente (s) a outro(s) aspecto(s) da relação (aspectos y ou z), através da(s) qual/quais façam atribuir validamente ao trabalhador uma vantagem especial.

Ilustremos a situação com exemplos, alguns deles apresentados pela nossa doutrina. Em causa pode estar um contrato que contém uma cláusula constitutiva de uma obrigação do trabalhador, e que simultaneamente atribui ao trabalhador uma vantagem especial, por virtude da referida obrigação. Pense-se na hipótese de ter sido acordado um período normal de trabalho ilegal (porque superior aos limites máximos

evidência que este dado, devendo ser tido em conta quando se trata de proceder à verificação de um facto gerador de confiança legítima, comprometa toda e qualquer restante indagação. Não havendo aqui propriamente uma incapacidade negocial – o que sucede com o menor, o qual não podendo autovincular-se, também não pode estabelecer um “facto de confiança” – dir-se-á que haverá, pelo menos neste domínio de casos, factores suficientes para que a conduta do trabalhador, objectivamente considerada, seja insusceptível de despertar, por princípio, na contraparte um estado de confiança.

De notar, por fim, que a conclusão a que chegamos não resulta propriamente de uma qualquer ruptura com os princípios que, à face do Direito Civil português, permitem detectar (ou não) a presença de um facto gerador de confiança. Esses correspondem fundamentalmente às regras referentes às declarações de vontade, com particular relevância para a interpretação das declarações segundo a “teoria da impressão do declaratório” nos termos do artigo 236.º do Código Civil (neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, *cit.*, pág. 758). Ora, é o próprio artigo 236.º a estabelecer que “a declaração vale com o sentido que um declaratório normal, *colocado na posição do real declaratório*, possa deduzir do comportamento do declarante” (n.º 1) e que se o declaratório conhecer a vontade real do declarante, “é de acordo com ela que vale a declaração emitida”. Pronunciando-se também criticamente contra a aplicação do instituto neste âmbito de hipóteses, duvidando que nesses casos se possa falar de uma confiança patral “justificada” e “merecedora de tutela”, JOÃO LEAL AMADO, “Ainda sobre as cláusulas de opção...”, *cit.*, pág. 186.

legais) e simultaneamente um salário muito maior do que aquele que corresponde ao das tabelas salariais⁴⁶⁰. Como também pode estar em causa uma cláusula através da qual o trabalhador renuncia parcialmente a um direito e concomitantemente auferir uma vantagem por força dessa renúncia. É o que sucede por exemplo se é fixado um número de dias de férias de extensão menor do que aquela mínima imposta por lei (ou por convenção colectiva de trabalho, se for o caso), mas é também acordado um subsídio de férias de valor muito superior àquele que resultaria dos critérios de cálculo previstos legalmente⁴⁶¹. Imagine-se, por exemplo, que é acordado um subsídio de férias que corresponde ao valor de três retribuições base e outras prestações retributivas contrapartida do modo específico da execução do trabalho.

O melindre das hipóteses acabadas de descrever é patente. É que ao operar nesses casos a substituição da cláusula inválida pelo conteúdo legal (ou colectivamente fixado) constante da norma imperativa infringida – *ex vi* artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho – pode a substituição em questão, afinal, traduzir-se numa “acumulação excessiva” de vantagens na esfera do trabalhador, na medida em que este, a par da correcção, em seu benefício, do conteúdo da cláusula inválida vê igualmente assegurado o conteúdo da(s) outra(s) cláusulas que haviam sido acordadas como vantagens especiais do seu interesse. Ou, vistas as coisas sob o prisma inverso, pode a alteração do teor do contrato resultante da solução substitutiva conservadora consubstanciar um cenário de excessiva onerosidade para a parte contrária, o empregador. A solução conservadora-substitutiva conduzirá, nestes casos, a um desequilíbrio de prestações particularmente gravoso, provocará uma turbação da equivalência ou do equilíbrio que esteve na base da originária conformação de interesses. No caso de um vínculo como o laboral, este efeito de acumulação de vantagens excessivas na esfera do trabalhador ou de excessiva onerosidade para o empregador teria ainda a “agravante” de a liberdade de decisão em matéria de cessação do vínculo por parte da entidade patronal se encontrar fortemente limitada, em particular, no ordenamento jurídico português⁴⁶².

⁴⁶⁰ RAÚL VENTURA, “Nulidade total e nulidade parcial...”, *cit.*, pág. 271.

⁴⁶¹ Cf. o artigo 264.º, n.º 2 do Código do Trabalho. Consulte-se um exemplo próximo em BERNARDO LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho...*, *cit.*, pág. 637, e ainda em *Manual de Direito...*, *cit.*, pág. 974.

⁴⁶² Opor-se-á a esta ideia o facto de ao empregador ser reconhecido pelo sistema juslaboral um conjunto de prerrogativas que lhe permitem, durante a execução do contrato de trabalho, alterar

Enunciado em termos esquemáticos o problema, importa indagar da resposta que para ele se retira do nosso sistema jurídico. Será que tal circunstância deve paralisar o funcionamento da solução conservadora-substitutiva ou é antes irrelevante? Impõe-se nas situações descritas algum tipo de correcção adaptadora?

7.2.2. A escolha do regime mais favorável ao trabalhador: a resposta ao problema através da teoria da conglobação

I – Houve na doutrina nacional e estrangeira quem tenha procurado responder ao problema por nós descrito – impedindo o referido cúmulo de vantagens excessivas – fazendo apelo à chamada *teoria da conglobação*, teoria que se perfilaria como solução alternativa à também conhecida teoria do cúmulo. Propomo-nos analisar com maior detalhe e criticamente a pertinência desta “sugestão”.

Como é sabido, no discurso doutrinal juslaboral, as teorias do cúmulo e da conglobação surgem enunciadas como critérios a partir dos quais se devem apreciar os textos legais ou convencionais para efeitos de aferição da sua maior ou menor favorabilidade. Partindo da ideia de que quando várias normas se candidatam à regulamentação de uma certa situação laboral⁴⁶³, deverá prevalecer a solução mais

unilateralmente o teor contratual, de acordo com o interesse da empresa – diversamente do que sucede no regime comum dos contratos em que o reconhecimento de uma faculdade de “*ius variandi*” legal é admitida em termos mais restritivos, ou carecerá de base convencional – o que, permitiria, consequentemente, atenuar o impacto do desequilíbrio. Contudo, não cremos que esse argumento deva ser sobrevalorizado. Desde logo, porque as referidas prerrogativas, tal como se encontram configuradas na lei laboral, obedecem a requisitos substanciais precisos – pense-se no que sucede em matéria de modificação do aspecto funcional ou geográfico da prestação (cf. os artigos 120.º, n.º 1 e 194.º, n.º 1 do Código do Trabalho, respectivamente, e abstraindo, por instantes, da circunstâncias de tais regimes assumirem hoje uma natureza dispositiva) – o que mostra que essa possibilidade de adaptação contratual não deva ser perspectivada como uma evidência. Acresce que, se atentarmos em algumas das hipóteses descritas, a vantagem especial atribuída ao trabalhador assume, amiúde, natureza remuneratória, *rectius*, retributiva – retribuição mensal, subsídio de férias, etc. – sendo que, nesse campo, as restrições do sistema legal a uma alteração da disciplina acordada pelas partes são particularmente reforçadas (cf. o artigo 129.º, n.º 1, alínea d) do Código do Trabalho).

⁴⁶³ Não é de todo uniforme o contexto em que os autores fazem intervir as teorias do cúmulo e da conglobação, ou por outras palavras, o tipo de problema para o qual se convocam os dois métodos comparativos.

favorável ao trabalhador, a partir daí, a questão que se desenha é a de saber em que

Por vezes, a querela em torno das duas teorias surge quando está em causa um fenómeno de *sucessão* de convenções colectivas de trabalho, fenómeno que corresponde à revisão ou substituição de uma convenção colectiva de trabalho por outra com idêntico âmbito potencial de aplicação – cf. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2015, pág. 335; ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, cit.*, pág. 755. Sendo questionável em que medida a segunda convenção prevalece sobre a primeira, e admitindo operar na matéria um princípio do tratamento mais favorável dos trabalhadores, ganha sentido perguntar para efeitos de aferição da maior ou menor favorabilidade e, portanto, da regra a aplicar, como devem ser apreciados os textos convencionais. A este nível, a nossa lei terá revelado uma preferência pela aplicação do mecanismo da conglobação – como resulta do artigo 503.º, n.º 3 do Código do Trabalho – assim, por exemplo JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, vol. I, *cit.*, pág. 170; ANTÓNIO MONTEIRO, *Direito do Trabalho, cit.*, pág. 755.

Noutras ocasiões, porém, a mobilização das teorias é convocada num cenário mais amplo, ora no contexto de concorrência entre fontes do mesmo grau hierárquico, ora no contexto de conflito entre fontes de diferente grau hierárquico, leia-se, entre normas legais, por um lado, e disposições convencionais, por outro, ou mesmo entre normas legais/disposições convencionais, por um lado, e estipulações individuais, por outro. Entre nós, o debate foi colocado, nestes termos amplos, por autores como RAÚL VENTURA, “O cúmulo e a conglobação na disciplina das relações de trabalho”, *O Direito*, ano 94, 1962, pág. 201 e ss., adepto, neste contexto, da teoria do cúmulo; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O princípio do tratamento mais favorável no direito do trabalho actual”, *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Ciências Humanas – Volume de homenagem ao Prof. Doutor Gonçalves Cavaleiro Ferreira*, vol. III, 1987-1988, págs 124 e ss., defensor da chamada teoria da conglobação limitada; e BERNARDO LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho...*, *cit.*, pág. 637 e ss.. Admitindo ser de aplicar a solução que consubstancie o tratamento mais favorável ao trabalhador, levanta-se a questão de saber se, para efeitos de aferição da maior ou menor favorabilidade e, portanto, da escolha da regra a aplicar, como devem apreciar-se os textos convencionais e/ou legais: no seu conjunto ou parcelarmente.

A alusão às referidas teorias – *maxime* à teoria da conglobação – surge ainda recentemente implícita na posição assumida pelo Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 338/2010, de 22 de Setembro, disponível em www.tribunalconstitucional.pt), quando chamado a decidir se o artigo 3.º do Código do Trabalho, ao permitir como regra o afastamento de normas legais por instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho que estabeleçam condições menos favoráveis aos trabalhadores, estaria ou não a atentar contra o princípio do tratamento mais favorável. Ora, um dos argumentos utilizados pelo Tribunal para sustentar a compatibilidade do regime do artigo 3.º com o mencionado princípio consiste justamente em pressupor que a faculdade da convenção colectiva dispor em sentido menos favorável do que o previsto na lei só é de admitir, *desde que o regime convencional, na sua globalidade, seja mais favorável ao trabalhador*.

medida o princípio do tratamento mais favorável dos trabalhadores⁴⁶⁴ deve implicar sempre a salvaguarda de todas as regras mais favoráveis ou se deve, afinal, operar noutros termos.

De acordo com a teoria do cúmulo⁴⁶⁵, a solução mais favorável para o trabalhador será aquela que for aferida disposição a disposição. Para cada matéria, em concreto, há que verificar qual a solução mais favorável para o trabalhador. A comparação assim pressuposta deverá ser feita regra a regra, isoladamente, de tal forma que o regime aplicável seja equivalente a um somatório de disposições retiradas de diversas fontes e que, em comum, têm o facto de serem as mais favoráveis para os trabalhadores.

Segundo a teoria da conglobação⁴⁶⁶, a regra do tratamento mais favorável deverá ser aplicada comparando as fontes em presença, na sua globalidade, prevalecendo a que, no seu conjunto, se revelar mais útil para os trabalhadores. Na sua formulação mais radical, esta teoria advoga que o tratamento mais favorável seja determinado tendo em conta a fonte na sua globalidade. Numa formulação mais limitada, surge a teoria da conexão interna (ou conglobação limitada)⁴⁶⁷, segundo a

⁴⁶⁴ Talvez seja importante referir que a alusão a um princípio do tratamento mais favorável não tem aqui apenas o sentido e o alcance da versão tradicional do princípio acerca da natureza geral das normas laborais, *maxime* enquanto referencial interpretativo acerca da natureza das normas – o que implicaria reconhecer que as normas legais são, em regra (presumidamente) patamares mínimos susceptíveis de alteração pela convenção colectiva unicamente num sentido mais favorável aos trabalhadores – mas enquanto princípio que projecta a sua eficácia em relação à escolha entre duas normas potencialmente aplicáveis à mesma questão jurídica. Sobre esta *nuance*, vejam-se, com interesse, as observações de JOÃO REIS, “Princípio do tratamento mais favorável e da norma mínima”, *Para Jorge Leite – Escritos Jurídico-Laborais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 863.

⁴⁶⁵ Para uma descrição em traços gerais deste critério, ver, entre outros, RAÚL VENTURA, “O cúmulo e a conglobação...”, *cit.*, pág.202; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O princípio do tratamento...”, *cit.*, pág. 124; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, *cit.*, pág. 280; e MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I...*, *cit.*, págs. 292 e 293.

⁴⁶⁶ Nestes termos, de novo, RAÚL VENTURA, “O cúmulo e a conglobação...”, *cit.*, pág. 202, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O princípio do tratamento...”, *cit.*, pág. 124; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, *cit.*, pág. 280; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I...*, *cit.*, págs. 292 e 293.

⁴⁶⁷ Para uma descrição e acolhimento desta teoria, ver, especialmente, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O princípio do tratamento...”, *cit.*, pág. 125; e MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I...*, *cit.*, págs. 292 e 293.

qual a comparação não deve ser feita entre normas singulares nem entre as fontes na sua globalidade, mas entre grupos de normas incidíveis, que se encontrem entre si numa particular conexão interna.

II – Munidos destes ensinamento sumários a propósito das referidas teorias, impõe-se agora perceber como é que, da transposição das mesmas para o cenário por nós descrito⁴⁶⁸, um apelo à teoria da conglobação terá sido perspectivada como uma solução supostamente preferível à da teoria do cúmulo.

Segundo vimos, a teoria do cúmulo, porque impõe sempre a salvaguarda de todas as regras mais favoráveis ao trabalhador, permite que o trabalhador possa ir “buscar” às disposições potencialmente aplicáveis (da lei, da convenção colectiva de trabalho e do contrato individual) tudo o que lhe for mais favorável. De acordo com esta teoria, o juízo de maior favorabilidade é efectuado através do confronto de cada cláusula negocial com a correspondente disposição legal ou convencional. Ora, imaginando que em relação à matéria *x* a regulação contratual fica aquém do que é fixado na lei, e que em relação ao aspecto *y* as partes acordaram algo que está acima

⁴⁶⁸ A esse propósito, talvez valha a pena transcrever o enquadramento que do problema é feito por BERNARDO LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho...*, cit., pág. 635 a 637: “Habitualmente, os contraentes estabelecem no contrato cláusulas que implicam tratamento mais favorável que o previsto na lei ou no IRCT para o trabalhador, e aí não há grandes problemas. Não oferecem, também, grandes dificuldades os casos em que só constam do contrato cláusulas desfavoráveis e neutras. O problema põe-se (...) quando houver cláusulas mais favoráveis que coexistam com cláusulas menos favoráveis.” E continua: “Justifica-se que se refiram a este propósito da hierarquia das normas as cláusulas contidas nos contratos na medida em que é princípio geral que se aplicam aquelas cláusulas contratuais que forem mais favoráveis para o trabalhador que a disciplina das normas do trabalho”. Concluindo: “Há assim um problema de grande importância prática: é o de saber se este princípio do tratamento mais favorável implica sempre a salvaguarda de todas as regras mais favoráveis constantes de todos os blocos normativos hierarquicamente ordenados”.

De certa forma, a relação do problema em mãos com o princípio do tratamento mais favorável também é denunciada por RAÚL VENTURA, pelo menos no seu texto “O cúmulo e a conglobação...”, cit., pág. 201 e ss.. Ainda que a sua análise a propósito do princípio do tratamento mais favorável e das teoria do cúmulo e da conglobação tenha aí um alcance mais geral, a verdade é que alguns dos exemplos apresentados pelo Autor em relação aos quais se discute da bondade das referidas teorias partem justamente do cenário por nós traçado. Haja em vista a hipótese de num contrato de trabalho ter sido acordada um período de férias maior do que o período de férias legal e uma indemnização em caso de despedimento sem justa causa de montante inferior ao montante legal.

do que a lei prevê, a aplicação da teoria do cúmulo implicará, portanto, que em relação à matéria *x* prevaleça a disciplina legal e que a respeito da matéria *y* se estabeleça a prevalência do tratamento fixado negocialmente. Em termos de composição do conteúdo do contrato, este será composto, no que toca à matéria *x*, pelo regime legal – já que a cláusula inválida é substituída pelo regime legal – e, no que toca à matéria *y*, pelo regime contratual fixado, mantendo-se, por isso, intacta a vantagem acordada individualmente com o trabalhador.

Significa isto dizer, socorrendo-nos dos exemplos acima avançados, que, por exemplo, o trabalhador teria direito ao número de dias de férias mínimo previsto na lei (superior ao contratualmente fixado) e ao subsídio de férias acordado individualmente, largamente superior ao previsto na lei⁴⁶⁹. Ou que o trabalhador ficaria vinculado a um período de trabalho que não pode exceder a duração máxima prevista na lei, o que cumulária com o direito ao pagamento do salário acordado individualmente, muito superior ao praticado para aquela vinculação do ponto de vista temporal.

Ora, este acumular de vantagens que resultaria da aplicação da teoria do cúmulo terá sido visto como resultado excessivo, como uma solução que menosprezaria em termos manifestos o equilíbrio contratual⁴⁷⁰. É no seguimento desta ideia que a aplicação da teoria da conglobação se perfila como uma alternativa e como *uma solução correctora dos desequilíbrios resultantes de uma aplicação ilimitada da teoria do cúmulo*. Isto porque, à luz desta outra teoria, o juízo de maior favorabilidade não resultará do confronto de cada cláusula negocial com a correspondente disposição legal ou convencional, mas de *um confronto entre dois tratamentos complexivos, o legal (ou colectivamente fixado) e o contratual*. No fundo, colocam-se em cima da mesa duas combinações possíveis quanto à composição do conteúdo do contrato. Por

⁴⁶⁹ Ou para usar a terminologia de RAÚL VENTURA, “O cúmulo e a conglobação...”, *cit.*, pág. 202, a composição do conteúdo do contrato será formada por todas aquelas cláusulas contratuais que coincidem com as disposições legais, mais as cláusulas contratuais que contenham tratamento mais favorável ao trabalhador do que o estabelecido na lei, mais os efeitos meramente legais que sejam substitutivos das cláusulas contratuais das quais resultava para o trabalhador tratamento menos favorável do que o legal.

⁴⁷⁰ Atente-se nas palavras de BERNARDO LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho...*, *cit.*, pág. 637: “A teoria do cúmulo leva a consequências inadmissíveis por permitir uma acumulação de vantagens excessivas”.

um lado, a composição feita com base no regime legal, a qual compreende, em relação à matéria *x*, uma solução mais vantajosa do que aquela oferecida pela regulação contratual e, em relação à matéria *y*, uma disciplina menos vantajosa do que a prevista contratualmente. Por outro, a composição tendo por base o regime contratual, da qual resulta, em relação à matéria *x*, uma disciplina menos vantajosa do que a prevista na lei, e uma regulação mais vantajosa do que a da lei quanto ao aspecto *y*. Depois, tudo passará por determinar qual das duas combinações se afigura em termos globais mais favorável para o trabalhador.

Uma aplicação desta teoria significaria, se bem compreendemos, e tomando de novo o exemplo atrás exposto que, tendo sido previsto contratualmente um número de dias de férias menos favorável do que o previsto na lei e tendo sido estipulado um subsídio de férias de valor muito superior e portanto mais favorável ao trabalhador, a decisão sobre a composição do conteúdo do contrato passará por decidir o que se afigura, em termos globais, mais favorável para o trabalhador: (i) o cenário de um número de dias de férias inferior e um subsídio de férias majorado; ou em alternativa (ii) o cenário de um número de dias de férias superior e um subsídio de férias inferior.

Eis como uma aplicação da teoria da conglobação é perspectivada como uma resposta à situação por nós descrita⁴⁷¹. Fazendo apelo à referida teoria, o problema do cúmulo de vantagens excessivas seria precludido, dir-se-ia mesmo de raiz, obstando mesmo à necessidade de qualquer solução correctora *ex post*.

⁴⁷¹ Na experiência jurídica italiana, nas décadas de cinquenta e sessenta, este tipo de aplicação da teoria da conglobação conheceu sucesso na jurisprudência em dois tipos de situações. Por um lado, nas hipóteses em que as partes disciplinavam um instituto contratual de modo mais favorável do que o previsto na lei e outro instituto em termos menos favoráveis do que o admitido por lei. Nesse caso, a aplicação do princípio do tratamento mais favorável autorizaria derrogações *in pejus*, desde que o “tratamento contratual” dos dois institutos fosse, no seu complexo, mais favorável ao trabalhador do que o “legal”. Por outro lado, naquelas situações em que a respeito um único instituto, as partes optavam por assegurar um tratamento mais favorável do que previsto na lei em relação a um aspecto e em relação a outro, fixavam uma regulação *in pejus*, contrariando uma norma imperativa (*haja* em vista o exemplo que foi referido *supra* – nota 274 – contratos nos quais se previa o direito a uma retribuição majorada pela prestação de trabalho suplementar com um acréscimo de 20% – numa derrogação *in melius* à majoração mínima prevista na lei – e em que simultaneamente era acordado que a base de cálculo para tal majoração não era o salário efectivo, mas o salário mínimo, em contradição com o disposto no artigo 2108 do *Codice Civile*). Para uma apreciação crítica desta jurisprudência, ver AUGUSTO PAROLI, “Nullità di clausole e nullità di contratto”, *DL*, parte II, 1960, págs 181 e ss..

7.2.3. Apreciação crítica

As posições que divisam no recurso ao critério da conglobação uma solução para o problema por nós descrito apresentam o mérito de, pelo menos, terem sido capazes de perceberem o resultado porventura desproporcionado que pode advir da circunstância de uma cláusula inválida ser substituída pelo regime legal (ou colectivamente fixado) constante da norma imperativa violada e de juntamente com essa substituição manter intacto o conteúdo da(s) outra(s) cláusulas que tivessem sido acordadas como uma vantagem especial para o trabalhador. No fundo, coube-lhes o papel de assinalar o carácter perturbador que esse cúmulo de regalias pode acarretar no que diz respeito à “economia do contrato” de trabalho, ao “nexo de equivalência entre as prestações e as atribuições patrimoniais” do contrato de trabalho que, como qualquer contrato, pressupõe.

Contudo, as virtualidades desta teoria quedam-se por aqui. Prestando uma maior atenção à solução apresentada pela teoria da conglobação, não é difícil divisar o principal obstáculo que a mesma enfrenta. Senão, vejamos.

Para a teoria da conglobação a decisão acerca da determinação da composição do conteúdo do contrato tanto pode passar por fazer prevalecer as soluções que quanto aos aspectos *x* e *y* resultam do regime legal, como, em alternativa, fazer prevalecer as soluções que, quanto aos aspectos *x* e *y*, resultam do regime contratual. A tónica da decisão é apenas colocada naquilo que se afigure em termos globais mais favorável para o trabalhador. Ora, postas as coisas nestes termos, a teoria da conglobação parece não se dar conta que um dos termos da alternativa – *a opção pelo tratamento complexo contratual* – implica em bom rigor fazer prevalecer quanto a um dos aspectos da disciplina uma solução contrária a uma norma imperativa. Ao admitir como uma alternativa possível para a composição do conteúdo do contrato que este possa ser formado apenas com base nos efeitos estabelecidos por acordo das partes – se tal se afigurar globalmente mais favorável para o trabalhador –, estar-se-á a reconhecer que se pode, portanto, “saltar por cima” da questão imperatividade da norma legal correspondente⁴⁷².

⁴⁷² Critica também uma aplicação da teoria da conglobação pelo facto de através desta se admitir o afastamento de um regime imperativo a troco de compensação BERNARDO LOBO XAVIER *Curso de Direito do Trabalho...*, cit., pág. 638 e, mais recentemente, no *Manual de Direito...*, cit., pág. 976. Iguais reservas manifesta AUGUSTO PAROLI, “Nullità di clausole e nullità...”, cit., págs. 188 e 189,

Tomemos de novo em conta o exemplo atrás colhido. A decisão sobre a composição do conteúdo do contrato passaria por decidir o que se afigura, em termos globais, mais favorável para o trabalhador: ou por fazer prevalecer as soluções que, quanto aos dois aspectos, resultam do regime legal (leia-se o cenário de um número de dias de férias superior e um subsídio de férias inferior); ou por fazer prevalecer as soluções que quanto aos dois aspectos resultam do regime contratual (leia-se o cenário de um número de dias de férias inferior e um subsídio de férias superior). Ora, a verdade é que esta última alternativa se afigura inadmissível porquanto implicaria legitimar a possibilidade de prevalência de uma solução contrária a uma norma (semi)imperativa, portanto, inválida – *rectius*, a aplicação de um número de dias de férias inferior ao previsto imperativamente.

Em suma, centrando a questão num confronto entre regimes e no juízo da maior ou menor favorabilidade de cada um, os defensores da aplicação da teoria da conglobação ultrapassam, a nosso ver, indevidamente⁴⁷³, o problema prévio, da

por considerar que por essa via se estará a frustrar substancialmente o escopo que o legislador teve em disciplinar imperativamente determinados aspectos da relação laboral.

⁴⁷³ Repare-se que a crítica que fazemos no quadrante que especificamente nos ocupa é habitualmente utilizada, num contexto mais alargado, para apontar as debilidades da teoria da conglobação. Vejam-se as palavras de RAÚL VENTURA, “O cúmulo e a conglobação...”, *cit.*, pág. 203, “[Adoptando-se a teoria da conglobação] a imperatividade da norma flutua ao sabor do tratamento resultante de outras normas de grau inferior ou de disposições contratuais não directamente contrastantes com ela e até da imperatividade (também em si mesma flutuante) de outras normas, quer dizer, a imperatividade torna-se relativa não só em função de uma outra disposição de idêntica *fattispecie*, mas também em função de um jogo de normas ou de disposições muito diversas, ligadas entre si e com aquela apenas pela circunstância de terem pretensão de aplicabilidade ao mesmo facto jurídico”. E mais à frente acrescenta “a conglobação introduz uma completa anarquia na determinação do carácter imperativo ou dispositivo de cada norma de direito do trabalho, pois só perante cada regime resultante de uma fonte inferior poderá saber-se se há ou não imperatividade. Com efeito, cada norma será ou não imperativa conforme do tratamento global da fonte inferior resulte um regime mais ou menos favorável e só, portanto, depois de determinado o prejuízo global do trabalhador poderá dizer-se que as normas são imperativas”.

Importa, aliás, ter presente que, no sistema espanhol, o legislador laboral, ao consagrar um mecanismo de conglobação, procurou salvaguardar justamente a ideia de que a aplicação desse método não pode descurar a imperatividade das normas. Dispõe o artigo 3/3 do *Estatuto de los Trabajadores* que “Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo

inderrogabilidade das normas, não logrando, portanto, fornecer uma resposta adequada para o problema.

7.2.4. Sentido da resposta

Afastada, pelas razões vindas de expor, a aplicação da teoria da conglobação, dir-se-ia que a resposta possível à face do sistema vigente seria a de não reconhecer qualquer relevância à acumulação de vantagens excessivas. Vale por dizer: a cláusula inválida é substituída pelo regime legal (ou colectivamente fixado) constante da norma imperativa, mantendo-se intacto o conteúdo da(s) outra(s) cláusulas que tenham sido acordadas como uma vantagem especial para o trabalhador. Cumpre, aliás, dizer que a lei laboral não faz qualquer menção ao problema, o que de alguma maneira favorecerá uma leitura deste tipo. Acresce que sempre se poderá fazer valer o seguinte raciocínio: se o empregador, ao celebrar o contrato de trabalho, quis propor (ou impor...) ao trabalhador uma estipulação contrária a uma norma imperativa laboral, lesiva dos interesses daquele e, simultaneamente, quis atribuir ao trabalhador uma vantagem (admita-se: como recompensa ou contrapartida pela outra estipulação acordada), então terá de arcar com todas as consequências que advêm dessa actuação irregular, ou seja, a cláusula nula é substituída pelo regime legal ou colectivamente fixado e quanto ao resto...*sibi imputet*, quer dizer, as restantes condições contratuais mantêm-se talqualmente foram inicialmente estipuladas⁴⁷⁴.

Admite-se que uma resposta deste tipo possa revelar-se, porém, demasiado insensível a uma ideia de preservação mínima da economia do contrato, preocupação particularmente cara ao Direito dos Contratos, mas que mesmo o Direito do Trabalho, que tipicamente se autonomizou por fornecer soluções desequilibradas para um dos lados, não deixará de supor e incorporar. Quer dizer, admitimos que a resposta ao problema à luz do direito vigente possa ser outra, mais equilibrada e atenta à conformação dos interesses em presença, *pelo menos num certo círculo de hipóteses*.

más favorable para el trabajador en su conjunto y en cómputo anual respecto de los conceptos cuantificables” (itálico nosso).

⁴⁷⁴ Neste sentido, também, AUGUSTO PAROLI, “Nullità di clausole e nullità...”, *cit.*, pág. 189, que nem sequer considera que uma tal conclusão possa ser vista como inaceitável do ponto de vista material.

Pense-se no caso – aliás, será essa a situação-tipo mais frequentemente avançada – de as cláusulas que atribuem uma vantagem especial ao trabalhador terem sido estipuladas em função ou por causa dessa outra estipulação inválida, (constituírem, no fundo, o preço ou a recompensa pela outra estipulação, essa, sim, inválida) ou, de todo o modo, revelarem que estão directamente conexas ou dependentes dessa outra estipulação inválida. Julga-se que, pelo menos em cenários desse tipo, quando se apurar que uma certa vantagem ou regalia contratual se encontra indissolúvelmente ligada a outra estipulação, exprimindo, portanto, ambas um processo ou bloco unitário de composição de interesses⁴⁷⁵, a invalidade da segunda cláusula implica ou arrasta a invalidade da primeira (com a manutenção, claro está, do contrato de trabalho)⁴⁷⁶. Demonstrada a existência dessa conexão, poderá haver,

⁴⁷⁵ Os nexos susceptíveis de contribuir para a formulação desse juízo podem ser vários. Num contexto distinto, mas com sentido para o que aqui nos ocupa, FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos e...*, cit., págs. 139 e ss., refere-se aos nexos de sinalagmaticidade, de condicionamento, de equivalência, de causalidade, como nexos “intranegociais” capazes de exprimir uma unidade negocial. Demonstrada a existência dessa conexão, poderá haver, consoante o caso, a mera eliminação da cláusula que atribui a vantagem ao trabalhador ou a eliminação e necessária substituição da mesma pela norma que quadre à situação.

⁴⁷⁶ Não muito distante, pensa-se, é o resultado final a que chega BERNARDO LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho...*, cit. pág. 638. Muito embora o Autor comece por sustentar um tipo de solução que aparentemente apela a uma comparação da favorabilidade dos regimes – “Pensamos que o eventual cúmulo ou a eventual conglobação devem sofrer correcções que favoreçam soluções adequadas e proporcionais, comparando-se a favorabilidade dos regimes por conjuntos suficientemente homogêneos de normas” – na sua argumentação acaba por concluir que, quando as regalias ou vantagens estiverem indissociavelmente ligadas à estipulação inválida, o conteúdo das primeiras deve ser neutralizado: “Na verdade, não se pode esquecer que certas regalia ou vantagens estão directamente conexas ou dependentes de um normativo que, por força do sistema de hierarquia das normas ou por outra razão, deixa de valer (...). Nesses casos, quando as regalia estão indissolúvelmente ligadas a um normativo posto de lado, não há que somar regalias...” Na construção do Autor, trata-se de uma solução que resulta de uma aplicação razoável do artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho que nestas hipóteses implicará uma operação realizada a dois tempos: primeiro a substituição das cláusulas inválidas pela regulação das normas imperativas; depois, a neutralização daquilo que na economia do contrato tinha visado substituir tal regulação. Em sentido próximo também se pronunciou PIETRO MAGNO, *Estinguibilità del Rapporto di Lavoro...*, cit., pág. 101, dando o exemplo de um contrato de trabalho em que as partes, afastando o direito do trabalhador à indemnização em caso de despedimento, optaram por acordar o direito do trabalhador a uma retribuição particularmente elevada. Entendeu o Autor que esse será um caso em que a nulidade do pacto que exclui o direito à indemnização implica a

consoante o caso, a mera eliminação da cláusula que atribui a vantagem ao trabalhador ou a eliminação e necessária substituição da mesma pela norma que quadre à situação⁴⁷⁷.

Foi esta, aliás, uma possibilidade já sustentada por JOÃO LEAL AMADO⁴⁷⁸ a propósito dos pactos de opção inseridos em contratos de trabalho em benefício da entidade empregadora. De acordo com o Autor, tais pactos são nulos⁴⁷⁹ – por

substituição do mesmo pelo regime legal que prevê o direito à indemnização, mas também, ao mesmo tempo, a modificação da estipulação atinente à retribuição majorada.

⁴⁷⁷ Haverá de notar-se que no quadro de um sistema jurídico como o espanhol, uma possibilidade deste género parece resultar directamente do *Estatuto de los Trabajadores*, maxime do artigo 9/1-2: “Si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, la jurisdicción competente que a instancia de parte declare la nulidad hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones”. Mas, mesmo no contexto nacional não estamos perante uma solução totalmente inédita, pelo menos, para o corpo doutrinário. Já na sua proposta, em 1962, RAÚL VENTURA, “Nulidade parcial e nulidade total...”, *cit.*, pág. 273, sugeria que a norma que previsse a solução substitutiva fosse acompanhada por um número suplementar com a seguinte redacção: “As cláusulas que tenham sido insertas num contrato por voluntária ligação com a cláusula nula e não substituída por norma imperativa, caducam juntamente com a cláusula inválida; havendo substituição da cláusula nula inválida por uma norma imperativa, as cláusulas correlacionadas são reduzidas ou ampliadas quanto possível na mesma medida”.

⁴⁷⁸ “Contrato de trabalho desportivo e pacto de opção”, *Ab Uno Ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora* (Separata), Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 1180.

⁴⁷⁹ Trata-se, como é sabido, de uma questão que não reúne consenso doutrinal. Em termos contrários a esse entendimento pronunciou-se ALBINO MENDES BAPTISTA, “Especificidades do contrato de trabalho desportivo...”, *cit.*, pág. 41 e ss.. O Autor vai até mais longe no seu raciocínio, sustentando que, mesmo que se concluisse pela nulidade do pacto de opção estabelecido a favor do clube, não seria de aplicar aí uma solução de conservação forçada do contrato, mas dever-se-ia recorrer em toda a sua extensão ao disposto no artigo 292.º do Código Civil. Entende ALBINO MENDES BAPTISTA não subsistirem razões para a aplicação, sem reservas, no âmbito do contrato de trabalho desportivo de uma solução de conservação coactiva sem a passagem pelo crivo do apuramento da vontade conjectural ou hipotética das partes. Ora, confessamos as nossas dificuldades em aderir a este último posicionamento do Autor. Por certo, o artigo 3.º da Lei n.º 28/98, de 26 de Junho (o qual, como é sabido, estabelece o regime jurídico do contrato de trabalho do praticante desportivo) determina que *às relações emergentes do contrato de trabalho desportivo se aplicam, subsidiariamente, as regras aplicáveis ao contrato de trabalho*. Daí resulta que poderão aplicar-se, em caso de invalidade parcial do contrato de trabalho desportivo, tanto o artigo 121.º, n.º 1 do Código do Trabalho (que reproduz a regra comum) como a solução vertida no n.º 2, o qual determina a conservação coactiva do contrato. Em rigor, por aí não se

constituírem uma forma oculta de violação da lei, *maxime*, da regra do despedimento causal –, colocando-se a partir daí um problema de invalidade parcial do contrato de trabalho desportivo. Entendendo que a nulidade do pacto não determina a invalidade de todo o contrato de trabalho, o Autor admite, contudo, que quando se demonstre que alguma cláusula contratual foi estipulada em função ou por causa do pacto de opção (por exemplo: pagamento de uma determinada importância ao praticante, como recompensa pela opção concedida ao clube), a invalidade do pacto de opção deve implicar, como que “por arrastamento”, a invalidade dessa outra cláusula.

Já naquelas hipóteses em que essa relação de condicionamento entre as duas estipulações não se consiga demonstrar – por exemplo, a vantagem acordada repercurte-se de forma disseminada no restante regulamento negocial – afigura-se-nos que, pelo menos, num plano *de iure constituto*, haverá maiores dificuldades em reconhecer uma possibilidade de eliminação do desequilíbrio. Por certo, não se ignora que mesmo neste grupo de hipóteses se pudesse justificar uma intervenção correctora, pelo que, nesse caso, aventaríamos como solução adequada a da atribuição ao empregador de um direito de modificação dos termos do contrato de trabalho, a avaliar e realizar pelo juiz. O reconhecimento desta *potestas* modificativa encontraria semelhanças com aquela que legitima intervenções judiciais correctoras por alteração superveniente das circunstâncias, *maxime*, ao abrigo do artigo 437.º do Código Civil. Aí admite-se que quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar – e que presidiram ao equilíbrio da regulamentação de interesses consubstanciada pelas partes – sofrerem uma alteração anormal, não coberta pelos riscos próprios do contrato, sendo gravemente contrário à boa fé manter o negócio, ou pelo menos, mantê-lo nos termos em que foi celebrado, seja reconhecido ao

vê, de facto, um obstáculo à aplicação do regime civilístico comum. A questão reside, contudo, na *ratio* das normas imperativas violadas. Se a *ratio* da norma violada for a protecção dos interesses do trabalhador, com tutela constitucional, enquanto parte mais vulnerável da relação – o que ALBINO MENDES BAPTISTA, não acolhendo, parece supor quando equaciona um cenário de nulidade do pacto – não se vê como não deva funcionar aí uma solução de conservação forçada do contrato de trabalho sem o referido pacto de opção. O que fundamenta soluções conservadoras de desvio ao regime comum da redução reside no carácter de protecção das normas imperativas violadas – *maxime* na *ratio* de protecção que aquelas incorporam em relação ao contraente débil da relação –, pelo que não se descortinam razões para excluir naquele caso uma solução de redução obrigatória. Este último entendimento é também acompanhado por JOÃO LEAL AMADO, “Ainda sobre as cláusulas de opção...”, *cit.*, pág. 185.

contraente lesado o direito de resolver ou modificar o contrato segundo os juízos de equidade⁴⁸⁰. Sendo evidentes as diferenças entre a hipótese aí contemplada e a que nos ocupa – *desde logo, tipicamente*⁴⁸¹ *não são circunstâncias exteriores que se alteram ou que evoluem em termos diferentes do previsto* nem de todo estão em causa *circunstâncias não cobertas pelos riscos próprios do contrato*, mas é o *próprio teor contratual que sofre uma alteração devido às consequências produzidas por uma invalidade negocial, sendo essa alteração do próprio teor contratual que provoca efeitos distorcivos em relação à originária conformação de interesses das partes* – não deixa de ser pertinente atentar que em ambos os casos se assiste a uma frustração do equilíbrio contratual visado.

De todo o modo, e pondo de lado este último caminho passível de ser sustentada *de iure condendo*, julga-se que a resposta identificada à luz do sistema vigente permite fazer face às situações-tipo mais frequentemente avançadas e que reclamam, pela preocupação de justiça que exprimem ou, se quisermos, pelo desequilíbrio que ostentam, uma correcção mais premente.

8. Indicação da sequência

A solução conservadora-substitutiva da parte geral da lei laboral não esgota, conforme já se sugeriu, o estudo das hipóteses de não aplicação do regime comum da redução ao contrato de trabalho. Uma análise desse tipo quedar-se-ia a meio caminho, não oferecendo ainda uma caracterização positiva do tipo de soluções que se impõem tipicamente em Direito do Trabalho perante uma contrariedade parcial do contrato de trabalho com normas imperativas. Se efectivamente conservação-correcção obrigatória do regulamento negocial são os traços mais marcantes, as notas mais

⁴⁸⁰ Sobre as directrizes gerais que correspondem ao sentido e alcance da hipótese do artigo 437.º do Código Civil, vejam-se, entre outros, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pág. 605 e ss.; e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da alteração das circunstâncias”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989, págs. 365 e ss..

⁴⁸¹ A menos que se admita a hipótese de o desequilíbrio resultar de uma alteração legislativa entretanto verificada que, atendendo ao princípio da aplicação imediata da Lei Nova em Direito do Trabalho, imponha uma alteração do regulamento contratual, causadora de efeitos distorcivos, de uma “turbação da equivalência”, ao ponto de se revelar gravemente contrário à boa fé manter o restante contrato nos termos em que foi formulado.

salientes do modelo juslaboral, porém, não se poderá dizer que tal resultado seja obtido sempre através do mesmo tipo de técnica, *rectius*, através da tradicional imposição da conservação do contrato e substituição da estipulação contratual pela norma imperativa violada. Justifica-se, pois, uma análise de outras técnicas conservadoras-substitutivas alternativas à aplicação do regime comum da redução. Começaremos, assim, pela imposição da conservação do contrato de trabalho e substituição da modalidade contratual pactada pela modalidade contratual imposta; trataremos de seguida, munidos de alguns exemplos, de hipóteses de conservação do contrato de trabalho e substituição da estipulação por um conteúdo, mediante a criação de uma solução *ad hoc*. A terminar, atentar-se-á naquela que se traduz na atribuição a uma das partes da faculdade de decidir da conservação do contrato e substituição da estipulação mediante recurso a uma norma à partida qualificada como dispositiva.

Capítulo II – Imposição da conservação do contrato de trabalho e substituição da modalidade contratual

1. Considerações introdutórias

Cabe um olhar sobre um segundo processo de intervenção do sistema que se traduz em determinar a manutenção do contrato de trabalho ferido de nulidade e impor concomitantemente uma substituição da modalidade de contrato de trabalho.

Repare-se que cotejando a técnica em análise com aquela descrita anteriormente, é possível assinalar semelhanças e aspectos distintivos entre elas. Na verdade, em ambos os casos, a imposição da manutenção do contrato de trabalho é acompanhada por uma substituição do conteúdo contratual. No entanto, nas hipóteses de substituição da cláusula nula pela norma imperativa violada, a modificação da cláusula contratual salda-se numa alteração de um aspecto da regulamentação do contrato de trabalho, enquanto que na situação em questão, a alteração produzida exprime uma mudança qualitativamente diferente, uma modificação da modalidade contratual⁴⁸², implicando, portanto, uma alteração de regime de maior alcance⁴⁸³.

⁴⁸² O mecanismo jurídico que se verifica pode ser descrito como uma mera operação de desconsideração da cláusula/do elemento flexibilizador ou como uma operação de eliminação desse elemento e substituição pelo elemento *standard* – sobre este ponto, CARLO CESTER, “La norma inderogabile: ...”, *cit.*, pág. 26.

⁴⁸³ GIORGIO FONTANA, “La conversione legale nei rapporti...”, *cit.* pág. 361, entende que as hipóteses em apreço se distinguem daquela outra prevista no artigo 1339 do *Codice Civile* justamente pela intensidade da transformação produzida num caso e noutro: “La nullità parziale, pur combinata sistematicamente alla regola della sostituzione ex art. 1339 e, se si vuole, della integrazione dell contratto ex art. 1374 c.c. riflette dunque una fattispecie “minore”, analoga ma qualitativamente e quantitativamente ridotta, rispetto alla conversione del rapporto operante in ragione della nullità del contratto nell’ambito del rapporto di lavoro”.

Num contexto problemático próximo, veja-se GIOVANNI D’AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Giuffrè, Milão, 1993, pág. 187. O Autor propende a considerar que naqueles casos em que o tratamento do negócio em fraude à lei determina a aplicação da disciplina iludida – *maxime* quando a autonomia negocial faz uso de um determinado tipo contratual com o objectivo de iludir e evitar a aplicação da disciplina de um outro tipo – o mecanismo em causa constitui algo de diferente daquilo que resulta da aplicação do artigo 1419/2 e 1339 do *Codice Civile*. Afirma: “Nel caso della frode alla legge, infatti, non ci si trova di fronte alla necessità di “sostituire” *singole*

Trata-se de um tipo de intervenção generalizado a propósito da violação das normas imperativas que regulam as condições de acesso às chamadas “relações atípicas de emprego”⁴⁸⁴, ou para usar uma designação mais actual e em conformidade com o direito positivo vigente, às “modalidades de contrato de trabalho”⁴⁸⁵.

De facto, as exigências de maior flexibilidade com que as economias que adoptam o modelo social europeu têm vindo a ser confrontadas, sobretudo a partir das décadas de setenta e oitenta do século passado – exigências essas comumente fundamentadas, antes de mais, na mutação substancial da realidade empresarial, nas transformações tecnológicas, mas também em preocupações relacionadas com o nível de emprego – levaram a que, desde então, os sistemas jurídicos laborais fossem também eles confrontados com a necessidade de dar a sua chancela a certas

clausole nulle (e sia pur soggettivamente rilevanti, cioè “essenziali” nella valutazione dei contraenti”) ma si trata (*eventualmente*) di sostituire *per intero* al regolamento contrattuale voluto dalle parti quello diverso connesso al tipo negoziale che esse avevano consapevolmente mirato ad evitare.” (itálicos do Autor).

⁴⁸⁴ Tradicionalmente estes vínculos contratuais são apelidados de “contratos atípicos” ou “relações de emprego atípicas”. A característica da atipicidade imputada a esquemas contratuais como o contrato a termo, o trabalho temporário, o trabalho a tempo parcial, o *job sharing*, o trabalho sob chamada ou o teletrabalho é usada num sentido não técnico, como bem tem alertado a maioria da doutrina nacional e estrangeira. As relações de trabalho são denominadas atípicas não propriamente por não encontrarem uma tipicidade formalizada na lei (antes pelo contrário), mas por se destacarem do tipo social normativo ou do tipo que sociológica e normativamente inspirou o legislador na disciplina da relação de trabalho.

Como quer que seja, trata-se de uma expressão que vem acusando algum desgaste. Se bem que ainda se sinta a preponderância paradigmática do contrato de trabalho *standard*, a verdade é que o legislador laboral reconhece hoje uma normalidade legislativa a essas outras variantes, desde logo, e pelo menos, do ponto de vista da arrumação sistemática. De facto, o Código do Trabalho de 2009 acolhe numa secção própria a disciplina de algumas destas figuras o que traduz, nas palavras de REGINA REDINHA, “uma legitimação acrescida e a admissão da importância social e económica de figuras alternativas ao contrato de trabalho [“*standard*”]” – “Código novo ou código revisto? – a propósito das modalidades do contrato de trabalho”, *Código do Trabalho – A Revisão de 2009*, coordenação de Paulo Morgado de Carvalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 245, “De um sistema ancorado exclusivamente na relação de trabalho “típica”, passamos para um sistema plural, no qual as relações emergentes das modalidades alternativas de contrato de trabalho não são subalternizadas ou remetidas para o papel subsidiário anterior”.

⁴⁸⁵ A secção IX do Código do Trabalho tem como epígrafe “Modalidades de contrato de trabalho”.

modalidades flexíveis da relação de trabalho. O contrato de trabalho a termo resolutivo ou a prazo, o contrato de trabalho a tempo parcial, o contrato de trabalho intermitente, o contrato em regime de comissão de serviço ou o contrato para prestação subordinada de teletrabalho constituem hoje algumas das modalidades contratuais *grosso modo* alternativas ao contrato de trabalho *standard* ou *típico*, por tempo indeterminado, a tempo completo e contínuo, em que o exercício continuado de funções equivale à aquisição de um estatuto profissional, e caracterizado por uma relação presencial entre trabalhador e a sua chefia⁴⁸⁶.

⁴⁸⁶ É comum afirmar-se que estes esquemas negociais introduzem uma variação num ou mais elementos caracterizadores da relação laboral dita típica (do “tipo forte” como já foi por alguns apelidado), a relação de trabalho considerada social e normativamente prevalecente. No caso do trabalho a termo, a determinação da duração do vínculo; em relação ao trabalho temporário, a triangularidade subjectiva, a repartição dos poderes próprios do empregador, uma vez que o trabalhador assume perante a sua entidade patronal a obrigação de ficar sujeito à direcção de um terceiro com o qual não mantém qualquer relação contratual; no caso do trabalho a tempo parcial, um redimensionamento da prestação laboral, etc.. Nestes termos, BRUNO VENEZIANI, “La flessibilità del lavoro ed i suoi antidoti. Una analisi comparata”, *GDLRI*, ano XV, n.º 58, 2, 1993, págs. 241 e ss..

A verdade é que, pese embora esta forma puramente descritiva de definir as modalidades contratuais, é difícil apontar um denominador comum às várias modalidades, designadamente, que sirva de critério explicativo para a inclusão na sistematização legal (as mesmas perplexidades são apontadas por BERNARDO LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, *cit.*, pág.389).

Se o critério for o da *flexibilidade introduzida pelas modalidades*, é possível notar que essa flexibilidade pode definir-se de diferentes formas. Por vezes, tal encontra-se relacionado com os traços regimentais específicos que através desses vínculos são introduzidos (isto é, maior maleabilidade em relação aos constrangimentos jurídicos que regem o contrato de trabalho) – ora em matéria de cessação do contrato, ora em matéria de tutela da categoria e retribuição, ora em matéria de controlo dos períodos de auto e heterodisponibilidade do trabalhador. É o que sucede se tivermos em consideração figuras como contrato a termo, o contrato em comissão de serviço ou o trabalho intermitente. Já noutras hipóteses estão em causa vínculos que assinalam diferenças no modo como a prestação é executada – ora por se tratar de uma prestação de duração redimensionada, ora executada sem uma relação presencial entre o trabalhador e a sua chefia. Pense-se no caso do trabalho a tempo parcial e no trabalho subordinado à distância. Esta diferença, julga-se, não é irrelevante quando se analisa o regime jurídico de cada tipo de vínculo. No primeiro círculo de hipóteses, o ordenamento jurídico intervém, limitando *ab initio* o acesso a este tipo de vínculos, leia-se, fixando requisitos substanciais de validade. No segundo grupo, a juridificação passa sobretudo por criar mecanismos que assegurem a voluntariedade na constituição dos vínculos e tutelem os eventuais efeitos abusivos no que respeita à vida pessoal e familiar do trabalhador.

A lei sujeita, porém, a válida celebração de alguns destes vínculos à observância de determinados requisitos materiais e/ou formais⁴⁸⁷. Em caso de violação das normas imperativas que fixam os referidos limites, a consequência dessa situação é a nulidade, determinando a lei, amiúde, a imposição da conservação do contrato de trabalho, e a substituição da modalidade flexível pela modalidade *standard*. Em matéria de violação de normas imperativas que fixam requisitos materiais, destaca-se a solução consagrada para a hipótese de celebração do contrato de trabalho a termo resolutivo fora do circunstancialismo material admitido. No que respeita à inobservância do requisito formal, são várias as hipóteses a que a lei liga como consequência jurídica a manutenção coactiva do contrato e a sua recondução à modalidade contratual *standard*⁴⁸⁸. Nesta secção, iremos passar em revista algumas

Do mesmo modo, *do ponto de vista dos interesses* que são satisfeitos através do recurso a estas figuras não existe homogeneidade. O contrato a termo e o contrato intermitente apresentam-se como esquemas particularmente aptos a satisfazer interesses empresariais. No caso do contrato a tempo parcial e do contrato de trabalho em teletrabalho já estaremos perante modalidades propensas *também* à satisfação de necessidades de trabalhadores. E o mesmo se diga a respeito da comissão de serviço que geralmente representa um progresso profissional (ainda que temporário), normalmente acompanhado de uma retribuição aliciente, para o trabalhador. Idêntica heterogeneidade é realçada por MARIO NAPOLI em “Articolazione ed espansione del Diritto del Lavoro – 1. Contratto e rapporti di lavoro, oggi”, *Questione di Diritto del Lavoro (1992-1996)*, Giappichelli, Turim, 1996, págs. 3 e ss., quando o Autor observa que a existência de elementos de flexibilização da relação tanto pode servir para responder a exigências do empregador como do trabalhador.

⁴⁸⁷ É que, como lucidamente afirma GIAMPIERO PROIA, *Rapporti di Lavoro e Tipo (Considerazioni Critiche)*, Giuffrè, Milão, 1997, pág. 7, “La risposta dell’ordinamento alle richieste, implicite o esplicite, proveniente della società nella direzione dell’apprestamento di (nuovi) modelli giuridici per i (nuovi) tipi di operazioni spontaneamente sviluppatisi no è sempre, e non necessariamente, una risposta di necessaria recezione o meramente “ordinatrice del reale””, o que leva a que, muito particularmente numa área como a do Direito do Trabalho, a actividade do legislador seja dirigida a: (i) pôr limites e/ou condições ao exercício da autonomia privada à instauração de esquemas contratuais que apresentam desvios de função ou de disciplina em relação ao modelo comum; (ii) criar novos modelos que não resultam propriamente esquemas de operações preexistentes na sociedade, mas que têm em vista promover determinados comportamentos.

⁴⁸⁸ Note-se que, com a autonomização desta secção na presente investigação, não queremos sugerir que, quando estão em causa modalidades contratuais flexíveis, todas as hipóteses de violação de normas imperativas se reconduzem a uma solução de conservação coactiva do contrato e substituição da modalidade contratual. Hipóteses há em que, também nesse contexto, haverá lugar à aplicação da solução geral de substituição da cláusula pela norma imperativa violada (artigo 121.º, n.º 2 do Código

dessas hipóteses expressamente previstas⁴⁸⁹, assim como outras duas situações em relação às quais a lei não oferece resposta, podendo levantar-se dúvidas pertinentes.

2. A celebração do contrato a termo fora das situações legitimadoras e a consideração do contrato de trabalho como contrato sem termo

I – Em primeiro lugar, cabe uma referência à solução conservadora em caso de violação da norma imperativa que fixa os limites materiais para a válida celebração do contrato a termo resolutivo. Na verdade, a lei laboral admite a figura do contrato de trabalho a termo resolutivo (certo e incerto), mas, desde logo, estabelece requisitos de ordem material para a sua válida celebração e que se prendem com o tipo e o elenco de situações legitimadoras da contratação a termo, actualmente enunciados no artigo 140.º do Código do Trabalho⁴⁹⁰. De acordo com a norma imperativa em questão, o contrato de trabalho a termo resolutivo só pode ser celebrado, no caso de termo

do Trabalho). Pense-se, por exemplo, num contrato de trabalho a termo em que tenha sido estipulado um número de dias de férias inferior ao mínimo imposto por lei.

⁴⁸⁹Optámos por não tratar neste ponto de eventuais patologias que se podem colocar no contexto da figura do trabalho temporário, não por falta de interesse ou repercussão prática, mas por prudência, já que a complexidade dogmática desta figura – o desdobramento de vínculos que encerra, o contrato de trabalho temporário ou o contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária, por um lado, e o contrato de utilização, por outro – sempre a autonomizou das demais modalidades ditas “atípicas”. Note-se, aliás, que algumas das soluções expressamente previstas em caso de inobservância das condições materiais de validade (cf., por exemplo, artigo 180.º, n.º 3 do Código do Trabalho) têm como resultado não apenas a conservação necessária do vínculo laboral mas uma alteração do âmbito subjectivo daquele, passando a figurar como parte (*rectius*, como empregador) um sujeito que não assumia originariamente essa qualidade (a empresa utilizadora).

⁴⁹⁰Referimo-nos à celebração de contrato de trabalho a termo resolutivo “comum”, regulado nos artigos 139.º e ss. do Código do Trabalho. Soluções diferentes valem relativamente a determinados contratos de trabalho com regime especial, como é o caso do contrato de trabalho dos praticantes desportivos (que é sempre um contrato a prazo nos termos da Lei n.º 28/98, de 26 de Junho) e do contrato de trabalho dos profissionais de espectáculos (o qual pode ser celebrado, ao que tudo indica, com total fungibilidade, a prazo ou sem prazo, ao abrigo da Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro). De mencionar ainda o contrato de trabalho rural (regulado pela Portaria de Regulamentação do Trabalho publicada no Boletim do Trabalho e Emprego, 1.ª série, n.º 21, de 8 de Junho de 1979) que pode revestir as modalidades de contrato por tempo indeterminado ou de contrato a termo resolutivo sem que, neste último caso, a lei imponha o preenchimento de uma justificação material.

resolutivo incerto – para a satisfação de uma necessidade temporária da empresa; no caso de termo resolutivo certo: (i) para a satisfação de uma necessidade temporária da empresa; (ii) pelo facto de estar em causa o lançamento de nova actividade de duração incerta, bem como início de laboração de empresa ou de estabelecimento pertencente a empresa com menos de 750 trabalhadores; (iii) ou ainda tratando-se trabalhador à procura de primeiro emprego, em situação de desemprego de longa duração ou noutra prevista em legislação especial de política de emprego.

Pois bem. Em caso de violação da norma imperativa – isto é, caso as partes recorram à contratação a termo fora do círculo de hipóteses demarcado pela lei –, a consequência dessa situação é a nulidade, nos termos gerais (artigos 280.º e 294.º do Código Civil), determinando o artigo 147.º, n.º 1, alínea b) do Código do Trabalho que o contrato se considera celebrado sem termo, isto é, por tempo indeterminado⁴⁹¹. Analisemos com alguma atenção a solução mencionada, *tanto do ponto de vista funcional como estrutural*.

II – Em primeiro lugar, situamo-nos perante um tipo de solução através do qual o sistema jurídico intervém com o objectivo de assegurar primordialmente a tutela de interesses relevantes da esfera jurídica do trabalhador. Senão, vejamos.

A lei condiciona o acesso a esta modalidade contratual flexível ao preenchimento de determinadas condições materiais, impondo, por assim dizer, o preenchimento de um circunstancialismo normativo específico⁴⁹². A *ratio* das

⁴⁹¹ Trata-se de uma solução que remonta à vetusta LCCT. Dispunha então o artigo 41.º, n.º 2 daquele diploma que “A celebração de contratos a termo fora dos casos previstos no número anterior importa a nulidade da estipulação do termo” e que com ligeiras alterações de redacção permanece no actual diploma codicístico. Uma regulamentação de inspiração análoga é aquela que podemos encontrar no ordenamento jurídico espanhol, ao estabelecer o *Estatuto de los Trabajadores* o circunstancialismo material em que o *contrato de duración determinada* pode ser celebrado e determinar a consideração como *contrato por tiempo indefinido* do contrato celebrado em fraude à lei (artigo 15). Sobre as notas características do sistema italiano, e a evolução normativa recente, *vide infra*, parte II, A, capítulo 2, ponto 3.1.1.1.

⁴⁹² É claro que, não obstante o reconhecimento desse objectivo, o modo como o legislador condiciona o acesso às modalidades flexíveis é o produto das tensões que assolam o Direito do Trabalho moderno – dividido entre uma lógica social, clássica, e uma lógica económica – e da variação do peso de cada uma destas lógicas em cada momento histórico, podendo, por isso, como muito acertadamente observa GIAMPIERO PROIA, *Rapporti di Lavoro e Tipo...*, *cit.*, pág. 11, essa intervenção

restrições materiais à constituição do contrato a termo resolutivo reside na tutela de interesses relevantíssimos do trabalhador, muito em particular, o interesse na estabilidade da relação de trabalho. Este último constitui um aspecto decisivo para a realização pessoal e profissional do indivíduo, e para a afirmação da sua dignidade enquanto trabalhador, que o contrato de trabalho a termo, pela precariedade que gera do ponto de vista laboral e pessoal, compromete⁴⁹³. Na verdade, a celebração de um contrato de trabalho a termo resolutivo desencadeia a aplicação de um regime jurídico próprio cujo principal aspecto (não o único!) se encontra relacionado com o modo de cessação do vínculo: perspectivado como um vínculo de duração temporalmente limitada, o contrato caduca com a verificação do termo, desde que preenchidos certos

modificar-se através dos tempos. O caso do contrato de trabalho a termo ilustra particularmente bem essa *nuance*, se atentarmos designadamente na tipologia de situações materiais que legitimam a celebração deste vínculo contratual. De facto, a par das hipóteses em que a lei autoriza a celebração de contratos a termo em ordem à satisfação de necessidades transitórias das empresas (cf. o artigo 140.º, n.ºs 1, 2 e 3 do Código do Trabalho), a ordem jurídica portuguesa admite ainda que o acesso a esta modalidade contratual possa ter lugar como medida de dinamização do investimento empresarial e como medida de fomento do emprego (cf. artigo 140.º, n.º4 do Código do Trabalho).

⁴⁹³ Nestes termos, JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, vol. I, *cit.*, pág. 82, observa que “quanto mais precário for o estatuto do trabalhador, mais vulnerável é a sua situação e mais fragilizada se sente na defesa dos seus direitos”. Em sentido próximo, VALERIO SPEZIALE, “La nuova legge sul lavoro a termine”, *GDLRI*, ano XXVIII, n.º 91, 3, 2001, pág. 367, refere: “Il contratto a termine sottopone il dipendente ad una condizione stabile di precarietà, lo espone all’ansia di dover essere costantemente in attesa della proroga o del rinnovo del contratto, gli impedisce di programmare la propria vita dal punto di vista economico (per avere, ad esempio, un finanziamento), o personale (in relazione alla costituzione di un nucleo familiare). Senza contar la difficoltà di esercitare diritti fondamentali (di manifestazione del proprio pensiero, di partecipazione alla vita sindacale) quando si ha il timore che lo svolgimento di questi diritti (nella maggior parte dei casi “subiti” e non voluti dal datore di lavoro) potrebbe esporlo a ritorsioni sul piano occupazionale (consistenti nel mancato rinnovo del contratto)”. Veja-se, ainda a esse propósito, a ligação que se estabelece, na jurisprudência constitucional nacional, entre a conformação restritiva do contrato a termo e o direito fundamental dos trabalhadores à segurança no emprego: “A concretização da garantia de segurança no emprego por uma regra de direito objectivo importará, naturalmente, a necessidade de compressão, em certa medida, do campo da autonomia privada no domínio das relações laborais, uma vez que a livre actuação dessa autonomia poria em causa tal segurança. A segurança no emprego implica, pois, a construção legislativa de um conjunto de meios orientados à sua realização. Desde logo, estão entre esses meios a *excepcionalidade dos regimes da suspensão e da caducidade do contrato de trabalho e da sua celebração a termo.*” (itálico nosso) – assim, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 683/99, de 21 de Dezembro de 1999, disponível em www.tribunalconstitucional.pt

requisitos previstos na lei ⁴⁹⁴. Ora, trata-se de um aspecto regimental que inequivocamente constitui um factor de precariedade da relação de trabalho, contrário ao valor da estabilidade no emprego, entre nós, constitucionalmente consagrado no artigo 53.º – e que o trabalhador, atenta a debilidade negocial em que tipicamente se encontra, na ausência de limites heteronomamente estabelecidos, leia-se, num cenário de absoluta liberdade contratual das partes, tenderia a aceitar de forma potencialmente lesiva ⁴⁹⁵.

A forma de obviar a esse desvalor, condicionando a actividade negocial das partes, foi justamente a de sujeitar o acesso a esta modalidade contratual flexível ao preenchimento de determinadas condições materiais, impondo, por assim dizer, o preenchimento de um circunstancialismo normativo específico. Quando, em caso de violação dos mencionados limites, o sistema jurídico determina a conservação do contrato como contrato de trabalho por tempo indeterminado pretende, pois, assegurar de forma particularmente intensa interesses relevantes do trabalhador, parte débil da relação ⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ Cf. os artigos 344.º e 345.º do Código do Trabalho. Outras são as projecções regimentais – período experimental (artigo 112.º), efeitos de despedimento ilícito (artigo 393.º), formação profissional (artigo 131.º), etc..

⁴⁹⁵ Note-se, aliás, que a ideia de que é a tutela do trabalhador que se visa através da imposição de limites à celebração e manutenção de contratos de trabalho a termo tem uma confirmação no próprio horizonte do Direito da União Europeia. A Directiva 1999/79/CE, do Conselho, de 28 de Junho de 1999, respeitante ao acordo quadro relativo a contratos de trabalho a termo, tem como um dos seus principais objectivos a construção de um quadro de prevenção de abusos decorrentes da utilização de sucessivos contratos a termo, impondo aos Estados-Membros a adopção de medidas aptas a refrear o referido efeito. Ora, a verdade é que tanto do preâmbulo do acordo-quadro como a análise interpretativa do mesmo, levada a cabo pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e disponível em www.curia.europa.eu (neste sentido, o Acórdão *Mangold*, 22 de Novembro de 2005, processo C-144/04, no qual o benefício da estabilidade de emprego é concebido como um elemento da maior importância na protecção dos trabalhadores; o Acórdão *Adelener*, de 4 de Julho de 2006, processo C-212/04; ou ainda o Acórdão *Impact*, de 15 de Abril de 2008, processo C-268/06) evidenciam que o quadro jurídico mais restritivo de admissibilidade da contratação a termo tem em vista assegurar a protecção de interesses do trabalhador.

⁴⁹⁶ Isto independentemente da questão que se possa colocar *no plano jurídico-constitucional*, mais concretamente, a de saber se a previsão daquele efeito substitutivo conservativo se impõe ao próprio legislador ordinário por força do princípio da segurança no emprego. Nesse contexto, pergunta-se se o direito à segurança no emprego, consagrado no artigo 53º da Constituição, não

imporá *necessariamente* a previsão de uma sanção como a da conservação do contrato como contrato por tempo indeterminado, quando o contrato de trabalho a termo tenha sido celebrado fora do circunstancialismo material previsto na lei. O mesmo é dizer, pergunta-se se a conservação do contrato como contrato por tempo indeterminado fará parte do âmbito de protecção o direito fundamental à segurança no emprego.

Quanto a este aspecto, o Tribunal Constitucional já teve a oportunidade de se pronunciar, muito embora a propósito de uma situação muito específica, relacionada com o emprego no sector público. A questão colocou-se durante o período de vigência dos Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro. Um dos conteúdos que o regime do emprego público de então não regulava especificamente tinha a ver com a disciplina a aplicar quando os contratos a termo ultrapassassem o limite máximo de duração total fixado, ou quando não constasse do seu texto a respectiva fundamentação, ou ainda quando tivessem sido celebrados fora das situações previstas na lei. Perante esta omissão e uma vez que os 9.º, n.º 2, e 14.º, n.º 3 daqueles diplomas, respectivamente, mandavam aplicar o Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro (que aprovara o então regime jurídico da cessação do contrato individual de trabalho e da celebração e caducidade do contrato de trabalho a termo) em relação aos aspectos que não previssem especificamente, discutiu-se a possibilidade de aplicar ao emprego público a solução prevista para o sector privado, isto é, a consideração do contrato como contrato de trabalho sem termo. O Tribunal foi então chamado a pronunciar-se sobre a conformidade à Constituição da norma contida no artigo 14.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, na interpretação segundo a qual os contratos de trabalho a termo celebrados pelo Estado se convertiam em contratos sem termo, *uma vez ultrapassado o limite máximo de duração total fixado na lei geral sobre os contratos de trabalho a termo* – vide os Acórdãos n.º 683/99, de 21 de Dezembro de 1999, n.º 73/00, de 9 de Fevereiro de 2000, n.º 84/00, de 9 de Fevereiro de 2000, n.º 190/00, de 28 de Março de 2000, n.º 191/00, de 28 de Março de 2000, e n.º 368/00, de 11 de Julho de 2000, este último, com força obrigatória geral (todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt). Uma das questões suscitadas nesse contexto foi justamente a de averiguar se existiria uma imposição constitucional no sentido da conversão dos contratos a termo celebrados pelo Estado, uma vez ultrapassado o limite máximo de duração total, por força do princípio da segurança do emprego consagrado no artigo 53.º da Constituição.

Convém recordar que, embora na mira de apreciação do Tribunal estivesse a celebração de contratos a termo no sector público, a verdade é que, pelo menos neste ponto, a análise do Tribunal não parece ter sido limitada por aquele circunstancialismo, tendo a questão sido abordada indistintamente para o sector do emprego público ou do emprego privado. A pronúncia do Constitucional foi no sentido de que a conservação do vínculo como vínculo laboral sem termo não configurava um elemento necessário à garantia da segurança no emprego – e isto quer a questão se colocasse no sector privado quer no sector público. Se bem percebemos, subjaz a esta asserção o entendimento segundo o qual a solução conversão não faz parte do âmbito de protecção da norma constitucional em apreço. Quando muito, daquele princípio decorreria a necessidade de existência de uma sanção (até como manifestação de um direito a uma tutela jurisdicional efectiva), havendo, no entanto, uma ampla margem de

conformação do legislador ordinário que poderia, por exemplo, limitar-se a prever um regime indemnizatório. Aliás, posteriormente, o Tribunal, no Acórdão n.º 434/2000, de 11 de Outubro, parece chegar às mesmas conclusões quando confrontado com a questão de saber se existiria uma imposição constitucional de conversão em caso de contrato a termo celebrado fora das hipóteses materiais admitidas por lei.

Sem pretendermos expor uma posição definitiva sobre o assunto, a qual exigiria sempre uma ponderação mais amadurecida e que de qualquer modo se acha fora dos propósitos deste trabalho, não queremos, todavia, deixar de frisar duas notas.

Temos sérias reservas em acompanhar o posicionamento do Tribunal, pelo menos pela visão altamente redutora do âmbito de protecção de uma norma fundamental como a da segurança no emprego. Corresponde, no nosso entender, a uma análise marcadamente formal dizer-se que cabe no âmbito de protecção da norma em questão limitar, através de condições substanciais e formais, o acesso à contratação a termo, mas já não o aparelho sancionatório, como se este último aspecto não fosse um ponto de vista relevante na efectividade da referida garantia constitucional. É certo que talvez não se possa ir ao ponto de estabelecer uma relação simbiótica entre o direito à reintegração em caso de despedimento ilícito e a solução de conversão do contrato em contrato sem termo no caso de contratação a termo fora do quadro legal, mas parece-nos que a função promocional de efectividade da normatividade não pode ser um ponto de vista alheio à questão (veja-se o que, em anotação ao artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa, JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, *cit.*, pág. 708, referem, a propósito da substituição da reintegração por um expediente meramente indemnizatório: “Já é, porém, constitucionalmente discutível a substituição da reintegração por indemnização do trabalhador ilicitamente despedido e contra a sua vontade (...) pois isso significaria premiar o infractor”). Propendemos, pois, a considerar que se trata de uma garantia implicada pelo artigo 53.º da Constituição, pelo que, por exemplo, uma solução de proibição de conversão corresponderá a uma afectação daquele direito.

Por outro lado, importa não perder de vista um outro aspecto. A questão que se discute é a de saber se a solução de conservação do contrato como contrato por tempo indeterminado cabe no âmbito de protecção do direito fundamental da segurança no emprego. Mesmo que a resposta a esta questão seja, em princípio, afirmativa, como nos parece, tal não impede que a necessidade de assegurar a tutela de outros valores com dignidade constitucional possa, em certos casos (referimo-nos especialmente ao problema da solução de conversão de contratos a termo em contratos sem termo no sector público e sua compatibilização com artigo 47.º, n.º 2 da Constituição), levar à compressão da garantia da estabilidade. Nesse caso, encontrar-nos-emos perante uma confrontação entre princípios ou direitos constitucionais, o que exige (concluindo-se pela real impossibilidade de afirmação simultânea e plena dos dois direitos) um esforço de concordância prática cujo exercício, na medida em que se salde na restrição de um dos direitos, terá de obedecer sempre aos ditames do princípio da proporcionalidade. Para outros pontos de vista igualmente críticos em relação a esta visão do Tribunal Constitucional, ver FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, “Sobre a proibição da conversão dos contratos de trabalho a termo

III – Num outro plano, pode discutir-se qual o tipo de modificação que exprime esta operação ortopédica. Não existe uniformidade no discurso doutrinal a este respeito, em grande parte, diga-se, fruto da diversidade de posicionamentos que a própria temática classificatória das relações de trabalho subordinado ditas “atípicas” suscita, e onde fundamentalmente ora se faz uso de uma análise tipológica, ora se lança mão da distinção relação comum-relações especiais.

Assim por exemplo, há posicionamentos que evidenciam uma alteração de índole tipológica. A celebração de um contrato a termo sem a verificação das razões materiais que legitimam a sua celebração constituiria um defeito de um pressuposto essencial para a escolha de um tipo. O juiz (ou a lei) ao reconduzir a relação constituída a uma relação *standard* estaria a proceder a uma alteração da categoria tipológica^{497 498}.

Num outro quadrante, situam-se os contributos de autores como ANTONIO VALLEBONA⁴⁹⁹, que vêem na mudança uma alteração do “subtipo flexível” para o “subtipo normativo ou socialmente prevalecente”. Na concepção do Autor, contratos

certo no emprego público: comentário à jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *QL*, ano IX, n.º 19, 2002, págs. 87 e ss.; MARIA JOÃO MACHADO, “A contratação a termo na Administração Pública”, *XI-XII Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, coordenação de António Moreira, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 217); e, em particular, a declaração de voto de vencido como a do Conselheiro Luís Nunes de Almeida ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 683/99, de 21 de Dezembro de 1999, acima referido.

⁴⁹⁷ É este o enquadramento dado por SILVIA CIUCCIOVINO, “Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d.lgs. n. 368/2001”, *GDLRI*, ano XXXIX, n.º 115, 3, 2007, pág. 479, a propósito da celebração do contrato a termo fora do circunstancialismo material admissível.

⁴⁹⁸ Entre nós, a recondução do termo a um elemento essencial do tipo, embora sem extrair daí consequências ao nível da questão concretamente por nós analisada, é sustentada por MARIA REGINA REDINHA, “Código novo ou código revisto? – a propósito das modalidades do contrato de trabalho”, *cit.*, pág. 245, sobretudo após a reforma laboral de 2009. Observa a Autora: “Se bem que ainda se sinta a preponderância paradigmática do contrato de trabalho de duração indeterminada, afeiçoada ao modelo da relação salarial dita fordista, o seu peso diminuiu e a sua centralidade esbateu-se perante o reforço de um novo núcleo gravitacional, constituído pelo contrato a termo, o qual no novo desenho legal, nomeadamente através da criação de um subtipo, o contrato de trabalho de muito curta duração – artigo 142.º –, adquire um papel modelar relativamente a diversas outras figuras. *Esta evolução é também do ponto de vista teórico muito curiosa, na medida em que assistimos à transformação de uma cláusula accidental do negócio – o termo – num verdadeiro elemento essencial do tipo, que por si só desencadeia a aplicação de um regime jurídico próprio*” (itálico nosso).

⁴⁹⁹ “La nullità dei contratti di lavoro...”, *cit.*, pág. 535 e ss..

de trabalho flexíveis como o contrato de trabalho a termo (assim como outros, *v.g.* o contrato de trabalho a tempo parcial, o contrato de trabalho intermitente) constituem subtipos de trabalho subordinado, na medida em que, nas respectivas *fattispecies* constitutivas, o legislador introduz um ou mais elementos adicionais não essenciais em relação ao tipo – mas essenciais em relação ao subtipo – e dos quais resulta um desvio funcional, uma modificação da causa ou da função económico-social do contrato⁵⁰⁰. Partindo desta ideia, VALLEBONA entende que, *prima facie*, a violação das disposições imperativas que regulam as condições de acesso a um subtipo flexível não deveria colocar-se sequer como um cenário de invalidez parcial do contrato, mas antes de invalidez total do mesmo (visto que a invalidez diria respeito a um elemento essencial do subtipo cuja falta implicaria, em princípio, liminarmente a destruição do negócio)⁵⁰¹. No entanto, admite que se possa raciocinar de outro modo, se o ponto de referência for o tipo contrato de trabalho, já que nesse caso o termo não constitui um elemento principal.

Entre nós, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO⁵⁰², reportando-se a situações tais como a do contrato de trabalho a termo celebrado fora do circunstancialismo legal, entende que se verifica nesse caso uma mudança de um contrato de trabalho especial para o contrato de trabalho comum. Na visão da Autora, o contrato de trabalho a termo configura um contrato de trabalho especial na medida em que é dotado de uma disciplina legal particular – designadamente, nos aspectos relacionados com a motivação, a duração e a forma de cessação. Nessa conformidade, sustenta que a operação substitutiva não corresponde a uma hipótese abrangida pelo artigo 121.º,

⁵⁰⁰ “La nullità dei contratti di lavoro...”, *cit.*, pág. 530. Para a construção do Autor mostraram-se decisivos os contributos de ANTONINO CATAUDELLA, “Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro”, *DL*, 1983, I, págs. 77 e ss..

⁵⁰¹ Se bem conseguimos compreender, o raciocínio inicial do Autor desdobrar-se-ia nas seguintes proposições: (i) a redução do negócio opera perante hipóteses de invalidez parcial, não podendo dizer respeito a cláusulas essenciais, isto é, cláusulas que caracterizam o esquema negocial querido pelas partes; (ii) quando assim for, leia-se quando o elemento viciado constituir um elemento principal tal equivale sempre a uma invalidez total, porquanto a parte remanescente do contrato sem o elemento viciado tornar-se-á, por definição, algo diverso – qualitativamente diferente – do esquema negocial querido; (iii) no caso do contrato de trabalho a termo, o termo constitui o elemento essencial do subtipo, logo, a violação dos pressupostos formais ou substanciais na constituição do vínculo laboral a termo determinaria a invalidez total do contrato, e não uma mera invalidez parcial.

⁵⁰² *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, *cit.*, pág. 208.

n.º 2 do Código, mas é reconduzida a uma hipótese de conversão legal, num desvio ao artigo 293.º do Código Civil⁵⁰³.

Perante este quadro – e pondo de parte por instantes a própria questão da utilização deste tipo de categorias dogmáticas no universo juslaboral⁵⁰⁴ – limitar-nos-emos a tecer algumas breves notas.

Logo à partida, crê-se excessiva a compreensão que perspectiva a substituição do contrato a termo pelo contrato sem termo como uma alteração da categoria tipológica. Não estamos a falar de uma relação substancial e estruturalmente diversa ao ponto de se poder falar de uma mudança de tipo⁵⁰⁵.

⁵⁰³ Uma outra análise que já em tempos procurou autonomizar a solução específica sobre contrato a termo foi a levada a cabo por EUGENIO SARACINI, *Sostituzione di clausole...*, *cit.*, pág. 160 e ss.. O Autor procura distanciar a hipótese em causa de um cenário de invalidade parcial. SARACINI arranca da premissa de que, muito embora o termo se caracterize como um elemento accidental da vontade negocial, ele constitui um elemento incidível daquela, não configurando a sua aposição uma cláusula secundária *ex* artigo 1419 do *Codice*. Na concepção do Autor, o termo não corresponde verdadeiramente a nenhuma cláusula, enquanto preceito autónomo, mas é inseparável da própria cláusula-preceito que prevê os efeitos do negócio. Através da aposição de um termo a um qualquer negócio jurídico estar-se-á a determinar que os efeitos desse negócio só começam a partir da verificação de um determinado acontecimento futuro ou começam desde logo, mas cessam com a verificação desse evento. Transpondo esta análise para o contrato de trabalho a termo resolutivo, o Autor conclui que também nesse particular o termo diz respeito às cláusulas principais do contrato. Daí que, quando é aposto um termo numa hipótese não permitida por lei, a violação deverá corresponder, em princípio, à nulidade total do contrato, salvo se a lei dispuser diversamente. Esta argumentação foi, no entanto, rebatida por alguma doutrina italiana (ver, em especial, MARIO CASELLA, *Nullità parziale del contratto...*, *cit.*, págs. 73 a 74) que chamou a atenção para a função do termo nos contratos duradouros, como é o caso do contrato de trabalho, em que a presença do termo tem sobretudo em vista disciplinar um modo de cessação do contrato por contraposição com outros modos de extinção como a denúncia ou a resolução.

⁵⁰⁴ MASSIMO D'ANTONA, “Contrattazione coletiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici”, *GDLRI*, ano XII, n.º 47, 3, 1990, págs. 529, entende que o uso de conceitos como o de tipo e subtipo em Direito do Trabalho se mostra enganador (“fuorviante”), pois não estaria em causa um tipo natural, mas um tipo necessário e exclusivo.

⁵⁰⁵ Criticando esta tese, VALERIO SPEZIALE, “La riforma del contratto a termine...”, *cit.*, pág. 217, observa que o contrato a termo não pode ser definido como um tipo *a se stante* de trabalho subordinado qualquer que seja a teoria tipológica que se se sustente, e como tal, considera tecnicamente pouco rigoroso que se possa falar num procedimento de requalificação.

Por seu turno, também não nos parece de acompanhar a perspectiva que entende a modificação em análise como uma mudança de um contrato de trabalho especial ou com regime especial para o contrato de trabalho com regime comum. Por certo, a Autora em questão mobiliza um conceito de contratos de trabalho com regime especial numa acepção particularmente ampla, entendendo como tais todos aqueles dotados de uma qualquer disciplina jurídica particular⁵⁰⁶, e nessa acepção ampla, de facto, também o contrato a termo surge como um contrato que preenche essa característica. Mas não se afigura ter sido essa a compreensão acolhida pelo legislador português. Por um lado, o artigo 9.º do Código do Trabalho, ao postular a necessidade de um teste de compatibilidade das normas do regime laboral comum com as especificidades de cada regime especial, parece sugerir que a formulação de um juízo de especialidade pressuponha algo mais do que a mera existência de uma disciplina própria. Por outro lado, a própria utilização de fórmulas legislativas distintas – “contratos de trabalho com regime especial” e “modalidades de contrato de trabalho” – reforça o entendimento de que não estão em causa categorias sobreponíveis.

Diríamos antes que, dentro do chamado modelo de contrato de trabalho geral ou comum, o contrato de trabalho a termo se apresenta, mercê da cláusula contratual⁵⁰⁷ que lhe é aposta, como uma submodalidade contratual (ou um sub-

⁵⁰⁶ Embora seja esse o critério tradicionalmente usado mormente na doutrina transalpina para determinar a existência de uma relação dita especial (cf. GIANNI LOY, “Riflessioni su specialità, tipo e sottotipo nel lavoro subordinato”, *Lavoro Subordinato e Dintorni – Comparazioni e prospettive*, coordenação de Marcello Pedrazzoli, Il Mulino, Bolonha, 1989, pág. 55). Vários são os autores, no entanto, que alertam para o facto de se tratar de uma linha interpretativa da qual resulta um excessivo alargamento da categoria das relações de trabalho especiais, tornando-a demasiado extensa, desprovida de unidade interna (ANTONINO CATAUDELLA, “Spunti sulla tipologia...”, *cit.*, pág. 78) ou imprestável (MARIO NAPOLI em “Articolazione ed espansione...”, *cit.*, pág. 26). Cf. ainda NUNO CABRAL BASTO, “Contratos especiais de trabalho – reflexões em torno do sistema positivo vigente”, *ESC*, ano VIII, n.º 31, 1969, pág. 73. Aliás, também isso explica que, sob aquele denominador comum, e atenta a realidade heterogénea assim abrangida, a doutrina tenha depois sentido necessidade de reagrupar os contratos especiais segundo uma plétora de subclassificações que atenderiam já às razões que motivam a especialidade da disciplina: a) a especialidade da prestação; b) a particular posição do trabalhador subordinado; c) a presença de interesses públicos; d) a exigência de conciliar a tutela do trabalhador com os interesses relevantes; e) a tipicidade da posição do empregador; f) a tipicidade da posição do trabalhador, etc. Sobre o ponto, ANTONINO CATAUDELLA, “Spunti sulla tipologia...”, *cit.*, pág. 78.

⁵⁰⁷ Neste sentido, também CARLO CESTER, “La norma inderogabile...”, *cit.*, pág. 357.

tipo⁵⁰⁸) a par daquela outra que corresponde ao contrato de trabalho com cláusula de duração indeterminada. Daí que nos pareça mais adequado afirmar que a manutenção do contrato como contrato sem termo, não configurando uma alteração de categoria tipológica ou do contrato especial para o contrato comum, apresenta-se como uma hipótese de invalidade parcial necessária – decorrente da eliminação e substituição de uma cláusula acessória –, no entanto, com consequências regimentais particularmente relevantes, pelo facto de implicar a desaplicação de um complexo normativo⁵⁰⁹.

Paralelamente, só em sentido tecnicamente pouco rigoroso se poderá falar aqui num cenário de conversão. Compreende-se a aproximação tendo em conta que o *modus operandi* do instituto da conversão pode implicar uma alteração do conteúdo negocial⁵¹⁰. Contudo, o pressuposto da conversão (comum ou legal) é, como foi dito, a total invalidade do negócio jurídico, o que colide com o cenário de invalidade de apenas uma parte do conteúdo do contrato, que é aquele que nos parece ainda estar presente neste caso. De resto, a própria lei para referir o fenómeno que tem vindo a

⁵⁰⁸ O que não significa que acompanhemos necessariamente a compreensão de VALLEBONA acerca dos subtipos – segundo a qual para se falar em subtipos teria de haver um desvio funcional ou uma modificação da causa ou da função económico-social do contrato em relação ao modelo *standard*. Aliás, desse ponto de vista, nem nos parece que tal desvio possa ser afirmado em relação ao contrato a termo. O desvio estaria, se bem compreendemos o Autor, na circunstância de a coordenação das prestações de trabalho ser destinada à realização de determinados resultados empresariais temporalmente limitados, o que denunciaria uma alteração na função organizativa do contrato de trabalho. Mas esse aspecto, repare-se, não se prende com o esquema do contrato a termo em si ou propriamente dito, mas como um limite de validade que a lei estabelece no acesso a esta modalidade para restringir, claro, a sua utilização.

⁵⁰⁹ Aliás, a nosso ver, essa diferença poderá ter estado na base da opção legislativa de consagrar soluções substitutivas específicas para este tipo de hipóteses, autonomizando-as da solução substitutiva geral. O legislador terá sido sensível ao facto de a transformação a operar nestes casos se colocar num plano distinto das hipóteses típicas de substituição de cláusula e terá reputado preferível intervir autonomamente neste casos. Acresce ainda o facto de a localização sistemática inicial do regime do contrato a termo na LCCT – fora, portanto, da LCT, donde constava a solução substitutiva de alcance geral – poder ter exercido alguma influência sobre esta opção de prever uma solução *ad hoc* para a invalidade do termo.

⁵¹⁰ No caso da experiência italiana, este enquadramento é repudiado pela doutrina laboral com base num outro argumento: a circunstância de a figura da conversão implicar, nos termos da configuração que resulta do direito positivo italiano, uma alteração do *tipo contrattual*, o que não se verificaria na hipótese em análise – CRISTINA CATAUDELLA, *Contratto de Lavoro e Nullità...*, *cit.*, pág. 35; ANTONIO VALLEBONA, “La nullità dei contratti...”, *cit.*, pág. 537.

ser analisado utiliza a expressão “considera-se sem termo” (artigo 147.º, n.º 1 do Código do Trabalho)⁵¹¹.

IV – Uma última nota. As considerações acabadas de expor podem ser tecidas, com algumas adaptações, a propósito de uma outra solução conservadora prevista em matéria de contratação a termo: a norma que actualmente estatui que se considera como contrato sem termo o contrato de trabalho em que a estipulação de termo tenha por fim iludir as disposições que regulam o contrato sem termo (artigo 147.º, n.º 1, alínea a) do Código do Trabalho). Trata-se de uma norma que, pese embora a falta de uma resposta clara na doutrina e na jurisprudência sobre o seu âmbito de incidência e sobre o seu sentido útil actual⁵¹², é perspectivada como um dispositivo normativo que participa de uma lógica de combate à fraude à lei⁵¹³. Latente está a percepção de que, em certas hipóteses, não obstante o empregador alegar e provar uma suposta necessidade temporária da empresa, pode o contrato de trabalho a termo, afinal, estar

⁵¹¹ A verdade é que este último dado não pode assumir um peso decisivo. Basta um breve relance por algumas disposições do Código do Trabalho para se poder concluir pela existência de ambiguidades terminológicas. Para os casos contemplados no artigo 147.º, n.º 1 a lei recorre à expressão “considera-se sem termo”; menciona, porém, o termo “conversão” nos casos previsto no n.º 2 do mesmo preceito; e ainda na disciplina prevista no artigo 348.º utiliza a expressão “conversão” na epígrafe e o termo “considera-se” no corpo da norma.

⁵¹² Ao abrigo da LCT, esta cláusula visou sobretudo responder ao abuso das renovações sucessivas de contratos de trabalho a termo feitas com o propósito de privar o trabalhador dos direitos inerentes à antiguidade e da protecção na cessação de um contrato com duração indeterminada. Já durante o período de vigência do Decreto-Lei n.º 781/76, de 28 de Outubro, vozes houve que sustentaram ser essa a norma donde implicitamente decorria a exigência de razões objectivas para a celebração de contratos a termo, visto que em nenhum outro lugar o legislador fazia referência expressa à necessidade de sujeitar a celebração de contratos a termo a um condicionalismo objectivo. No entanto, foi sobretudo a partir do momento em que se tornou expressa a opção da ordem jurídica portuguesa em subordinar a celebração de contratos a termo a verificação de requisitos materiais – o que sucedeu inequivocamente a partir da entrada em vigor da LCCT – que aumentaram as dúvidas acerca da utilidade da norma em questão (reintroduzida entretanto pela Lei n.º 18/2001, de 3 de Julho).

⁵¹³ LUÍS MIGUEL MONTEIRO/PEDRO MADEIRA DE BRITO, Anotação ao artigo 147.º do Código do Trabalho, AA.VV., *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 376.

a ser utilizado, de modo disfarçado e oblíquo, para a satisfação de uma necessidade permanente daquela^{514 515}.

Ora, perspectivando este tipo de actuação como um negócio contrário à lei *sui generis*, em fraude à lei – na medida em que as partes (*maxime* o empregador) criam uma aparência negocial conforme com a lei, quando a realidade dos resultados económico-jurídicos obtidos é a de um negócio contrário a ela –, também num caso como este, o ordenamento jurídico não determina apenas a nulidade *tout court* da cláusula de termo ilusiva⁵¹⁶, como impõe a manutenção da relação como relação de duração indeterminada⁵¹⁷.

⁵¹⁴ Há quem convoque a norma em questão num contexto problemático ligeiramente distinto. Estabelece-se uma distinção entre duas operações: por um lado, a prova dos factos que justificaram a celebração do contrato a termo, por outro, a averiguação de que os factos provados consubstanciam uma necessidade temporária da empresa legitimadora da aposição do termo. A falta de prova dos factos justificativos da celebração do contrato equivalerá a concluir que o contrato foi celebrado fora do condicionalismo da lei, implicando a conversão como contrato sem termo. O apuramento de que os factos provados para justificar a celebração do contrato não consubstanciavam uma necessidade temporária da empresa implicaria concluir que a estipulação do termo se destinou a iludir as disposições que regulam o contrato sem termo. Assim, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de Janeiro de 2013, processo n.º 2194/11.0TTLSB.L1-4 – disponível em www.dgsi.pt. Cremos, no entanto, que se trata de uma distinção pouco convincente, pois, não vemos como do apuramento de que os factos provados para justificar a celebração do contrato não consubstanciam uma necessidade temporária da empresa não se retire também que contrato foi celebrado fora do condicionalismo da lei...

⁵¹⁵ A tipologia de indícios relevantes para afirmar a existência de fraude à lei pode abranger um conjunto amplo de circunstâncias. Alguns relacionadas com o modo como a relação é executada. Pense-se na circunstância de haver um desfasamento entre o motivo justificativo invocado e a execução da relação. Trata-se de uma questão muito frequentemente suscitada no caso dos contratos a termo de “interinidade” ou naqueles celebrados “para execução de uma obra, projecto ou outra actividade definida e temporária”, quando o trabalhador vem desempenhar funções em empreendimentos para lá da obra concretamente identificada no contrato. A nossa jurisprudência tem manifestado particular cuidado em valorar todas as circunstâncias do caso para só concluir pela existência de fraude em certas hipóteses (a título meramente exemplificativo, cf. o Acórdão da Relação de Évora de 31 de Outubro de 2006, processo n.º 1662/06-3; o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de Setembro de 2010, processo n.º 506/08.3TTVFX.L1-4; ou o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 21 de Março de 2006, processo n.º 54/06-3) – todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁵¹⁶ Recorde-se que, de um modo geral, de acordo com os ensinamentos gerais da doutrina civilista acerca da figura da fraude à lei, e independentemente do debate em torno das concepções objectiva e subjectiva, a sanção geralmente apontada para o negócio em fraude à lei consiste na

nulidade. Para aqueles que perfilham uma posição objectivista (que é aliás a defendida maioritariamente entre nós e pela generalidade da doutrina germânica), o negócio em fraude à lei não se distingue do negócio contrário à lei, apenas se reconduzindo a uma hipótese de violação de uma proibição legal mais difícil de reconhecer e que suscitaria, por isso, uma questão de interpretação da norma legal proibitiva no sentido de fixar correctamente o âmbito da proibição. Ora, uma vez que a sanção para o negócio contrário à lei é, nos termos gerais, a nulidade (artigos 280.º e 294.º do Código Civil), essa seria também a sanção típica para as hipóteses de violação não frontal da lei. Por outro lado, mesmo os defensores de um entendimento da fraude de acordo com a teoria subjectivista, como foi o caso de LUIGI CARRARO, viram na nulidade a sanção correspondente por excelência ao negócio em fraude à lei. Para maiores desenvolvimentos, seja-nos permitido remeter para o nosso estudo *A fuga à relação de trabalho (típica): em torno da simulação e da fraude à lei, cit.*, págs. 33 e ss..

Decerto, a nulidade será a sanção típica do negócio em fraude à lei na medida em que a área de incidência do problema da fraude à lei coincida, como foi apanágio das orientações objectivistas e subjectivistas, com o da violação oculta de normas legais proibitivas. Há no entanto quem reconheça uma área de incidência mais ampla à figura. Segundo a construção de UMBERTO MORELLO, por exemplo, a fraude à lei manifesta-se – no plano técnico-jurídico – em dois tipos de cenários. Por um lado, quando, através de certas operações, as partes procuram contornar uma norma legal proibitiva. Nesse caso, o que se impõe é uma questão de interpretação da norma legal proibitiva em termos amplos de modo a enquadrar a referida operação no âmbito da proibição legal. Uma vez realizada essa actividade interpretativa, a consequência correspondente ao negócio em fraude à lei será a consequência idêntica à que resultaria se a violação da norma proibitiva tivesse sido frontal, *rectius*, a nulidade. Noutros casos, todavia, a fraude à lei estaria relacionada com certas práticas através das quais os particulares, tendo em vista evitar a aplicação de determinadas normas ou regimes que reputam desfavoráveis, criam a aparência de um negócio distinto daquele que efectivamente corresponde à realidade negocial (aos resultados económico-jurídicos obtidos). Vistas as coisas sob este prisma, o que se impõe é uma correcta recompreensão, reconstrução, requalificação da operação negocial efectivamente querida e realizada pelas partes, não havendo propriamente espaço para chamar à colação a sanção nulidade.

⁵¹⁷ Num contexto próximo, GIOVANNI D'AMICO, *Libertà di scelta...*, *cit.*, pág. 180 alerta justamente para o facto de, à semelhança do que ocorre em certas hipóteses de contraste directo com as normas imperativas, também em matéria de negócio em fraude à lei a simples sanção invalidante – nulidade – poder não corresponder à (única) sanção adequada para a realização dos interesses tutelados: “Non dovrebbe dimenticarsi a nostro avviso – che la ratio di una disposizione quale l’articolo 1344 c.c. non può che essere quella di assicurare comunque l’applicazione della norma di legge elusa. E ciò, naturalmente, non soltanto sotto il profilo, per così dire meramente “negativo” (o sanzionatorio), del mancato riconoscimento degli effetti giuridici, bensì nel (più) complessivo meccanismo in cui tale “applicazione” si concreta, in relazione alla natura della norma(tiva) che viene in considerazione e degli interesse a protezione dei qual essa è posta.”

3. Duas interrogações pertinentes

É tempo de nos debruçarmos sobre duas questões controvertidas. A primeira diz respeito à figura do contrato de trabalho em regime de comissão de serviço cuja disciplina jurídica corresponde aos actuais artigos 161.º e seguintes do Código do Trabalho⁵¹⁸. Nos termos do artigo 161.º “Pode ser exercido em comissão de serviço cargo de administração ou equivalente, de direcção ou chefia directamente dependente da administração ou de director-geral ou equivalente, funções de secretariado pessoal de titular de qualquer desses cargos, ou ainda, desde que instrumento de regulamentação colectiva o preveja, funções cuja natureza também suponha especial relação de confiança em relação a titular daqueles cargos”. O que de um ponto de vista jurídico singulariza esta figura é o exercício transitório de certas funções, leia-se, o facto de, por força da estipulação negocial nos termos da qual determinadas funções são exercidas em regime de comissão de serviço, qualquer uma das partes, com especial relevo para a beneficiária do serviço, poder pôr termo a todo o tempo ao exercício das mesmas⁵¹⁹.

O exercício de funções em regime de comissão de serviço assume duas modalidades consoante diga respeito a trabalhador já detentor de um vínculo jurídico-

⁵¹⁸ A figura da comissão de serviço como figura do direito privado do trabalho surgiu pela primeira vez regulada com carácter geral no Decreto-Lei n.º 404/91, de 16 de Outubro (com as alterações introduzidas pela Lei n.º 118/99, de 11 de Agosto). Com a vinda a lume do Código do Trabalho, a figura passou a integrar o diploma codicístico, primeiramente, em 2003, no capítulo da “Prestação do trabalho” (artigos 244.º e ss.), depois, a partir de 2009, na secção respeitante às “Modalidades de contrato de trabalho” (artigos 161.º e ss.). Para maiores desenvolvimentos específicos sobre esta modalidade contratual, ver, no período pré-codicístico, MARIA IRENE GOMES, *A comissão de serviço no Direito do Trabalho*, dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000; JORGE LEITE, “Comissão de serviço”, *QL*, ano VII, n.º 16, 2000, págs. 152 e ss.; LUÍS MIGUEL MONTEIRO, “Regime jurídico do trabalho em comissão de serviço”, *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea...*, págs. 507 e ss.. Já tendo em conta a figura no Código do Trabalho, na versão de 2003, *vide*, por exemplo, MARIA IRENE GOMES, “A comissão de serviço”, *cit.*, págs. 365 a 380. Ao abrigo da revisão de 2009, vejam-se as exposições de JOÃO LEAL AMADO, “Comissão de serviço e segurança no emprego: uma dupla inconciliável?”, *RLJ*, ano 140, n.º 3966, 2011, págs. 170 a 180; e MARIA IRENE GOMES, “Jurisprudência e requisitos materiais do contrato de trabalho em comissão de serviço – diferentes registos tonais”, *RMP*, ano 32, n.º 132, 2012, págs. 285 e ss..

⁵¹⁹ Cf. o artigo 163.º do Código do Trabalho.

laboral à empresa, hipótese doutrinariamente apelidada de *comissão de serviço de trabalhadores “internos”*, ou antes seja acordada por ocasião da celebração do próprio contrato de trabalho, a designada *comissão de serviço de trabalhadores “externos”*⁵²⁰. Na primeira das referidas modalidades, uma vez cessada a comissão, o trabalhador regressa à actividade desempenhada anteriormente (ou à correspondente à categoria a que entretanto tenha sido promovido) e respectiva retribuição. Na segunda variante, a cessação da comissão implica, por princípio, a extinção da relação laboral (*comissão de serviço externa sem garantia de emprego*), podendo, no entanto, as partes convencionar a manutenção do trabalhador ao serviço da empresa, colocado em categoria estabelecida no acordo, após a cessação da comissão (*comissão de serviço externa com garantia de emprego*)⁵²¹.

Através da admissibilidade da figura da comissão de serviço introduzem-se, pois, desvios ao regime laboral comum, mormente, aos princípios da irreversibilidade da categoria profissional⁵²² e da irredutibilidade da retribuição⁵²³. Na hipótese de comissão de serviço externa na submodalidade sem garantia de emprego, acresce àquele traço regimental um outro, o de ao exercício da faculdade legal de pôr termo a todo o tempo ao exercício das funções corresponder automaticamente à cessação do contrato de trabalho (à perda do emprego para o trabalhador), o que equivale a um desvio ao princípio da causalidade do despedimento⁵²⁴.

⁵²⁰ Nas designações escolhidas por JORGE LEITE, “Comissão de serviço”, *cit.*, pág. 156.

⁵²¹ Supletivamente, na ausência de convenção das partes, considera-se que a cessação da comissão de serviço não acarreta a permanência do trabalhador na empresa, ou seja, implica automaticamente a extinção do próprio contrato de trabalho, como resulta, *a contrario*, do artigo 162.º, n.º 2 do Código do Trabalho.

⁵²² Cf. o artigo 129.º, n.º 1, alínea e) do Código do Trabalho

⁵²³ Cf. o artigo 129.º, n.º 1, alínea d) do Código do Trabalho.

⁵²⁴ Cf. o artigo 53.º da Constituição. Um significativo sector da doutrina (JORGE LEITE, “Comissão de serviço”, *cit.*, pág. 158, nota 9; JOÃO LEAL AMADO, “Comissão de serviço e segurança no emprego...”, *cit.*, pág. 174 e ss.; e JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, *cit.*, pág. 753) tem questionado a conformidade constitucional deste último aspecto regimental ou, se quisermos, desta sub-modalidade de comissão de serviço, a designada comissão de serviço externa sem garantia de emprego. Alerta-se para o facto de a cessação da comissão de serviço pelo empregador, nos casos em que envolva a extinção automática da relação laboral, equivaler, em termos substanciais, a um despedimento *ad nutum*, e dessa forma, encontrar-se em rota de colisão com a garantia constitucional da segurança no emprego, ínsita no artigo 53.º da Constituição.

Em sentido diferente, considerando que a norma em questão não é objecto de censura constitucional, destacam-se outros posicionamentos. Assim, entende ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da constitucionalidade das comissões de serviço laborais”, *RDES*, ano XXXIII, n.ºs 1-2, 1991, págs. 129 e ss., que a cessação da comissão de serviço nos casos em que envolve a extinção da situação laboral não cabe no âmbito de protecção da norma constitucional em apreço porquanto não é sequer equiparável a um despedimento sem justa causa, uma vez que, *ab initio* e estruturalmente, aquela cessação corresponde ao desenlace normal de uma situação transitória. Quer dizer, as partes ao celebrarem o contrato em regime de comissão de serviço e acordarem a cessação do contrato de trabalho no termo da comissão estariam a colocar o trabalhador numa situação semelhante à do contratado a termo incerto, cujo vínculo laboral o trabalhador sabe de antemão que assume um carácter transitório.

Num outro quadrante, o Tribunal Constitucional, chamado a pronunciar-se sobre a questão por duas vezes – primeiramente através do Acórdão n.º 64/91, de 4 de Abril de 1991, e mais recentemente, no Acórdão n.º 338/2010, de 22 de Setembro de 2010 (ambos retirados de www.tribunalconstitucional.pt) – entendeu que o regime em questão não viola o parâmetro constitucional da segurança no emprego, esgrimindo um outro tipo de argumentação. A retórica argumentativa que permitiu ao Tribunal semelhante conclusão assentou fundamentalmente em dois tópicos. O primeiro centrou-se na questão da natureza jurídico-contratual do regime de trabalho em comissão de serviço. De forma pouco assertiva, o Tribunal admitiu tratar-se de um tipo contratual distinto do contrato de trabalho, o que, por si só, afastaria do debate o problema da conformidade constitucional com o princípio da segurança no emprego. O segundo prendeu-se com a existência de razões materiais que tornariam legítimo o desvio ao regime regra de cessação do contrato de trabalho, *maxime* a quebra da relação de confiança que faz cessar a comissão tornaria inexigível a subsistência da relação laboral em termos ainda compatíveis com o princípio da segurança no emprego (no mesmo sentido, veja-se também PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Trabalho e Direitos Fundamentais – compatibilização entre...”, *cit.*, pág. 253).

Sem nos alongarmos na análise desta delicada questão (que extravasa largamente o propósito deste núcleo temático da investigação), gostaríamos de fazer duas breves observações que podem dirigir-se esta segunda orientação.

Quanto à linha de análise apresentada por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, cumpre dizer o seguinte. Pode, desde logo, questionar-se, de um ponto de vista técnico, a assimilação feita entre o termo incerto e o efeito produzido pelo regime da comissão de serviço. No caso de aposição de um termo incerto ao contrato, a cessação do contrato fica colocada na dependência de um evento de verificação certa, sendo apenas incerto quanto ao momento da sua verificação. No caso da comissão de serviço que implique a extinção do vínculo laboral, o evento que (in)directamente produz a extinção da relação laboral é uma declaração de vontade extintiva não fundamentada emitida pelo empregador – dir-se-ia, de verificação *duplamente* incerta (não se sabe *se irá ocorrer nem quando*). Pelo que a situação em análise revelaria, pelo menos deste ponto de vista, maiores pontos de contacto com a situação de alguém contratado *sob condição resolutiva*.

Quid iuris, porém, se, num contrato de trabalho, as partes estipulam que a actividade será exercida em regime de comissão de serviço, mas a actividade em causa se encontra fora do círculo de situações demarcado pela lei (ou, sendo caso disso, pelo instrumento de regulamentação colectiva de trabalho)?

Em segundo lugar, referir-nos-emos à figura do contrato de trabalho intermitente, actualmente regulada nos artigos 157.º e seguintes do Código do Trabalho. Nos termos do artigo 157.º do Código do Trabalho “Em empresa que exerça actividade com descontinuidade ou intensidade variável, as partes podem acordar que a prestação de trabalho seja intercalada por um ou mais períodos de inactividade.” Trata-se, como é sabido, de uma modalidade recente – introduzida entre nós com a vinda a lume da Lei n.º 7/2009, de 19 de Fevereiro⁵²⁵ – cujo traço flexibilizador comum mais marcante consiste numa peculiar articulação de tempo de trabalho e de inactividade, leia-se na possibilidade de a prestação de trabalho ser sucedida ou intervalada por períodos de inactividade laboral, havendo casos em que o ritmo da intermitência é previsível e está programado no contrato (*contrato de trabalho intermitente/alternado*) e outros em que em que o ritmo da intermitência é imprevisível e o quando da prestação depende da convocatória a efectuar pela

Mas, independentemente deste aspecto, isto é, mesmo admitindo que as situações do acordo de comissão de serviço e do contrato a termo como equiparáveis, nem por isso se poderia dizer que estaria automaticamente afastado um problema de conformidade jurídico-constitucional. Como vem sendo amplamente sustentado na doutrina (ver, de novo, JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, *cit.*, pág. 711), o direito à segurança no emprego não consiste apenas no direito a não ser despedido sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos, mas abrange todas as situações que se traduzam numa injustificada precariedade da relação laboral, precariedade essa que tanto a contratação a termo como a comissão de serviço (sem garantia de emprego) adensam. Ora, da mesma forma que em relação ao contrato a termo, a realização da segurança no emprego implica a imposição de um conjunto de limitações substanciais e formais àquele contrato, voltadas a garantir a conformidade da figura com o princípio, a construção legislativa de um regime de comissão de serviço (sem garantia de emprego) terá de obedecer aos ditames do princípio da proporcionalidade. Importará, por isso, em última instância, apreciar se a configuração legal actual do regime de comissão de serviço viabiliza essa concordância com a normatividade constitucional...

⁵²⁵ Embora com antecedentes que remontam ao contrato de trabalho para cedência temporária por tempo indeterminado, introduzido no artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 358/89, de 17 de Outubro, pela revisão operada pela Lei n.º 146/99, de 1 de Setembro, e ao artigo 8.º do Estatuto dos Profissionais dos Espectáculos (Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro).

entidade patronal (*contrato de trabalho intermitente/à chamada*)⁵²⁶. Numa acepção ampla, o aspecto principal reside na possibilidade de a prestação de trabalho ser sucedida ou intervalada por períodos de inactividade laboral, aspecto comum às duas modalidades de trabalho intermitente. Numa acepção mais restrita⁵²⁷, o *quid*

⁵²⁶ Cf. o artigo 159.º, n.º 1 do Código do Trabalho. Sobre a figura e as duas sub-modalidades, JOÃO LEAL AMADO e JOANA NUNES VICENTE, “Contrato de trabalho intermitente”, *XI-XIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, Almedina, Coimbra, 2009, págs. 119 e ss.; TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, “O novo regime jurídico do trabalho intermitente”, *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho?*, coordenação de Catarina de Oliveira Carvalho e Júlio Vieira Gomes, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 345 e ss.; JOANA CARNEIRO, “O contrato de trabalho intermitente – a relação laboral cimentada na segurança do emprego através do trabalho descontínuo”, *QL*, ano 17, n.º 35-36, 2010, págs. 203 e ss.; MARIA REGINA REDINHA, “Código novo ou código revisto? – a propósito das modalidades de contrato de trabalho”, *cit.*, pág. 247; e mais recentemente, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Considerações sobre o trabalho intermitente”, *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, págs. 327 e ss., preferindo este último Autor designar a segunda modalidade como “trabalho alternado sob chamada”, “com cláusula de chamada” ou “trabalho alternado flutuante” (pág 352).

⁵²⁷ Em termos substanciais, é este segundo traço regimental que confere autonomia à figura do trabalho intermitente, e não tanto o facto de a prestação de trabalho ser sucedida ou intervalada por períodos de inactividade laboral; ou, se quisermos, dito de outra maneira, é sobretudo a segunda sub-modalidade de trabalho intermitente, doutrinamente designado “trabalho à chamada”, e não tanto o “trabalho alternado”, que introduz a principal especificidade regimental desta modalidade contratual. Na verdade, a circunstância de a actividade laboral apresentar interrupções, alternando fases de trabalho com períodos de inactividade é um aspecto que pode verificar-se no trabalho intermitente, mas também no trabalho a tempo parcial. Na doutrina, são vários os autores que alertam para uma certa sobreposição funcional entre o trabalho a tempo parcial vertical anualizado (que encontra expreso acolhimento no artigo 150.º, n.º 3 do Código do Trabalho) e o trabalho intermitente alternado, reconhecendo que a utilidade da figura do trabalho intermitente fica reduzida à segunda sub-modalidade, a do trabalho intermitente à chamada. Nestes termos, por exemplo, CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, “A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho”, *Direito do trabalho+Crise=Crise do Direito do Trabalho?*, coordenação de Catarina de Oliveira Carvalho e Júlio Vieira Gomes, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 373; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, *cit.*, pág. 368; e JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, *cit.*, pág. 147.

Diferente foi a solução adoptada, por exemplo, no sistema jurídico italiano. Neste sistema, o “lavoro intermitente” foi consagrado pela primeira vez no *Decreto Legislativo* n. 276/2003, de 10 de Setembro de 2003, tendo a disciplina desde então sofrido sucessivas alterações fruto das diferentes colorações políticas dos governos entretendo formados (cf. o *Decreto Legislativo* n. 251/2004, de 6 de

regimental flexibilizador consiste na ausência de determinação dos momentos em que

Outubro, e o *Decreto-legge* n.35/2005, de 14 de Março, que modificaram o regime inicialmente previsto, a *Legge* n. 247/2007, de 24 de Dezembro, que chegou mesmo a revogar toda a disciplina sobre trabalho intermitente, o *Decreto-legge* n. 112/2008, de 25 de Junho, convertido na *Legge* n. 133/2008, que terá repristinado a figura, e a *Legge* n. 92/2012, de 28 de Junho e o *Decreto-legge* n. 76/2013, de 28 de Junho, os quais introduziram alterações no âmbito da reforma “Fornero”), até à mais recente alteração legislativa que se saldou na revogação da disciplina prevista no *Decreto Legislativo* n. 276/2003, de 10 de Setembro e substituição pelo regime previsto no *Decreto Legislativo* n. 81/2015, de 15 de Junho. O artigo 13 do último diploma dispõe que “il contratto di lavoro intermittente è il contratto mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione lavorativa in modo discontinuo o intermitente secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi, anche con riferimento alla possibilità di svolgere le prestazioni in periodi predeterminati nell’arco della settimana, del mese o dell’anno”. Da leitura do preceito resulta que o traço específico do trabalho intermitente se traduz na faculdade atribuída ao empregador de determinar, em função e à medida das necessidades empresariais, o *quando* da prestação. Neste sentido, ROBERTO VOZA, “Il contratto di lavoro intermittente”, *I contratti di lavoro*, coordenação de Antonio Vallebona, Utet, Turim, 2009, pág. 1256, ou ainda, MARIA CRISTINA CATAUDELLA, “Disponibilità del lavoratore e nuovi tipi legali di lavoro subordinato”, *RIDL*, ano XXVI, n.º 1, 2007, pág. 87. A partir deste denominador comum surgem depois *nuances* no modo como se concretiza esse “estar à disposição” (e que decorrem da análise de outros aspectos da disciplina). Por um lado, a imprevisibilidade quanto ao momento em que o trabalhador será chamado a prestar a sua actividade pode variar. Nuns casos, o trabalhador apenas poderá contar com o prazo de antecedência mínimo com que será solicitada a prestação; noutros, sendo de antemão fixados períodos da semana, do mês ou do ano para essa disponibilidade, o trabalhador suporta uma menor incerteza quanto ao quando (assim, GUIDO BONI, “Contratto di lavoro intermittente e subordinazione”, *RIDL*, ano XXIV, n.º 1, 2005, pág. 140.). Por outro lado, a lei admite o trabalho intermitente com obrigação de responder à chamada e o trabalho intermitente sem obrigação de responder à chamada. Esta segunda sub-modalidade, o contrato de trabalho intermitente sem obrigação de resposta à chamada, tem suscitado um amplo debate doutrinal. Não existe consenso no que concerne o enquadramento dogmático da figura (havendo quem recuse falar nesses casos de um verdadeiro contrato, mas de um contrato preliminar, outros preferindo a construção do contrato normativo, e outros ainda que recusam a natureza subordinada de um tal vínculo – sobre o ponto, de novo, ROBERTO VOZA, “Il contratto di lavoro intermittente”, *I contratti di lavoro*, *cit.*, pág. 1276 e ss.; e MARTINA VINCIERI, “Sulla qualificazione del cd. lavoro a chiamata senza vincolo di disponibilità a carico del lavoratore”, *RIDL*, ano XXIII, n.º 2, 2004, págs. 295 e ss.) nem acerca da utilidade prática de um tal instrumento (como observa LUIGI DE ANGELIS, “Lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata: contratto senza contratto?”, *ADL*, 3/2004, pág. 885 e ss.), subsistindo mesmo dúvidas sobre a própria conformidade constitucional da figura (questão sintetizada, por exemplo, por ENRICO RAIMONDI, “Il lavoro intermittente nelle recenti riforme del mercato del lavoro”, *RGL*, ano LXV, n.º 3, 2014, pág. 607 e ss.).

o trabalhador é obrigado a prestar a sua actividade, o que se traduz numa possibilidade de o empregador contar com a disponibilidade do trabalhador sem localização precisa no tempo.

Em paralelo com o que sucede a propósito da prestação de trabalho em comissão de serviço, a lei faz depender a possibilidade de recurso a esta figura do preenchimento de um *circunstancialismo normativo* também ele *especial*, que no caso respeita ao tipo de actividade exercida na empresa – actividade descontínua ou de intensidade variável⁵²⁸.

E, no entanto, pergunta-se: *quid iuris* se empregador e trabalhador acordam que o trabalho será prestado em regime de intermitência, não sendo actividade em questão descontínua nem mesmo de intensidade variável?

Diversamente do que sucede em matéria de contratação a termo, a lei é omissa tanto na hipótese respeitante ao contrato de trabalho intermitente como na referente ao contrato em regime de comissão de serviço. Ora, perante este quadro, pergunta-se: qual a resposta? Valerá um tipo de resposta equivalente ou outra?

⁵²⁸ Cf. o artigo 157.º do Código do Trabalho. O recurso ao contrato intermitente apenas é admitido, entre nós, por razões objectivas atinentes ao tipo de actividade exercida, limitando-se a lei a prever, através de uma formulação vaga e extensa, dever tratar-se de actividades descontínuas ou de intensidade variável.

Diferente foi também, sob este ponto de vista, a solução adoptada pelo legislador italiano que optou por individualizar três grupos de casos de recurso ao trabalho intermitente (artigo 13 do *Decreto Legislativo* n. 81/2015, de 15 de Junho). Num primeiro nível, admite-se a conclusão de contratos de trabalho intermitente para a execução de prestações de carácter descontínuo ou intermitente, à semelhança do que sucede entre nós. Contudo, a concretização das exigências que legitimam o recurso ao trabalho intermitente deverá ser feita pela contratação colectiva, só subsidiariamente, na falta dessa definição, havendo lugar a uma intervenção administrativa. Numa segunda hipótese, permite-se o recurso ao trabalho intermitente em certos períodos predeterminados da semana, do mês ou do ano, períodos esses também a individualizar pela contratação colectiva. Trata-se de uma hipótese autónoma em relação à anterior; a coincidência temporal com particulares períodos do ano justifica, *per se*, o recurso ao esquema negocial flexível. Por fim, consente-se a celebração de contratos de trabalho intermitente por razões subjectivas, ligadas à idade dos trabalhadores. Sobre a classificação, ver MARIA GIOVANNA MATTAROLO, “Lavoro intermittente : uso improprio e misure di contrasto”, *DPL*, n.º 33, 2012, págs.129 e ss..

3.1. Comissão de serviço acordada para provimento de funções que exorbitam o círculo de hipóteses demarcado pela lei

A respeito da comissão de serviço, podemos configurar três tipos de situações, com impacto ao nível da nossa jurisprudência, pressupondo, em qualquer delas, que o acordo de comissão de serviço foi celebrado para o exercício de funções que exorbitam o círculo de hipóteses demarcado pela lei⁵²⁹. A primeira diz respeito à hipótese de comissão de serviço externa, ou seja, aqueles casos em que um trabalhador, sem prévio vínculo jurídico-laboral à empresa, foi contratado para exercer funções em regime de comissão de serviço, fora do círculo de funções demarcado pela lei. Por outro lado, teremos a situação em que um trabalhador, já detentor de um vínculo jurídico-laboral à empresa, que acordou desempenhar funções, em regime de comissão de serviço, muito embora as funções extravasem o leque de situações previsto na lei. Por fim, referir-nos-emos a um grupo peculiar de casos em que o trabalhador, com anterior vínculo jurídico-laboral à empresa, acorda com a entidade empregadora o desempenho de funções “em regime de comissão de serviço”, mas, em bom rigor, as novas funções não são verdadeiramente novas, pois correspondem às que o trabalhador vinha desempenhando até ao momento, ao que acresce o facto de não preencherem o circunstancialismo normativo especial que a lei associa à comissão de serviço.

3.1.1. Comissão de serviço *externa* para provimento de funções que exorbitam o círculo de hipóteses demarcado pela lei

3.1.1.1. Abordagens na doutrina e na jurisprudência; breve referência a um debate próximo no contexto do ordenamento jurídico italiano

I – Começaremos por descrever, em traços gerais, as diferentes abordagens que a respeito dos efeitos de um contrato de trabalho em regime de comissão de

⁵²⁹ Há quem se reporte a este propósito aos efeitos do desrespeito pelo âmbito subjectivo da figura (assim, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, “Regime jurídico do trabalho...”, *cit.*, pág. 507). Afigura-se, no entanto, tecnicamente mais preciso aludir ao âmbito objectivo. Repare-se que o próprio artigo 161.º do Código do Trabalho tem como epígrafe “Objecto da comissão de serviço”.

serviço externa para cargos não enquadráveis no âmbito objectivo da figura vêm sendo identificadas na doutrina assim como na jurisprudência nacionais.

Num primeiro nível, detecta-se um consenso unânime quanto à consequência jurídica que deriva da inobservância dos requisitos materiais exigidos para a válida celebração de um acordo em comissão de serviço na modalidade externa. A consequência da *nulidade* é sufragada tanto pela jurisprudência⁵³⁰ como pela doutrina⁵³¹, fundamentalmente arrimando-se no artigo 294.º do Código Civil.

Partindo deste traço comum, é possível assinalar *dois tipos de posicionamentos*.

O primeiro é aquele que sustenta que a nulidade decorrente da violação do artigo 161.º não põe em causa a subsistência da relação laboral. Admitindo que a estipulação do exercício de funções em comissão de serviço consubstancia uma cláusula acessória que integra o contrato de trabalho, e que a contradição do contrato de trabalho com a lei é, nessa medida, meramente parcial, a posição desenvolvida centra-se essencialmente na questão de saber em que medida a invalidade afecta ou não o contrato de trabalho na totalidade. Ora, nesta perspectiva, considera-se que a nulidade decorrente da violação do artigo 161.º se circunscreve à cláusula comissão de serviço, ou seja, à cláusula que permite que as funções acordadas possam cessar, a todo o tempo, por manifestação de vontade de qualquer das partes, valendo, no lugar

⁵³⁰ Neste sentido, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 3 de Outubro de 2001, processo n.º 0026944 (“não estando a tarefa incluída na previsão legal, a comissão de serviço é nula”); e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Maio de 2005, processo n.º 713/2005-4 (“tendo a Autora sido admitida por contrato de trabalho em comissão de serviço para desempenhar as funções de Assessora de Conselho de Gerência da Ré, é nulo tal contrato por as funções a exercer não se enquadrarem nas previstas na lei”) – disponíveis em www.dgsi.pt.

⁵³¹ Assim, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, cit., pág. 156, (“Caso tal suceda, a cláusula de comissão de serviço será nula”); MARIA IRENE GOMES, “Jurisprudência e requisitos materiais...”, cit., pág. 299 e 300 (“Julga-se inequívoco o carácter imperativo do artigo 161.º do CT em face da autonomia individual das partes. (...) Por outro lado, e uma vez que nenhuma outra solução resulta aparentemente da lei, no caso de ser celebrado um acordo de comissão de serviço fora da hipótese legal do artigo 161.º do CT a consequência é, então, a da nulidade da cláusula por violação de disposição legal de carácter imperativo”). Idêntica perspectiva é ainda sustentada por MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, cit., pág. 351.

da disciplina estabelecida através da cláusula nula, o regime laboral comum⁵³². Concretizando, valem, em substituição do regime instituído pela estipulação nula, as regras da irreversibilidade da categoria profissional, da irredutibilidade da retribuição e, no caso de se tratar de uma cláusula comissão de serviço na submodalidade sem garantia de emprego, a nulidade da mesma é acompanhada pela reposição da regra do despedimento causal⁵³³. Verificar-se-ia, por assim dizer, nestes casos o fenómeno previsto no artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho⁵³⁴. Alguns autores, seguindo um

⁵³² Neste sentido, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, cit., pág. 156, observa: “Não será legítimo recorrer à contratação em regime de comissão de serviço para o provimento de funções que exorbitem o círculo de situações demarcadas pela lei (ou, sendo caso disso, pelo IRCT). Caso tal suceda, a cláusula da comissão de serviço será nula, valendo o contrato como contrato de trabalho típico, *standard*”. Idêntico raciocínio é formulado por MARIA IRENE GOMES, “Jurisprudência e requisitos materiais...”, cit., pág. 303: “Isto significa, então, que o desrespeito pelo artigo 161.º do CT acarreta o desaparecimento da faculdade de pôr fim, a todo o tempo, às funções exercidas por vontade unilateral das parte, impondo-se, em sua substituição, a aplicação do regime laboral comum, designadamente a garantia da segurança no emprego”. Semelhante conclusão é ainda a que retiram MARIA ADOZINDA PEREIRA, “Comissão de serviço ilegal. Nulidade da cláusula. Contrato de trabalho por tempo indeterminado”, *RMP*, ano 26, n.º 104, pág. 174, ao escrever que a consequência nesses casos “há-de ser a nulidade da cláusula de comissão de serviço com a manutenção do contrato de trabalho”, e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 496 (“Consequentemente, não será admitida a celebração de contratos de trabalho em regime de comissão de serviço em relação a quaisquer funções que extravasem destas. Caso as partes optem por celebrar apesar disso um contrato de trabalho que qualifiquem como tal, este será integralmente sujeito ao regime laboral comum”).

⁵³³ Alguns autores, como LUÍS MIGUEL MONTEIRO, “Regime jurídico do trabalho...”, cit., pág. 524, optam por afirmar que os trabalhadores beneficiarão de uma ligação por tempo indeterminado com a empresa por força da nulidade do termo. Há, sem dúvida, a reposição da garantia da segurança no emprego (apenas no caso evidentemente de ter sido acordado o exercício de funções em comissão de serviço na sub-modalidade sem garantia de emprego), muito embora tal não resulte da invalidade de uma cláusula de termo, mas da invalidade da cláusula de comissão de serviço, leia-se, da circunstância de os efeitos pretendidos pelas partes – exercer funções em comissão de serviço – não se produzirem. Sobre a distinção das duas figuras, MARIA IRENE GOMES, *A comissão de serviço...*, cit., págs. 117 e ss..

⁵³⁴ Assim, MARIA IRENE GOMES, “Jurisprudência e requisitos materiais...”, cit., pág. 302, quando assevera: “Na verdade, entende-se que a invalidade parcial presente nestas situações não se reconduz a um caso de *redução proprio sensu*, como tem sido sustentado pela jurisprudência, mas inscreve-se antes no fenómeno de manutenção parcial do negócio por força da eficácia mediata de normas imperativas. Dir-se-á mesmo que este tipo de solução é a regra no Direito do Trabalho, uma vez que, de acordo com o n.º 2 do artigo 121.º do CT, o legislador determina que “a cláusula de contrato de trabalho que viole norma imperativa considera-se substituída por esta.”.

iter interpretativo diferente para chegar ao mesmo resultado, defendem para estes casos a aplicação, por analogia, do artigo 162.º, n.º 4 do Código do Trabalho⁵³⁵, o qual determina que não se considera em regime de comissão de serviço o contrato que não tenha observado a forma escrita⁵³⁶.

A segunda posição, que encontra eco em alguma jurisprudência (tanto quanto julgamos saber num único caso sobre o qual se pronunciou o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Maio de 2005), segue um caminho distinto. Considera-se que o desfecho será a nulidade do contrato de trabalho na totalidade⁵³⁷. A nulidade

⁵³⁵ Cf. artigo 161.º, n.º 4 do Código do Trabalho. Era já esta a orientação no período de vigência da legislação anterior. O artigo 3.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 404/91, de 16 de Novembro de 1991, estatua que na falta de redução a escrito de que o cargo ou funções a desempenhar seriam efectuadas em comissão de serviço considerava-se que o cargo ou as funções eram exercidas com carácter permanente. Ver, no entanto, o interessante Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 2013, processo n.º 1138/09.ATTVNG.P1.S1 (também disponível em www.dgsi.pt), onde se discutiu a validade de um acordo de comissão de serviço (na modalidade interna) não reduzido a escrito. A particularidade do caso residiu no facto de o acordo de empresa prever um processo concursal para os trabalhadores que pretendessem desempenhar cargos de chefia em regime de comissão de serviço com uma regulamentação detalhada do regime a aplicar. O tribunal entendeu que, tendo os trabalhadores interessados em candidatar-se de seguir o referido processo concursal complexo previsto em convenção colectiva e publicitado pela empresa, ficariam desse modo satisfeitas as exigências de forma, tornando-se desnecessário a formalização por escrito do acordo de comissão.

⁵³⁶ É o caso de MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, *cit.*, págs. 352.

⁵³⁷ Cf. o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Maio de 2005, processo n.º 713/2005-4, acima mencionado. No caso em apreço, a trabalhadora em causa havia sido admitida ao serviço de uma empresa para o desempenho de funções de “Assessora do Conselho de Gerência”, em regime de comissão de serviço, com início a 1 de Maio de 1995, tendo nessa ocasião sido convencionado que a prestação de trabalho em regime de comissão de serviço poderia ser feita cessar a todo o tempo por qualquer das partes. Ao abrigo da referida cláusula, a entidade empregadora fez cessar a comissão de serviço e conseqüentemente o contrato de trabalho. A trabalhadora veio então alegar a cessação ilícita do contrato de trabalho por entender ser inválida a estipulação do regime de comissão de serviço, atendendo ao facto de as funções exercidas não se enquadrarem no regime da comissão de serviço.

O tribunal de primeira instância considerou que parte das funções exercidas pela trabalhadora não reclamavam uma especial relação de confiança, não sendo compatíveis com o regime de comissão de serviço. Por essa razão, o tribunal considerou o contrato nulo, nos termos do artigo 280.º, n.º 1 do Código Civil. Ressalvou, no entanto, que os efeitos da nulidade seriam os previstos no artigo 15.º, n.º 1 da LCT, ou seja, o contrato em comissão de serviço produziu os seus efeitos, como se fosse válido

decorrente da violação do artigo 161.º afecta o contrato no seu todo, ressalvando-se apenas que o mesmo produz efeitos como se fosse válido em relação ao tempo durante o qual esteve em execução, ao abrigo do artigo 122.º, n.º 1 do Código do Trabalho. No essencial, são duas as linhas de argumentação que suportam um tal desfecho: por um lado, afirma-se não ser possível dissociar a comissão de serviço do contrato de trabalho⁵³⁸; por outro lado, sustenta-se que a comissão de serviço configura um elemento essencial para a celebração do contrato de trabalho em questão, não sendo razoável supor que as partes, se tivessem previsto a invalidade da (cláusula de) comissão de serviço, tivessem querido a manutenção do contrato de trabalho⁵³⁹.

durante o período em que foi executado, inclusive no que concerne ao modo como ocorreu a cessação do contrato (extinção automática em consequência da cessação da comissão por vontade do empregador). Por sua vez, o Tribunal da Relação de Lisboa veio reiterar o entendimento segundo o qual as funções desempenhadas pela trabalhadora não eram susceptíveis de ser exercidas em regime de comissão de serviço e como tal, o acordo encontrava-se ferido de nulidade nos termos do artigo 294.º do Código Civil, e entendeu que o desfecho seria a invalidade do contrato de trabalho na sua totalidade. De notar que esta última decisão, de que nos servimos para ilustrar uma possível linha de solução para o problema em apreço, foi objecto de revista, tendo culminado com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Fevereiro de 2006 (Proc. n.º 05S3274) – disponível em www.dgsi.pt – que, contrariamente às decisões anteriores, julgou que se tratava de um contrato de trabalho em regime de comissão de serviço válido, não havendo margem para discutir as consequências resultantes da violação de quaisquer normas imperativas.

⁵³⁸ Lê-se do aresto do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Maio de 2005, acima identificado: “O contrato firmado entre as partes é um único, embora com características específicas: é um contrato de trabalho em regime de comissão de serviço”.

⁵³⁹ Sublinha-se no Acórdão : “Ora, certamente que a negociação que o precedeu não deixou de ter em conta o carácter necessariamente temporário da prestação laboral que se visava e a possibilidade de, a todo o tempo, qualquer das partes poder fazer cessar a relação (...). Esses dados foram seguramente relevantes para a estipulação da remuneração e outras regalias (...). Não podemos pois pressupor que, se as partes tivessem previsto que o carácter transitório e reversível das funções a desempenhar pela Autora não era conforme à lei, manteriam a admissão da A. para tais funções e com a mesma remuneração e outras regalias. A nulidade do contrato por ter sido emitido fora da hipótese legal, *maxime*, por as funções a exercer não se enquadrarem nas previstas na lei, afecta, pois, o contrato na totalidade.”. Para uma análise crítica desta decisão, ver especialmente MARIA IRENE GOMES, “Jurisprudência e requisitos materiais...”, *cit.*, págs. 302 e 303.

II – Uma disparidade de posicionamentos semelhante àquela acabada de expor, com interesse para o problema que curamos, foi, aliás, a suscitada, em tempos, no contexto do ordenamento jurídico italiano a propósito da celebração do contrato a termo fora do circunstancialismo material previsto na lei. No período de vigência da *Legge* n. 230/1962, de 18 de Abril, estatuiu o artigo 1.º do referido diploma que “Il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, salvo le eccezioni appresso indicate” indicando-se, logo de seguida, o elenco de situações que legitimavam a aposição do termo (“È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto quando (...)). Em caso de violação do comando legal, isto é, em caso de aposição do termo fora das hipóteses taxativamente previstas, considerava-se, era este o entendimento, o contrato como contrato por tempo indeterminado. Com o regime entretanto introduzido pelo *Decreto Legislativo* n. 368/2001, de 6 de Setembro, passou o artigo 1.º a dispor que “È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”.

A primeira questão que à época suscitou controvérsia foi a do exacto alcance da alteração legislativa registada, *rectius*, a circunstância de o legislador ter abandonado a técnica da lista taxativa de hipóteses de admissibilidade do recurso ao contrato a termo, substituindo-a por uma norma aberta onde passou a fazer alusão a razões de carácter técnico, produtivo, organizativo e substitutivo⁵⁴⁰. Alguma doutrina

⁵⁴⁰ Cumpre assinalar que esta primeira questão perdeu boa parte do interesse, sobretudo desde 2012. As modificações introduzidas ao *Decreto Legislativo* n. 368/2001 – sobretudo através da *Legge* n. 92/2012, de 28 de Junho, do *Decreto-legge* n. 76/2013, de 28 de Junho e do *Decreto-legge* n. 34/2014, de 20 Março 2014 – e, mais recentemente a própria revogação do *Decreto Legislativo* n. 368/2001 e a entrada em vigor do *Decreto Legislativo* n. 81/2015, de 15 de Junho, tornaram clara e inequívoca a intenção do legislador de liberalizar o recurso à contratação a termo, ou seja, a afirmação da tese da “acausalidade”. Actualmente a possibilidade de celebração de contratos a termo por um período de trinta e seis meses é permitida sem quaisquer restrições, incidindo hoje a principal preocupação do legislador sobre o fenómeno da sucessão de contratos a termo celebrados entre o mesmo trabalhador e o mesmo empregador (sobre esta evolução normativa ver, entre outros, MICHELE TIRABOSCHI/PAOLO TOMASSETTI, “Il nuovo lavoro a termine”, *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro – Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34, convertito con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78*, coordenação de Michele Tiraboschi, *Adapt Labour E-book Studies*, n.º 25, ADAPT University Press, 2014, págs. 1 e ss.; e GAETANO ZILIO GRANDI/MAURO SFERRAZZA, “Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?”, *ADL*, 4-5/2014, págs. 925 e ss.).

e a esmagadora maioria das decisões jurisprudenciais que sobre a questão se debruçaram não viram na mudança legislativa uma posição de ruptura com o direito anterior, pese embora reconhecendo que a novidade introduzida em termos de técnica de formulação (o uso de uma cláusula geral) permitia uma menor rigidez na valoração das situações legitimadoras do recurso ao contrato a termo. Permanecia, no entanto, firme o princípio segundo o qual o contrato de trabalho a termo constituía a excepção e o contrato por tempo indeterminado a regra, e como tal, só necessidades que revestissem o carácter transitório constituíam situações legitimadoras do recurso à contratação a termo⁵⁴¹. Para tanto invocou-se o princípio da interpretação em conformidade com o conteúdo da Directiva 1999/70/CE, mormente com o seu Preâmbulo, assim como a circunstância de a lei exigir uma especificação por escrito das razões de carácter técnico, organizativo ou produtivo. Para um segundo sector doutrinal, diversamente, as mencionadas alterações legislativas, em articulação com uma diferente leitura do objectivo da directiva comunitária, confirmavam uma mudança na configuração da relação entre o contrato de trabalho sem termo e o contrato a termo⁵⁴²: este último deixava de ser perspectivado como uma figura excepcional e subalterna do contrato por tempo indeterminado, e as razões objectivas que legitimavam a sua utilização não teriam de assumir carácter temporário. Alguns viram nessa abertura a falência de qualquer controlo sobre as escolhas do empregador – que passaria a poder optar em termos fungíveis pelo contrato a termo ou pelo contrato sem termo⁵⁴³ – assim como outros entendiam que as razões do recurso ao

⁵⁴¹ Na doutrina, manifestaram-se neste sentido VALERI SPEZIALE, “La nuova legge sul lavoro...”, *cit.*, pág. 377 e ss.; ALESSANDRA MISCIONE, “L’apposizione del termine al contratto di lavoro: questioni interpretative sulla temporaneità delle esigenze datoriali”, *ADL*, 2/2005, págs. 620 e ss.; LUIGI MENGhini, “Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della corte di giustizia”, *RIDL*, ano LVII, n.º 4, 2006, págs. 695 e ss., em especial, pág. 700. Para uma síntese das principais técnicas argumentativas que suportavam esta orientação nos tribunais, ver ENRICO RAIMONDI, “Il contratto a termine”, *GDLRI*, ano XXX, n.º 120, 4, 2008, págs. 703 e ss..

⁵⁴² Pronunciaram-se neste sentido, entre outros, ANTONIO VALLEBONA/CARLO PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Pádua, 2001, págs. 28 e ss.; LUIGI MONTUSCHI, “Il contratto a termine: istruzioni per l’uso”, *GDLRI*, ano XXV, n.º 98, 2, 2003, pág. 153; e GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI, “Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato”, *ADL*, 1/2000, pág. 180.

⁵⁴³ MICHEL TIRABOSCHI, “Articolo 1 – Apposizione del termine”, *Il nuovo lavoro a termine – Commentario al D.LGS. 6 Settembre 2001*, n. 368, coordenação de Marco Biagi, Giuffrè, Milão, 2002, pág. 104.

contrato a termo teriam de ser objectivas e não arbitrárias⁵⁴⁴.

Questionou-se, depois – aspecto que aqui nos interessa especialmente –, qual seria a consequência na hipótese de vir a ser celebrado um contrato a termo fora do circunstancialismo material legal. A ausência de uma norma legal que expressamente previsse as consequências abriu o flanco a dúvidas interpretativas, tendo potenciado o desenvolvimento de dois tipos de respostas⁵⁴⁵.

Uma primeira abordagem que veio a prevalecer e a consolidar-se tanto na doutrina⁵⁴⁶ como na jurisprudência⁵⁴⁷ foi a de que, não obstante o silêncio do legislador, a consequência aplicável seria a da conservação do contrato como contrato de trabalho sem termo. Para o efeito, enfatizaram-se diferentes percursos argumentativos e metodológicos. Houve quem lançasse mão do argumento *a fortiori*, sustentando que prevendo a lei a conservação do contrato como contrato por tempo indeterminado em caso de inobservância da forma escrita ou em caso de violação das regras sobre contratos sucessivos, por maioria de razão, deveria ser essa a consequência a extrair naqueles casos em que estivesse em causa um vício respeitante aos requisitos substanciais na celebração do contrato a termo⁵⁴⁸. Outros reclamaram a aplicação, por analogia, da solução expressamente prevista para o caso de sucessão de

⁵⁴⁴ Assim, por exemplo, ANTONIO VALLEBONA/CARLO PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, cit., págs. 28 e ss.; LUIGI MONTUSCHI, “Il contratto a termine...”, cit., pág. 154, refere que, não sendo sindicável o mérito da decisão empresarial, deveria, em todo o caso, poder verificar-se a congruência do motivo (o nexa de causa/efeito) que levava à aposição do termo.

⁵⁴⁵ Repare-se que, em bom rigor, esta segunda questão só deveria assumir significado se o entendimento relativamente à primeira questão coincidissem com a ideia de que o contrato a termo continuava subordinado à observância de determinados limites materiais de validade – nestes termos, igualmente, ENRICO RAIMONDI, “Il contratto...”, cit., pág. 702. Para quem sustentasse a tese da “acausalidade” ou da liberalização total do recurso ao contrato a termo não haveria propriamente que falar em invalidade nem tão pouco haveria razões para uma discussão acerca da extensão da mesma. No entanto, cumpre dizer que nem sempre este aspecto foi devidamente tido em conta no discurso doutrinal.

⁵⁴⁶ Assim, VALERIO SPEZIALE, “La nuova legge sul lavoro...”, cit., pág. 406, posição que o Autor reitera anos depois em “La riforma del contratto...”, pág. 216.

⁵⁴⁷ Vejam-se as extensas indicações jurisprudenciais em MARIAPAOLA AIMO, “Il contratto a termine alla prova”, *LD*, ano XX, 2-3/2006, pág. 467.

⁵⁴⁸ LUIGI MENGHINI, “Precarietà del lavoro...”, cit., pág. 708.

contratos sem observância do prazo mínimo de espera⁵⁴⁹. Outros ainda viram no mecanismo substitutivo previsto no artigo 1419/2 do *Codice Civile* a resposta – mesmo na ausência de uma previsão legislativa expressa –, ora acentuando o facto de se tratar de um mecanismo apto a garantir a conservação do contrato quando estão em causa interesses gerais⁵⁵⁰, ora sublinhando o seu funcionamento em caso de violação de normas que visam a tutela do trabalhador⁵⁵¹.

A segunda abordagem – que teve como defensores *tendencialmente*⁵⁵² os mesmos autores que a respeito da primeira questão se pronunciaram pela liberalização no recurso à contratação a termo – enveredou pelo caminho inverso, *rectius* pela aplicação ao caso do regime inscrito no artigo 1419/1 do *Codice Civile*, coincidente, como se sabe, com o patente no artigo 292.º do Código Civil, convolvendo-se a invalidade parcial numa invalidade total na hipótese de se provar que, sem a parte viciada, o contrato não teria sido concluído. Os principais subsídios interpretativos invocados para a consolidação desta orientação foram os elementos literal e sistemático do diploma em questão, por argumento *a contrario*, elementos que, em rectas contas, também poderiam, em princípio, ser transpostos para e adaptados ao problema que nos ocupa. Fundamentalmente, considerou-se que a partir do momento em que o legislador não estabeleceu qual a consequência para o problema da

⁵⁴⁹ PIETRO ICHINO, *Il contratto di lavoro – III, Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. III, Giuffrè, Milão, 2003, pág. 422. Entendia, contudo, que a solução já deveria ser outra – o recurso à vontade hipotética – quando estivesse em causa um vício de forma.

⁵⁵⁰ VALERIO SPEZIALE, “La nuova legge sul lavoro...”, *cit.*, pág. 406.

⁵⁵¹ Neste sentido, a decisão do *Tribunale de Genova* de 14 de Novembro de 2006, (comentada por ANTONELLO OLIVIERI, “Illegittimità del termine e conseguenze sanzionatorie: un doppio canale di tutela?”, *RGL*, ano LVIII, n.º 4, 2007, págs. 693 e ss.), embora neste caso o tribunal tenha lançado mão de um argumento suplementar: o da solução interpretativa contrária ser vista como uma diminuição do nível geral de protecção dos trabalhadores, violando desse modo a proibição de retrocesso prevista no artigo 8.º, n.º 3 da Directiva 1999/70/CE, respeitante ao acordo quadro relativo a contratos de trabalho a termo; ou ainda, o aresto da *Corte di Cassazione* de 21 de Maio de 2008, n.º 12985, *MGL*, 8/9, 2008, págs. 643 a 650, com anotação crítica de ANTONIO VALLEBONA, “Sforzi interpretative per una distribuzione inefficiente dei posti di lavori stabili”. Na doutrina, *vide* LUIGI MENGHINI, “Precarietà del lavoro...”, *cit.*, pág. 709.

⁵⁵² Esta correspondência nem sempre se fez sentir no discurso doutrinal, havendo autores que, inclinando-se para a tese da “acausalidade”, sustentavam depois a conservação do contrato como contrato sem termo como solução obrigatória, como foi o caso de GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI, “Note preliminari...”, *cit.*, págs. 181 e 182.

celebração do contrato a termo fora do circunstancialismo material e, estando, pelo contrário, a “conversão” em contrato por tempo indeterminado expressamente prevista para os casos de violação das regras sobre sucessão de contratos e renovações, dever-se-ia concluir que o legislador quisera tratar de modo diferente os fenómenos, devendo o primeiro problema ser resolvido com base na disciplina comum civilística⁵⁵³. A par deste raciocínio, e como suporte axiológico deste resultado, assumiu relevância o entendimento de ANTONIO VALLEBONA⁵⁵⁴ a propósito da *ratio* das normas que estabelecem as condições materiais e formais de acesso às modalidades contratuais flexíveis. Segundo o ilustre Autor, o efeito substitutivo automático pressupõe a violação de normas imperativas que digam respeito ou à disciplina dos efeitos do tipo contratual (contrato de trabalho) ou à específica disciplina dos efeitos de um subtipo de contrato de trabalho. No caso da invalidade gerada pela violação de tais normas, o efeito substitutivo é automático, ou seja, tais normas são dotadas por definição de eficácia substitutiva-conservadora, justamente porque visam exclusivamente a tutela do contraente débil, o trabalhador. Já as normas que fixam as condições (substantivas ou formais) de acesso a um subtipo – como é, no entender do Autor, o caso do contrato de trabalho a termo, a tempo parcial, intermitente – não são normas cuja *ratio* exclusiva seja a tutela do contraente débil, mas antes o governo do mercado de trabalho, tendo em vista uma adequada ponderação (“bilanciamento”) entre a exigência geral de diminuir a ocupação (permitindo às empresas modalidades de organização competitivas) e a exigência de evitar abusos. Quando assim seja, a conservação da relação laboral na veste do tipo geral ou comum não é o escopo do sistema, mas apenas uma eventualidade que o legislador considera caso a caso para cada subtipo e para cada vício, valorando, por um lado, o custo em termos de eficiência da organização que advém da imposição de um trabalhador por tempo indeterminado ou a tempo integral (o qual não foi devidamente selecionado para o efeito) e, por outro lado, a função promocional de efectividade da norma violada. Este aspecto legitimaria o intérprete a admitir que, nos

⁵⁵³ Neste sentido, por exemplo, a decisão do *Tribunale di Roma* de 21 de Fevereiro de 2005, anotada por MARCO ORLANDO, “Il “caso Poste” e il conseguente della nullità del termine”, *RGL*, ano LVI, 4, 2005, págs. 706 e ss.; a decisão do *Tribunale di Palermo* de 6 de Maio de 2006, comentada por MARIA LUISA VALLAURI, “Quale sanzione per il contratto a termine illegittimo”, *RIDL*, ano XXXVI, n.º 2, 2007, págs. 395 a 402. Cf. ainda LUIGI MONTUSCHI, “Il contratto a termine...”, *cit.*, pág. 156.

⁵⁵⁴ “Nullità dei contratti...”, *cit.*, págs. 527 e ss..

casos em que o efeito conservador não estivesse expressamente previsto, se pudessem abraçar outros critérios, como, por exemplo, o funcionamento da regra civilística comum (o artigo 1419/1 do *Codice Civile*)⁵⁵⁵.

3.1.1.2. Apreciação crítica

A título preliminar, cumpre notar que, de acordo com as duas abordagens que ficaram retratadas nos seus traços essenciais nas páginas anteriores (e que, com as devidas adaptações, apresentam pontos de contacto com aquelas outras que estiveram na base da querela italiana), a questão jurídica em apreço é perspectivada como um problema de *invalidade* do contrato de trabalho⁵⁵⁶. Trata-se de uma análise que, em

⁵⁵⁵ Enveredando por esta última orientação, surgiu, depois, um fenómeno assaz curioso. Tornando-se aplicável ao caso o regime previsto no artigo 1419/1 do *Codice Civile*, várias pronúncias concluíram que a aplicação da referida disciplina teria como desfecho a nulidade total do contrato de trabalho, porquanto não seria difícil ao empregador provar a essencialidade da cláusula de termo para a conclusão do contrato (ver a sentença do *Tribunale di Roma* de 24 de Novembro de 2010, com anotação de TIZIANA LARATTA, “Brevi note sulle conseguenze sanzionatorie in caso di illegittimità della clausola di durata”, *ADL*, 3/2011, pág. 671 e ss.). Para obviar a este resultado – o da nulidade total do contrato –, alguns sectores da doutrina vieram, no entanto, argumentar que uma interpretação de cariz objectivo do artigo 1419/1 não conduziria, as mais das vezes, à destruição do vínculo, atendendo ao facto de que mesmo sem a cláusula de termo, o contrato manteria a sua utilidade para o empregador (assim, MARIA LUISA VALLAURI, “Quale sanzione...”, *cit.*, pág. 398; dá também algum relevo a este género de argumentação, apesar de considerar que à hipótese em análise se aplica o artigo 1419/2 do *Codice Civile*, LUIGI MENGHINI, “Precarietà del lavoro...”, *cit.*, pág. 709), o que nos parece, em todo o caso, uma opinião difícil de subscrever. Como bem observa ARMANDO PLAIA, “Categorie civilistiche e diritti speciali: la nullità del contratto di lavoro a termine”, *Studium iuris*, 2009, pág. 1188, da circunstância de o legislador não manifestar um interesse normativo num contrato a termo fora das hipóteses previstas na lei não se pode deduzir a subsistência de um interesse do empregador numa relação por tempo indeterminado.

⁵⁵⁶ Segundo JORGE LEITE, “Comissão de serviço”, *cit.*, pág. 157, estaremos perante um contrato de trabalho através do qual foi convencionado o desempenho de determinadas funções em regime de comissão de serviço. Sublinha, no entanto, o Autor que, mesmo a propósito da chamada comissão de serviço externa, existe a possibilidade de configurá-la como um acordo modificativo de um contrato de trabalho. Em termos sintéticos, teríamos um contrato de trabalho para desempenho de funções correspondentes a certa categoria sendo aditado a esse contrato uma cláusula nos termos da qual o trabalhador exerceria, transitoriamente, determinadas funções. Com a cessação da comissão de serviço, o trabalhador regressaria à categoria constante do contrato (submodalidade de comissão de

nosso entender, não merece reparos. Não estamos perante uma questão de (re)qualificação, de apuramento do programa negocial querido pelas partes (efectivamente querido pelas partes) e sua recondução a um determinado esquema legal⁵⁵⁷. As partes, ao denominarem e definirem a estrutura da relação contratual, manifestaram a vontade de pôr em prática uma relação com as características correspondentes a uma relação de trabalho subordinado em regime de comissão de serviço. Não há, pois, uma desconformidade entre o *nomen* escolhido pelas partes e as estipulações que integram o contrato, desconformidade que reclame uma operação de requalificação. O que sucede é que não são observadas as regras imperativas que o sistema jurídico estabelece quando as partes pretendem celebrar um contrato de trabalho em comissão de serviço.

Ora, sendo o problema visto sob o prisma indicado – o da invalidade parcial do contrato de trabalho⁵⁵⁸, de uma das suas cláusulas – não podemos concordar com a primeira abordagem que sufraga a aplicação ao caso do regime jurídico comum da redução previsto no artigo 121.º, n.º 1 do Código do Trabalho, o qual, de facto, de

serviço com garantia de emprego) ou extinguir-se-ia o contrato (submodalidade de comissão sem garantia de emprego). Tudo se passaria como se ocorressem dois factos jurídicos cronologicamente contemporâneos, mas logicamente sucessivos: um contrato de trabalho e um acordo modificativo. Pese embora esta configuração, passível de ser feita, o Autor acaba por concluir que tudo não passará de um único facto jurídico, um contrato de trabalho que compreende um determinado acervo de cláusulas.

⁵⁵⁷ Alertando também para esta distinção, num contexto mais geral, ANTONIO VALLEBONA, “La nullità dei contratti...”, *cit.*, pág. 531.

⁵⁵⁸ Deste ponto de vista, ainda assim, a análise feita no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Maio de 2005 não é totalmente líquida. Por um lado, afirma-se que a comissão de serviço tem um carácter indissociável do contrato de trabalho. Por outro, formula-se o raciocínio segundo o qual, se as partes tivessem previsto a invalidade da comissão de serviço, não teriam querido a manutenção do contrato de trabalho. Com esta dupla argumentação fica-se sem perceber, em rectas contas, o que determina, segundo esta abordagem, a destruição total do contrato. Se tal resulta do facto de se considerar estarmos perante um elemento essencial do tipo que, uma vez inválido, tem como consequência inevitável a nulidade do contrato de trabalho. Se, pelo contrário, estando em causa uma cláusula secundária do contrato, a destruição advém da circunstância de se tratar, do ponto de vista subjectivo, de um elemento decisivo para o concreto negócio desenhado pelas partes. Ora, mesmo que a questão não se possa colocar nos exactos termos em que se coloca a propósito do contrato de trabalho a termo, julga-se que o enquadramento mais adequado é aquele que não o reconduz a um elemento essencial do tipo contrato de trabalho, mas a uma estipulação secundária aposta a um contrato de trabalho através da qual as partes convencionam que o exercício de determinadas funções pode cessar a todo o tempo.

acordo com o seu sentido literal abrangência, à partida, todos os negócios que padeçam de uma invalidez parcial e independentemente do fundamento da invalidez parcial em causa⁵⁵⁹.

É que uma vez mais existe um aspecto cujo alcance importa não descurar: a *ratio* das normas imperativas violadas, no caso, o artigo 161.º do Código do Trabalho. Como afirmámos anteriormente, a lei condiciona a validade do acordo ao preenchimento de determinadas condições materiais, faz depender a validade do acordo do preenchimento de um circunstancialismo fáctico-normativo especial: estar em causa o exercício de cargos de direcção, funções de secretariado ou, se tal for previsto por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, outras “funções cuja natureza também suponha especial relação de confiança em relação a titular daqueles cargos”. O móbil destas restrições materiais reside na tutela de interesses relevantíssimos do trabalhador que uma estipulação daquele tipo é susceptível de pôr em xeque – como sejam os princípios da irreversibilidade da categoria profissional, da irredutibilidade da retribuição, e na hipótese de contrato de comissão de serviço externa, sem garantia de emprego, o princípio da causalidade do despedimento –, e que o trabalhador, em razão da sua debilidade negocial, num cenário de total liberdade negocial, tenderia a sacrificar de forma altamente lesiva⁵⁶⁰. Ora, se numa hipótese de acordo de comissão de serviço inválido por violação do disposto no artigo 161.º do Código do Trabalho, se fizer aplicação, sem reservas, do regime comum da redução, tal acabará por redundar, as mais das vezes, numa solução de invalidez total do contrato, de sacrifício do vínculo laboral e de frustração das finalidades de

⁵⁵⁹ Em tom igualmente crítico, no contexto da querela que envolveu a doutrina e a jurisprudência italianas, ver ENRICO RAIMONDI, “Il contratto...”, *cit.*, pág. 711.

⁵⁶⁰ É claro que num domínio como o da comissão de serviço não se poderá dizer que o recurso à figura represente sempre e apenas interesses do empregador. Do lado do trabalhador, pode também haver interesse, desde logo, porque a prestação de trabalho em comissão de serviço é normalmente acompanhada de uma retribuição acrescida, o que constitui um aspecto aliciante. Uma constelação de interesses deste tipo encontra, aliás, semelhanças com a que ocorre no chamado acordo de isenção de horário (artigo 218.º e ss. do Código do Trabalho) que, sendo uma estipulação que comprime a esfera de autodisponibilidade do trabalhador em matéria de duração e distribuição do tempo de trabalho em prol de interesses empresariais, não deixa ainda assim de traduzir um atractivo para o trabalhador pela retribuição majorada que se lhe associa, e que, nesse caso, a própria lei impõe (cf. o artigo 265.º do Código do Trabalho).

protecção da norma imperativa infringida, em homenagem a uma vontade hipotética do empregador que não merece tutela.

Mais acertadas nos parecem, pois, atendendo à intencionalidade problemática do caso, as abordagens que sustentam, como critério jurídico aplicável, ora o regime previsto no artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho, ora uma solução semelhante àquela que o sistema prevê na hipótese de violação das condições formais de acesso às modalidades contratuais flexíveis (v.g. o artigo 162.º, n.º 4 do Código do Trabalho⁵⁶¹). Em termos substanciais, estas duas abordagens equivalem-se: o resultado consiste em circunscrever a nulidade decorrente da violação do artigo 161.º à cláusula comissão de serviço, ou seja, à cláusula que permite que as funções acordadas possam cessar, a todo o tempo, por manifestação de vontade de qualquer das partes, não afectando a subsistência do vínculo laboral, valendo no lugar do regime normativo específico introduzido através da referida cláusula nula – cujo traço mais significativo (não o único) consiste em permitir às partes a cessação das funções a todo o tempo – a disciplina laboral comum⁵⁶². O que as distingue fundamentalmente é a dimensão metodológica ou os momentos metodológicos que as suportam. A primeira, ao sustentar a aplicação do artigo 121.º, n.º 2, considera possível mobilizar do sistema uma norma directamente aplicável ao caso, isto é, considera que a realização do direito se faz por mediação de uma norma preexistente no sistema. A

⁵⁶¹ Recorde-se, por exemplo, que durante o período de vigência do Decreto-Lei n.º 404/91, de 16 de Outubro, a lei, a respeito da inobservância da forma e das formalidades legais impostas para o trabalho exercido em comissão de serviço, só se pronunciava expressamente relativamente a um ponto concreto – falta de redução a escrito da menção de que o cargo ou funções a desempenhar em comissão de serviço – deixando na sombra as consequências da inobservância de outras formalidades. Este silêncio não impediu que alguma doutrina tivesse vindo sustentar uma *interpretação extensiva* do artigo 3.º, n.º 3, incluindo também no âmbito de aplicação da norma a falta de redução a escrito do acordo relativo ao exercício de cargos em regime de comissão de serviço, a falta de assinatura de cada uma das partes ou até, em alguns casos, a falta de referência à categoria ou funções em que o trabalhador se deveria considerar colocado finda a comissão – neste sentido, MARIA IRENE GOMES, “Principais aspectos do regime jurídico do trabalho exercido em comissão de serviço”, *Estudos de Direito do Trabalho em homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea*, Almedina, Coimbra, 2004, págs. 258 e 259.

⁵⁶² Não nos repugna aceitar que, à semelhança do que sustentámos em termos mais genéricos no capítulo anterior (parte II, A, capítulo II, ponto 7.2), a nulidade do efeito pretendido pelas partes possa arrastar concomitantemente a destruição de um eventual suplemento remuneratório que tivesse sido convencionado como conexo ou indissolúvelmente ligado à estipulação da “comissão de serviço”.

segunda, por entender não ser já possível a mobilização de uma norma do sistema directamente aplicável ao caso ou que para ele possa ser critério disponível e imediato, sustenta uma autónoma constituição normativa para o caso, com recurso à *analogia*⁵⁶³. Fundamentalmente, considera-se que a intencionalidade problemática do caso em apreço revela semelhanças⁵⁶⁴ com a de outros casos pressupostos pelo sistema – o da inobservância da forma para a celebração do contrato em comissão de serviço, o da inobservância das condições materiais para o recurso à contratação a termo –, sendo a solução neles previstas adequada à questão que nos ocupa. Quanto a este aspecto, admitimos que a circunstância de a substituição da cláusula acessória assumir neste caso consequências regimentais particularmente relevantes, pelo facto de implicar a desaplicação de um conjunto de preceitos, possa suscitar dificuldades à directa aplicação do artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho, tornando-se preferível, pois, a outra via.

⁵⁶³ Ainda que, no sentido afirmado por ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, BFDUC, STUDIA IURIDICA, 1, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, págs. 270 e 271, mesmo quando a realização do direito se faz por mediação de uma norma, leia-se por aplicação do artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho, essa assimilação e referência implicarão sempre um juízo analógico.

⁵⁶⁴ Sobressaem essencialmente semelhanças e não tanto diferenças no confronto entre os problemas, daí que se afigure amplamente duvidoso que se possa mobilizar neste contexto o argumento *a contrario* – a partir do artigo 162.º, n.º 4 do Código do Trabalho – para sustentar a interpretação de que em caso de inobservância das condições materiais para a celebração de um contrato em comissão de serviço se aplica o regime oposto, o regime da redução comum. Para além disso, seguindo os ensinamentos de JOÃO BAPTISTA MACHADO (*Introdução ao Direito...*, *cit.*, pág. 187), a mobilização deste último argumento, pressupondo a existência de uma norma excepcional, apenas tem força plena quando se consiga mostrar a existência de uma implicação intensiva (ou replicação) entre a hipótese e a estatuição da norma, isto é, mostrar que a consequência jurídica só se produz quando se verifique a hipótese e que tal consequência só se produz quando se verifique tal hipótese, conclusão que, quanto a nós, não é, de todo, inequívoca atenta a formulação utilizada no artigo 162.º, n.º 4.

3.1.2. Comissão de serviço *interna* para provimento de funções que exorbitam o círculo de hipóteses demarcado pela lei

3.1.2.1. Tratamento jurisprudencial

Consideremos agora a hipótese de um trabalhador, com anterior vínculo jurídico-laboral à empresa, acordar com a entidade empregadora o desempenho de funções “em regime de comissão de serviço”, não se enquadrando, porém, as funções acordadas e exercidas pelo trabalhador no círculo de funções demarcado.

Estribando-nos na premissa incontornável de que a consequência da violação da disposição legal imperativa em apreço, o artigo 161.º do Código do Trabalho, é a *nulidade*, a verdade é que o alcance da referida nulidade é questão que não se afigura líquida e longe de corresponder a um problema de índole estritamente teórico-dogmática, apresenta inequívoca relevância prática, como aqui nos importa evidenciar⁵⁶⁵.

⁵⁶⁵ Uma questão de contornos distintos da enunciada no texto, assaz debatida na nossa jurisprudência, prende-se com a celebração do acordo de isenção de horário de trabalho não precedido da autorização da autoridade para as condições de trabalho (quando tal procedimento autorizativo era previsto na lei – artigo 13.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 409/71, de 27 de Setembro –, o que deixou de se verificar a partir de 2003). Colocava-se então a questão de saber quais os efeitos que resultavam da inobservância do mencionado requisito procedimental – uma vez que a lei nada dizia a esse respeito – o que, na grande maioria dos casos, em termos práticos, se saldava em saber se e em que termos o trabalhador teria direito a ser remunerado pelo trabalho entretanto prestado.

Foram então trilhadas duas respostas possíveis. Ou se entendia que aquele formalismo constituía uma mera burocracia sem reflexos no plano da eficácia do acordo de isenção, o que levaria a concluir que, sendo o acordo de isenção não precedido de autorização, o trabalhador teria direito a auferir a retribuição especial que a lei faz corresponder ao regime de isenção de horário. Foi o entendimento secundado por alguma jurisprudência com apoio na posição de ANTÓNIO MENEZES CODEIRO, *Isenção de horário, Subsídios para a dogmática actual do Direito da Duração do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2000, págs. 95 e ss.. Ou, pelo contrário, considerava-se que a formalidade em causa correspondia a uma formalidade essencial para a validade do acordo de isenção de horário (nestes termos, JORGE LEITE/COUTINHO DE ALMEIDA, *Colectânea de Leis do Trabalho, cit.*, pág. 133; e FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *Comentário às Leis da Duração do Trabalho e do Trabalho Suplementar*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 73, sendo esse também o posicionamento dominante na jurisprudência). Neste último caso, porém, a questão das consequências resultantes de um acordo de isenção inválido deu origem a posicionamentos muito diversificados (como ilustram as decisões colhidas em www.dgsi.pt). Deparamo-nos com pronúncias segundo as quais, não tendo

havido comunicação à entidade competente para a inspeção das condições de trabalho e, não podendo o trabalho prestado fora do horário normal de trabalho ser tido como prestado em regime de isenção de horário de trabalho, deveria, por isso, ser remunerado como trabalho suplementar (assim, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23 de Maio de 2005, processo n.º 0415682; ou o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Junho de 2003, processo n.º 02S2767). Paralelamente, avultam decisões que sustentam o direito do trabalhador receber a retribuição especial que a lei faz corresponder ao regime de isenção (entre outros, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Julho de 1996, processo n.º 004296). Por seu turno, mais recentemente, em alguma jurisprudência dos nossos tribunais superiores tem prevalecido o entendimento de que, não podendo o trabalho prestado ser considerado como prestado em regime de isenção de horário, não poderia haver lugar ao pagamento de qualquer quantia (neste sentido, algumas decisões do Supremo Tribunal de Justiça, designadamente a de 21 de Outubro de 2009, processo n.º 102/05.7TTVRL.S1; e a de 13 de Setembro de 2009, processo n.º 06S1068). De acordo com este último entendimento, quando a lei faz depender a validade do acordo de isenção de uma autorização administrativa, tem em vista proteger o próprio trabalhador para que assim se não veja postado numa situação em que, por livre arbítrio da sua entidade patronal, seja lesado no seu direito ao descanso e lazer, ao respeito pela organização de horários e aos limites dos períodos normais de trabalho. Daí retiram as decisões jurisprudenciais mencionadas que o trabalhador, mesmo figurando como “parte mais fraca”, poderá sempre: (i) recusar-se a celebrar o acordo de isenção; (ii) exigir que a sua entidade patronal proceda à obtenção de autorização junto da competente autoridade administrativa. Donde, concluem, quando exista inércia do trabalhador em exigir da sua entidade patronal a observância dos requisitos legais, não poderá aquele pretender obter uma qualquer remuneração.

Sem nos alongarmos propriamente sobre a questão, entendemos que podem dirigir-se alguns argumentos contra esta última orientação seguida pelo Supremo Tribunal de Justiça. Em primeiro lugar, parece-nos que as pronúncias em causa tendem a confundir dois aspectos relacionados com a autorização administrativa. De um lado *estão os interesses que a lei visava proteger através da imposição de uma autorização administrativa*. Desse ponto de vista, não há dúvida que a autorização administrativa constituía um requisito estabelecido para protecção de interesses do trabalhador. Mas dizer isso não significa que *o sujeito interessado em obter a autorização administrativa* – no seu deferimento, entenda-se – fosse principalmente o trabalhador... Mesmo que a isenção de horário possa, em certa medida, corresponder também a um instituto aliciente do ponto de vista do trabalhador (pela remuneração especial que lhe está associada), é inequívoco que ele corresponde primordialmente a uma ferramenta de interesse da empresa. Daí que a lei, quando prescrevia a necessidade da referida autorização, se referisse expressamente a “requerimento das entidades empregadoras” (artigo 13.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 409/71, de 27 de Setembro). Aliás, mesmo admitindo que a obtenção da referida autorização possa corresponder também a um interesse do trabalhador, a verdade é que não deixa de constituir um dado perigoso e desfasado da realidade empírica e sociológica supor ou assumir, pelo menos em termos indiferenciados, que o trabalhador se encontra, durante o desenvolvimento da relação laboral, em condição de recusar a realização da prestação por falta da referida autorização. Em suma,

Um tipo de resposta possível, e já avançado na nossa jurisprudência, é o de considerar que, em caso de celebração de um acordo para exercício de funções em comissão de serviço para provimento de cargos que a lei não admite, deve o trabalhador regressar à situação existente antes da data da celebração do mencionado acordo, designadamente, deve retomar o exercício das funções correspondentes à categoria que detinha antes, e eventualmente, caso tenha sido acordado o pagamento de uma importância acrescida pelo exercício de funções em regime de comissão de serviço, deixar de poder exigir o pagamento dessa eventual remuneração acrescida⁵⁶⁶.

Algumas decisões, perspectivando o acordo de comissão de serviço nulo como *uma relação laboral inválida*, entenderam ser de aplicar directamente nestes casos o regime jurídico específico consagrado na lei laboral, no que se refere aos efeitos decorrentes da invalidade do contrato de trabalho, leia-se, a disciplina prevista no artigo 15.º, n.º 1 da LCT (actual artigo 122.º, n.º 1 do Código do Trabalho), o qual dispõe, recorde-se, que “o contrato de trabalho nulo ou anulado produz efeitos como se fosse válido em relação ao tempo durante o qual esteve em execução”⁵⁶⁷. Já noutros acórdãos, o acordo de comissão de serviço é analisado como *um acto*

afirmar que a falta de autorização constitui, em última instância, um facto imputável ao trabalhador (pela sua inércia ou falta de diligência) é, em nosso entender, subverter claramente os termos do problema.

⁵⁶⁶ A este nível registam-se apenas ligeiras diferenças no modo como esse percurso é racionalizado pela jurisprudência (de novo disponível em www.dgsi.pt). Há quem assuma, sem particulares hesitações nem esclarecimentos, que a nulidade do acordo de comissão de serviço arrasta automaticamente consigo a destruição do outro efeito acordado – o pagamento do subsídio de comissão de serviço (assim, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Setembro de 2002, processo n.º 02S1197). Outras pronúncias, como é o caso do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Maio de 2005, processo n.º 04S779, optam por uma abordagem mais complexa e consideram que, sendo a consequência da violação da disposição legal imperativa a *nulidade*, se deve averiguar se estamos perante uma nulidade parcial – apenas do acordo de funções – ou total – abrangendo, portanto, também a estipulação que prevê o subsídio –, nos termos do artigo 292.º do Código Civil ou do artigo 121.º, n.º 1 do Código do Trabalho. O resultado final não é significativamente distinto, porquanto, também por essa via, fazendo apelo ao critério da vontade hipotético-conjectural das partes, se conclui que o referido acordo retributivo teria sido contrapartida condição *sine qua non* do exercício do cargo em comissão de serviço...

⁵⁶⁷ Neste sentido, vejam-se os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, já citados, de 25 de Setembro de 2002, processo n.º 02S1197, e de 4 de Maio de 2005, processo n.º 04S779.

*modificativo inválido de um contrato de trabalho válido*⁵⁶⁸. Surgem apenas divergências entre aqueles que sustentaram ser aplicável ao acto modificativo inválido de um contrato de trabalho válido o regime jurídico previsto no Código Civil para a nulidade e anulabilidade do negócio jurídico, concretamente o artigo 289.º, n.º 1 do Código Civil⁵⁶⁹, e o posicionamento dos que recorreram à regra contida no artigo 122.º, n.º 2 do Código do Trabalho⁵⁷⁰, segundo o qual “ao acto modificativo de contrato de trabalho que seja inválido aplica-se o disposto no número anterior, desde que não afecte as garantias do trabalhador”⁵⁷¹. Em todo o caso, a doutrina e a

⁵⁶⁸ Foi esta a perspectiva seguida pelo Tribunal da Relação de Lisboa no Acórdão de 3 de Outubro de 2001, processo n.º 0026944 (também disponível em www.dgsi.pt). Mais recentemente, este foi também o enquadramento acolhido no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de Dezembro de 2013, processo n.º 305/11.5TTLSB.L1-4.

⁵⁶⁹ Assim, o Acórdão do Tribunal da Relação de 3 de Outubro de 2001, processo n.º 0026944, *supra* mencionado. MÁRIO PINTO/PEDRO FURTADO MARTINS/ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis do Trabalho, cit.*, pág. 73) consideravam tratar-se de uma questão não regulada na LCT, sendo por isso de aplicar o regime do Código Civil. Já outros Autores, como JOSÉ ACÁCIO LOURENÇO, no parecer emitido a propósito de um caso similar, chegavam à mesma conclusão, mas através de um percurso ligeiramente distinto. Segundo o Autor, não haveria uma omissão, mas um afastamento expresso do regime laboral nas hipóteses em questão, o que seria sugerido pela própria redacção do n.º 2 do artigo 15.º da LCT (“Produzem igualmente efeitos os actos modificativos do contrato praticados durante o período de eficácia deste, *salvo se, em si mesmos, forem feridos de nulidade*” – itálico nosso).

⁵⁷⁰ Nestes termos, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de Dezembro de 2013, processo n.º 305/11.5TTLSB.L1-4 (disponível em www.dgsi.pt).

⁵⁷¹ Assumindo que a referida norma se dirige às hipóteses de actos modificativos inválidos de contrato de trabalho seja este último *válido* ou *inválido*, na esteira do que vem sendo sustentado por alguns sectores doutrinários, desde 2003 (assim, PEDRO MADEIRA DE BRITO, Anotação ao artigo 115.º do Código do Trabalho, *in* AA.VV., *Código do Trabalho Anotado*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 256; e MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, *cit.*, págs. 217 e 218). Na base deste último entendimento parece ter estado o facto de o artigo 115.º, n.º 2 do Código do Trabalho de 2003 (preceito correspondente ao actual artigo 122.º, n.º 2) ter passado a utilizar a expressão “aos actos modificativos inválidos *de contrato de trabalho...*” *tout court*. Trata-se, em todo o caso, de uma leitura que suscita algumas dúvidas em face de outros elementos interpretativos disponíveis (designadamente o facto de a epígrafe do artigo ser, como sempre foi, “Efeitos da *invalidade de contrato de trabalho*”, e o preceito, na sua génese, ter surgido para disciplinar os actos modificativos de contratos de trabalho inválidos...). De notar, aliás, que, com a vinda a lume da última grande reforma laboral, em 2009, a mencionada leitura abrangente já não detém exactamente o mesmo suporte literal, dado que a norma voltou a sofrer uma alteração na redacção. Atento o teor do actual

jurisprudência acabariam por reconhecer que a opção por uma ou outra alternativa não se saldava, em muitos casos⁵⁷², em resultados significativamente distintos⁵⁷³.

Regressando à questão principal, há quem extraia outro tipo de consequências da nulidade do acordo para prestação de trabalho em regime de comissão de serviço fora do círculo de hipóteses admitido por lei. De acordo com uma segunda abordagem, deve, nesses casos, proceder-se à reclassificação do trabalhador na categoria profissional consentânea com as funções que entretanto foram sendo por ele desempenhadas⁵⁷⁴. Quer dizer, diversamente da posição vinda de expor que sustenta a

artigo 122.º, n.º 2 do Código do Trabalho, não resulta evidente que o mesmo se reporte, sem mais, aos actos modificativos de contrato de trabalho inválido ou válido. Quando muito, poder-se-á dizer que a lei, ao usar a expressão “a acto modificativo de contrato de trabalho que seja inválido...”, abre a porta a duas possíveis leituras: ou preceito se ocupa dos actos modificativos (válidos ou inválidos) *de um contrato de trabalho que seja inválido* ou a norma se reporta aos efeitos *de actos modificativos inválidos* de um contrato de trabalho (válido ou inválido)...

⁵⁷² A afirmação compreende-se se se partir do pressuposto de que, na actividade laboral, o salário corresponde ao valor da actividade desenvolvida. Nesse caso, como as partes podem recorrer à compensação, nenhuma delas terá de devolver nada. Mas pode suceder (como já foi aventado entre nós – nestes termos, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho, cit.*, pág. 486) que essa equivalência não se verifique, cabendo ao tribunal determinar o valor do trabalho prestado. Por outro lado, algumas decisões assinalaram outro aspecto que não tornaria a opção por uma das duas respostas (totalmente) destituída de relevância prática: o facto de o regime específico de invalidade da lei laboral permitir que o trabalhador reclamasse do empregador salários que, não lhe sendo devidos, por causa da invalidade do contrato, aquele não lhe tivesse pago, durante o período em que o contrato inválido foi executado, bem como o pagamento de diferenças salariais que o empregador também não lhe tivesse pago, de acordo com o salário que lhe seria devido, se o contrato fosse válido. Neste sentido, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Setembro de 2002, bem como o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de Dezembro de 2013, ambos mencionados *supra*.

⁵⁷³ Assim, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, cit.*, pág. 298.

⁵⁷⁴ Cf. o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de Janeiro de 2012, processo n.º 1041/07.2TTLSB.L1-4, colhido em www.dgsi.pt. A trabalhadora em causa tinha sido admitida por uma empresa de correios em 1981 para desempenhar funções de técnica postal e de gestão. Em 1993, a entidade empregadora nomeou a trabalhadora, em comissão de serviço, como chefe de estação de correios, momento a partir do qual a trabalhadora passou a auferir alguns subsídios adicionais (chefia, telefone e residência). Em 2006, a entidade patronal exonerou a trabalhadora das funções de chefia e declarou cessado o pagamento dos subsídios suplementares. A trabalhadora entendeu que tinha direito a ser requalificada na categoria profissional de assistente de gestão e ao pagamento dos subsídios que a entidade empregadora entretanto deixara de pagar, invocando para o efeito a nulidade da comissão de

reposição do *status quo ante* (discutindo-se apenas se o acordo produziu efeitos, como se fosse válido, em relação ao tempo durante o qual esteve em execução), esta outra orientação entende que o trabalhador não tem de retomar as funções desempenhadas anteriormente, mas, ser-lhe reconhecida outrossim, por força da aplicação das regras gerais, designadamente, do princípio da correspondência entre a actividade exercida e a categoria, a categoria profissional com as funções que entretanto exerceu.

3.1.2.2. Olhar crítico

As duas abordagens vindas de descrever distinguem-se, antes do mais, por adoptarem perspectivas bastantes diferentes acerca do *quid* que é atingido pela invalidez.

serviço por inobservância das condições materiais para a sua celebração e o princípio da irredutibilidade da retribuição.

O tribunal de 1.^a instância julgou improcedente o pedido da trabalhadora da reclassificação profissional, pressupondo que a comissão de serviço havia sido validamente constituída e que, dessa maneira, sendo o exercício das funções de chefe de correios transitório e reversível, a trabalhadora deveria regressar às funções correspondentes à categoria que detinha anteriormente.

O Tribunal da Relação, dando razão à trabalhadora, entendeu que as funções exercidas pela trabalhadora como chefe de correios não se enquadravam nos cargos susceptíveis de serem exercidos em comissão de serviço à luz do Decreto-lei n.º 404/91, pelo que concluiu que a comissão de serviço estabelecida era nula nos termos do artigo 294.º do Código Civil. Sendo nula a comissão de serviço, colocava-se a questão, segundo o tribunal, de aferir se, perante o exercício continuado, durante cerca de treze anos, das funções de chefe de correio, à trabalhadora devia, ou não, ser reconhecida uma categoria profissional distinta da que anteriormente detinha de *Técnico Postal de Gestão*, designadamente, a categoria profissional prevista no acordo de empresa de *Assistente de Gestão*, por ser esta mais consentânea com as funções efectivamente desempenhadas durante aquele largo período temporal. Depois de apurar que não se verificava no caso nenhuma das derrogações ao princípio da correspondência entre a actividade exercida e a categoria do trabalhador – *maxime* o *ius variandi* e a polivalência funcional (terminologia usada ao abrigo da LCT) – concluiu o tribunal que, tendo a trabalhadora desempenhado durante quase catorze anos as funções de chefe de correio, tinha direito a ser reclassificada na categoria profissional que melhor correspondesse às funções de chefe de correio, em conformidade com o princípio do reconhecimento da categoria.

Na doutrina, supomos ser este o entendimento de LUÍS MIGUEL MONTEIRO, “Regime jurídico do Trabalho em Comissão de Serviço”, *cit.*, pág. 524, quando defende que o recurso à comissão de serviço para provimento de cargos que não a admitem “*suscita a aplicação das regras gerais do Direito do Trabalho, maxime as relativas à protecção da categoria profissional*”.

Para as primeiras, o acordo de exercício de funções em regime de comissão de serviço é visto como um dado uno que é radicalmente atingido pelo fundamento de invalidade, daí que, dessa perspectiva, o problema que se coloca seja apenas o dos efeitos da invalidade do acordo, analisado ora como relação laboral inválida, ora como acto modificativo inválido.

Já a segunda orientação parece enfrentar o acordo de exercício de funções em regime de comissão de serviço de um outro ângulo: como um acto jurídico susceptível de uma certa parcelização. Ao estabelecerem um acordo para prestação de trabalho em comissão de serviço, as partes convencionam uma modificação do contrato de trabalho, *maxime* uma alteração das funções a desempenhar pelo trabalhador, acordando que as mesmas serão exercidas em regime de comissão de serviço, o que tem como traço regimental mais marcante o facto de o exercício das referidas funções poder cessar, a todo o tempo, por manifestação da vontade de qualquer uma das partes. Ora, ainda que o facto modificativo do contrato se analise num único acordo – o acordo para a prestação de trabalho em regime de comissão de serviço – de um ponto de vista analítico, o acordo desdobra-se, se assim quisermos dizer, em dois segmentos, o da modificação das funções e o da aplicação de um determinado regime jurídico. Vistas as coisas sob este prisma, dir-se-á que em caso de inobservância dos requisitos materiais, a nulidade não afecta a subsistência do acordo modificativo de funções, simplesmente uma parcela dos efeitos jurídicos pretendidos pelas partes – exercer as funções em regime de comissão de serviço – não se produzem, valendo em relação às funções acordadas outrossim as regras gerais do Direito do Trabalho, *rectius*, as relativas à protecção da categoria profissional e da irreduzibilidade da retribuição. A nulidade resultante da violação da norma imperativa apenas retira a “coloração”⁵⁷⁵ que as partes pretendiam imprimir a um determinado acordo de funções, entenda-se, a sua sujeição ao regime de comissão de serviço⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ Na sugestiva expressão de MARIA IRENE GOMES, *A comissão de serviço...*, *cit.*, pág. 151.

⁵⁷⁶ Note-se que, seguindo esta linha de pensamento, o problema autonomizado pela outra orientação exposta não chega a assumir relevância. Porque a violação da norma imperativa em questão apenas retira a coloração que as partes pretendiam imprimir a um determinado acordo de funções, sujeitando-o àquele que será de considerar como regime-regra do nosso ordenamento, não há por quê discutir a questão dos efeitos da nulidade do acordo, *maxime*, saber se o acordo produz efeitos como se fosse válido durante o tempo em que esteve em execução.

Primo conspectu, somos tentados a dizer que qualquer dos dois enquadramentos nos parece passível de ser adoptado, não havendo, portanto, razões para rejeitar liminarmente nenhum dos percursos. Uma análise mais reflectida levamos, porém, a reconhecer uma maior consistência à segunda das posições expostas, quer de um ponto de vista técnico, quer num plano teleológico-substancial.

Repare-se que, dessa maneira, existe até uma maior sintonia com o raciocínio que vem sendo desenvolvido a propósito da comissão de serviço de trabalhadores externos. Aí admitiu-se, como vimos, que a comissão de serviço consubstanciava um elemento acessório do contrato de trabalho, e que, no caso da sua estipulação fora das condições materiais previstas na lei, haveria uma contradição parcial do contrato com a lei, cabendo depois decidir se essa contradição meramente parcial significava apenas a invalidade da parte directamente afectada ou implicava a totalidade do vínculo laboral. Ora, nessa hipótese considerou-se que a inobservância dos requisitos materiais apenas retiraria a coloração que as partes pretendiam com a consagração do exercício das funções em comissão de serviço.

Um outro argumento complementar conduz-nos a dar primazia a este resultado interpretativo. Na verdade, a abordagem que se orienta no sentido da subsistência do acordo de modificação de funções apenas amputado dos efeitos pretendidos pelas partes (subtraindo a aplicação de um regime e a sua substituição por outro, o comum) perfila-se como uma solução de reforço da efectividade e da tutela pretendida através das normas laborais violadas. Se a violação do comando imperativo, nos termos do qual o recurso ao regime da comissão de serviço está delimitado a um certo tipo de situações materiais, tivesse apenas por efeito a reposição integral do *status quo ante*, regressando o trabalhador às funções (e à retribuição) anteriormente convencionadas, verdadeiramente, a parte contratante que deveria ter orientado a sua conduta de acordo com a norma imperativa acabaria por não sofrer particulares desvantagens com a transgressão e a eficácia da norma imperativa violada acabaria por ficar seriamente comprometida. Este aspecto é posto em evidência por GIORGIO FONTANA. Reportando-se, em termos mais gerais, à insuficiência da sanção nulidade, quando não acompanhada por outras sanções ou astreintes, este autor sustenta que “La nullità, così intesa, non varrebbe affatto a scoraggiare la parte dall’inosservanza della norma al cui presidio essa è stata eretta; il suo effetto dissuasivo – ripetesì: nel sistema codicistico garantito dalla sicura e totale “frustrazione” dell’atto difforme – si affievolirebbe fino a diluirsi del tutto nella ovvia rarefazione dell’interesse a far valere la nullità da parte

del contraente più debole che l'inosservanza della norma inderogabile subisce". E mais à frente: "disancorare, però, nel rapporto di lavoro la nullità (che costituisce un valore di segno prettamente negative) dall'astreinte del regolamento legale positivo, è come vanificare il carattere "preclusivo" della norma inderogabile"⁵⁷⁷.

3.1.3. Comissão de serviço e negócio simulado

Pode dar-se o caso de esta segunda categoria de situações assumir contornos mais complexos e delicados. Referimo-nos àquelas hipóteses em que um trabalhador, com anterior vínculo jurídico-laboral à empresa, acorda com a entidade empregadora o desempenho de certas funções "em regime de comissão de serviço", mas, em bom rigor, as novas funções não são verdadeiramente novas, pois correspondem às que o trabalhador vinha já desempenhando até ao momento, ao que acresce o facto de não preencherem o circunstancialismo normativo especial que a lei associa à comissão de serviço.

Este tipo de factualidade foi aquela que esteve na base dos litígios que deram origem aos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Setembro de 2002 e de 4 de Maio de 2005⁵⁷⁸. Recordando em pinceladas largas: estavam em causa trabalhadores que exerciam funções de jornalista através de contratos de trabalho com cláusula de exclusividade pela qual auferiam uma majoração salarial; a dada altura, as entidades empregadoras põem termo ao regime de exclusividade e à referida majoração salarial, mas logo de seguida, celebram com os trabalhadores acordos intitulados "Acordo relativo ao exercício de cargo em regime de comissão de

⁵⁷⁷ "I rapporti di lavoro atipico", *cit.*, págs. 373 e 374. Com base nesta compreensão, o Autor teceu, aliás, várias críticas a uma solução proposta por uma corrente jurisprudencial em Itália para o caso de inobservância da forma escrita na constituição de um contrato de trabalho a tempo parcial. Foi apanágio de alguma jurisprudência considerar que nesses casos deveria haver lugar à aplicação do artigo 2126 do *Codice Civile*, reputando o contrato nulo e apenas ressaltando os efeitos produzidos durante o período durante o qual esteve em execução. Num tom crítico em relação a este enquadramento, FONTANA salientou: "I contraenti verranno perciò liberati dai reciproci vincoli e nessuna regola legale si sostituirà al patto invalido: la parte, che dovevasi indurre all'adempimento della norma imperativa, se ne potrà sottrarre, venendo meno l'effetto sanzionatorio che la nullità medesima, posta a presidio dell'obbligo della forma scritta, doveva assicurare" (pág. 375).

⁵⁷⁸ Processos n.ºs 02S1197 e 04S779, acima identificados.

serviço”, nos termos dos quais se declara que os trabalhadores passariam a exercer um novo tipo de funções e a auferir um “subsídio de comissão de serviço” (de valor sensivelmente equivalente à majoração proveniente da exclusividade). Não obstante passarem a auferir o referido subsídio, as funções exercidas em nada se alteraram em relação à situação primitiva. Tempos depois, as entidades empregadoras põem termo aos acordos, o que em termos práticos se traduziu no facto de deixarem de pagar os “subsídios de comissão de serviço”. Inconformados, os trabalhadores envolvidos demandaram as entidades empregadoras, pedindo a condenação no pagamento das quantias que entretanto haviam deixado de auferir, invocando para o efeito não ser admissível a diminuição da retribuição (por força do princípio da irredutibilidade da retribuição) e a circunstância de as funções em causa não admitirem o recurso à figura “comissão de serviço” por não envolverem uma especial relação de confiança.

As instâncias judiciais centraram a atenção na questão da inobservância dos requisitos materiais para a celebração do acordo de comissão de serviço – nulo por violação de disposição legal imperativa – e nos efeitos do acto modificativo nulo⁵⁷⁹.

Esta não será, porém, a única perspectiva a ter em conta quando se trata de dar resposta a um problema desta natureza. Dir-se-á que, nestes casos, o problema central não radica tanto na circunstância de as partes celebrarem um acordo de comissão de serviço para o exercício de funções não enquadráveis no âmbito da figura, mas situar-se-á, digamos, a montante, no facto de, sob a capa de um suposto “acordo de modificação de funções” (em regime de comissão de serviço), as partes pretenderem levar a cabo um outro tipo de operação negocial, *rectius*, um acordo modificativo da retribuição, *um acordo de aumento da retribuição reversível*.

Uma das vias possíveis para desvendar a operação e levar a cabo a necessária requalificação seria a de fazer apelo à figura da simulação. De facto, a

⁵⁷⁹ Ora, tanto o Tribunal da Relação de Lisboa como o Supremo Tribunal de Justiça, aderindo à tese da nulidade do acordo de comissão de serviço, consideraram que a questão que se impunha não era a de saber se a quantia auferida pela trabalhadora integrava ou não o conceito de retribuição, mas a de saber qual o regime aplicável à nulidade dos actos modificativos do contrato de trabalho válido. Semelhante foi o enquadramento jurídico feito pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Maio de 2005, processo n.º 04S779. O Supremo Tribunal num entendimento idêntico ao que havia sido sufragado pelo tribunal primeira instância, decidiu que, sendo nulo o acordo de comissão de serviço – pelo facto de o trabalhador em causa não ter vindo a exercer qualquer função enquadrável no círculo de hipóteses previstas na lei como objecto da comissão de serviço – a questão que se colocava era a de saber quanto aos efeitos da nulidade qual o regime a seguir.

desconformidade entre o que foi declarado na fase constitutiva do acordo e o que veio a ser corporizado pelo comportamento sucessivo das partes, na fase executiva, pode muito bem indiciar a existência de um acordo simulado, mais concretamente uma hipótese de *simulação relativa* (aquela em que os simuladores fingem um negócio jurídico diverso do que na verdade querem concluir) *na modalidade objectiva* (aquela que recai sobre o objecto ou conteúdo do negócio). As partes afirmam realizar um determinado negócio quando as prestações efectivamente realizadas correspondem a um outro negócio ou a outros efeitos negociais. Sob a aparência de um suposto acordo de comissão de serviço (negócio simulado), o negócio que as partes (*maxime* o empregador) pretenderam concluir foi um acordo sobre a retribuição do trabalhador, um acordo de aumento da referida retribuição (negócio dissimulado).

Decerto, num primeiro nível, seria necessário apurar se se encontravam preenchidas todas as notas que permitem concluir pela existência de um negócio simulado (artigo 240.º, n.º 1 do Código Civil). Uma das decisões a que se vem fazendo referência⁵⁸⁰ afastou o enquadramento simulatório por entender que não se podia concluir “com o mínimo de certeza e segurança jurídica”, pela verificação dos requisitos legais do negócio simulado, *maxime* o de que com a celebração do acordo existisse das partes o intuito de enganar terceiros. Todavia, quer-nos parecer que esse não é um argumento inultrapassável. Como já tivemos oportunidade de sublinhar noutra ocasião⁵⁸¹, muito embora, desde uma perspectiva estritamente legal, o intuito de enganar terceiros surja como um elemento essencial à configuração da simulação, não deve ser de refutar a possibilidade de a simulação poder prescindir desse elemento. De acordo com os ensinamentos da doutrina geral civilista, a simulação diz-se fraudulenta se houve o intuito de prejudicar terceiros ilicitamente *ou de contornar qualquer norma da lei*, e neste último caso, já se admitiu a possibilidade de a disposição legal contornada ser ditada no interesse de um dos próprios simuladores, sendo feita, portanto, a simulação num certo sentido, em prejuízo de um dos simuladores⁵⁸².

⁵⁸⁰ O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Maio de 2005 a que nos vimos reportando.

⁵⁸¹ Remetemos para o nosso *A fuga à relação de trabalho (típica): em torno da simulação e da fraude à lei*, *cit.*, pág. 80.

⁵⁸² Veja-se o exemplo clássico colhido em CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *cit.*, pág. 467, da declaração num documento de mútuo de um capital superior ao real para o

Ora, as hipóteses em apreço podem muito bem retratar esta última variante. É que também aqui as partes estavam (muito provavelmente), através da escolha simulada de um determinado negócio, a ocultar outro para se subtraírem a uma disciplina jurídica menos vantajosa e que protegia o interesse de um dos intervenientes, o trabalhador. Através da operação negocial em causa, o resultado prático pretendido pelas partes (*maxime* pelo empregador) foi o de acordar um aumento da retribuição do trabalhador reversível, transitório. No entanto, e porque a lei laboral não permite a diminuição de retribuição livre, mas apenas a admite num circunstancialismo muito restrito⁵⁸³, as partes (*maxime*, o empregador) declararam aparentemente celebrar um acordo de comissão de serviço, o qual, mercê do regime normativo especial, justamente, admite a reversibilidade da categoria profissional e, para o que aqui nos interessa, a diminuição da retribuição.

Admitindo verificadas todas as notas que permitem concluir pela existência de um negócio simulado, passar-se-ia a um segundo plano, o da determinação dos efeitos jurídicos da simulação relativa. Ora, nos termos da lei, o negócio simulado é nulo (artigo 240.º, n.º 2 do Código Civil) e o negócio dissimulado é objecto do tratamento jurídico que lhe caberia se tivesse sido concluído sem dissimulação (artigo 241.º, n.º 1 do Código Civil). Quer isto dizer que, nas hipóteses em apreço, teríamos o acordo de modificação de funções em regime de comissão de serviço ferido de nulidade e o acordo de modificação da retribuição, leia-se de aumento de retribuição, o negócio dissimulado, em princípio, válido e eficaz.

Uma última nota. Estamos cientes que o enquadramento simulatório de hipóteses como aquelas acabadas de retratar não é frequente, mormente na jurisprudência. Em bom rigor, muitas das hipóteses em que está em causa uma desconformidade entre o que foi declarado e o que veio a ser “materializado” pelo comportamento sucessivo das partes não chegam sequer a ser apreciadas como hipóteses de simulação, tudo se passando, afinal, no plano da interpretação-qualificação da operação, sendo o comportamento das partes na execução do acordo

mutuante poder cobrar um juro superior ao legal, ou ainda a hipótese prevista por INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, cit., pág. 168, nos termos da qual, existindo uma norma imperativa protectora do inquilino que impede, em princípio, o senhorio de fazer cessar o contrato no fim do prazo convencionado, pode aquele último impor e o inquilino aceitar uma simulação por força da qual o arrendamento é disfarçado sob as aparências de um outro contrato.

⁵⁸³ Cf. o artigo 129.º, n.º 1, alínea d) do Código do Trabalho.

valorado como um elemento que opera sobre aquela tarefa hermenêutica. A esta opção não é alheio o facto de se reconhecerem as dificuldades que um enquadramento simulatório no seu “estado puro” suscita em muitas hipóteses juslaborais⁵⁸⁴. De todo o modo, o que nos parece importante deixar claro é que, por qualquer das vias, a solução passará por colocar em evidência a operação negocial querida e executada pelas partes, o acordo de modificação da retribuição, e não tanto, como foi apanágio das decisões jurisprudenciais referidas, sancionar a nulidade do acordo de comissão de serviço por inobservância dos requisitos materiais que legitimam a sua constituição.

3.2. Trabalho em regime de intermitência para actividade de exercício contínuo; uma hipótese particular: trabalho intermitente e a termo

I – Consideremos agora a hipótese de um contrato individual de trabalho em que se estipula que o trabalho será prestado em regime de intermitência, mas a actividade laboral em causa não é uma actividade descontínua ou de intensidade variável. Ora, tendo em consideração tudo o que vem sendo dito, afigura-se-nos que a resposta numa hipótese como a descrita será a de não invalidar a relação laboral, mas retirar-lhe a “coloração” que as partes pretendiam com a consagração do exercício de funções em regime de intermitência. Numa palavra, *considera-se o contrato celebrado sem períodos de inactividade*^{585 586}.

⁵⁸⁴ Sobre o ponto, ver, de novo, *A fuga à relação de trabalho (típica): em torno da simulação e da fraude à lei, cit.*, págs. 74 e ss.. Sobre a escassez do recurso ao instituto da simulação em Direito do Trabalho, consultar ainda ANTONIO VALLEBONA, “La nullità dei contratti...”, *cit.*, pág. 531, para quem, por exemplo, em matéria de contratos de prestação de serviço que ocultam genuínos contratos de trabalho subordinado, a circunstância de estarem em causa relações duradouras torna o instituto civilístico inútil, porquanto nesses casos será o próprio comportamento das partes na execução do programa negocial (mais do que o momento genético da estipulação) o elemento fundamental a atender, logo em sede de interpretação-qualificação.

⁵⁸⁵ Neste sentido, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho, cit.*, pág. 148. Uma abordagem com resultados sensivelmente idênticos, mas alicerçada num percurso distinto é proposta por ANTONIO VALLEBONA, “La nullità dei contratti...”, *cit.*, pág. 545. Situando o problema no plano da (in)validade negocial, o Autor defende para este caso a aplicação, por analogia, da consequência legal prevista em caso de contrato de trabalho a tempo parcial celebrado sem estipulação escrita do período normal de trabalho: a manutenção do contrato como um contrato a tempo completo mediante requerimento do

II – Ainda a propósito da modalidade contratual “Trabalho intermitente”, cumpre fazer referência a uma hipótese peculiar que, não se confundindo com aquela acabada de tratar, pode suscitar dúvidas pertinentes.

trabalhador. Uma circular ministerial (n.º 18/2012) veio, entretanto, clarificar a questão, determinando a transformação em contrato de trabalho *standard* para os casos de inobservância dos requisitos legais relativos à constituição do trabalho intermitente. Cf., no entanto, o recentíssimo *Decreto Legislativo* n. 81/2015, de 15 de Junho, que poderá ter aberto de novo o flanco a dúvidas.

Manifesta, contudo, dúvidas em relação à solução enunciada no texto, alegando que “o ponto carece de maior aprofundamento” ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Considerações sobre o trabalho intermitente”, *cit.*, pág. 356. Se bem compreendemos, as reservas do Autor assentam na dificuldade em perspectivar a cláusula de intermitência como uma cláusula acessória, o que, na falta de uma norma semelhante ao artigo 147.º do Código do Trabalho, referente aos contratos a termo, tornaria menos evidente a operação de conservação do vínculo laboral como contrato *standard*.

⁵⁸⁶ Uma vez mais, a perspectiva é a da contrariedade do negócio com a lei, a da *invalidade* negocial. Mas, não quer isto dizer que a propósito das chamadas modalidades atípicas de emprego seja sempre esse o enquadramento jurídico das questões. Pense-se no caso do contrato de trabalho a tempo parcial. A ilustrá-lo está uma decisão da *Corte di Cassazione*, de 19 de Julho de 2011, n.º 15774, nos termos da qual o tribunal procedeu a uma verdadeira requalificação da relação laboral de trabalho a tempo parcial como relação de trabalho a tempo completo. Na situação *sub judice* as partes haviam celebrado um contrato de trabalho que estipularam ser a tempo parcial. No entanto a trabalhadora em causa veio exigir a “transformação” do seu vínculo a tempo parcial numa relação a tempo completo, invocando que exercia a sua actividade laboral num horário idêntico ao dos seus colegas admitidos a tempo completo. Não cabendo aqui discutir se estaríamos perante a requalificação da relação originariamente estabelecida ou antes perante a qualificação de uma modificação entretanto ocorrida, são elucidativas as palavras da *Corte* quando realça: “Ai fini della determinazione della natura a tempo parziale o a tempo pieno del rapporto di lavoro non rileva il negozio costitutivo del rapporto medesimo e l’iniziale manifestazione di volontà delle parti, ma la concreta attuazione del contratto di lavoro stipulato tra le parti stesse. Ne consegue che, ove sia stata dimostrata la costante effettuazione di un orario di lavoro prossimo (o anche superiore) a quello stabilito per il lavoro a tempo pieno, il contratto va qualificato come a tempo pieno, restando privo di rilievo il richiamo alla disciplina del codice civile in tema di conversione del contratto nullo e la ricerca di una volontà novativa delle parti”. Sobre a decisão, FRANCESCO BACCHINI, “La volontà delle parti e trasformazione del rapporto di lavoro”, nota ao aresto da *Corte di Cassazione*, de 19 de Julho de 2011, n.º 15774 – *RGDLP*S, ano LXIII, n.º 1, 2012, pág. 65 e ss.. Vejam-se ainda as observações críticas de ENRICO GRAGNOLI, “Rapporto di lavoro a tempo parziale, prestazioni ad orario completo e tutela del dipendente” – anotação ao aresto da *Corte di Cassazione*, de 11 de Outubro de 1996, n.º 8904, *Gciv*, ano XLVII, t.I, parte I, 1997, págs. 980 a 984, a respeito de uma outra pronúncia na qual o tribunal considerou o trabalhador, interessado na transformação da relação em relação a tempo integral, desonerado de formular um explícito pedido de declaração de nulidade do contrato por simulação relativa.

Como é sabido, o n.º 2 do artigo 157.º do Código do Trabalho estabelece que o contrato intermitente não pode ser celebrado a termo resolutivo ou em regime de trabalho temporário”. O contrato de trabalho intermitente é, pois, incompatível com o contrato a termo. A lei não permite aquela coabitação contratual⁵⁸⁷. Imagine-se, no entanto, que é celebrado um contrato de trabalho a termo resolutivo e em regime de intermitência. *Quid iuris?*

Em bom rigor, parece-nos dever ser de equacionar *dois tipos de cenários*. Por um lado, a hipótese de as partes estipularem que a actividade será prestada em regime de intermitência e a termo, mas a actividade em questão não apresentar carácter descontínuo ou intensidade variável, não preenchendo os requisitos do artigo 157.º, n.º 1 do Código do Trabalho e/ou o termo ter sido estipulado fora do círculo de hipóteses demarcado pela lei no artigo 140.º do Código do Trabalho. Por outro, a hipótese de as partes estipularem que a actividade será prestada em regime de intermitência e a termo, estando efectivamente em causa uma empresa cuja actividade preenche os requisitos do artigo 157.º, n.º 1 e o motivo justificativo pelo qual o termo é estipulado também satisfaz as exigências constantes do artigo 140.º.

No primeiro cenário, ter-se-ão de admitir *três desfechos possíveis*. Se nenhuma das exigências legais for satisfeita – nem os requisitos da contratação a termo nem os

⁵⁸⁷ Já por exemplo, na experiência jurídica italiana, encontramos uma resposta de sentido oposto. O artigo 34 do *Decreto Legislativo* n. 276/2003, de 10 de Setembro e, agora, o actual artigo 13 do *Decreto Legislativo* n. 81/2015, de 15 de Junho determinam que o contrato de trabalho intermitente pode ser estipulado por tempo determinado, ou seja, pode ser aposta ao contrato uma cláusula de termo resolutivo. A questão que em tempos se colocou e que dividiu a doutrina foi a de saber em que medida o contrato de trabalho intermitente por tempo determinado se encontraria sujeito à disciplina geral em matéria de contrato a termo contida no *Decreto Legislativo* n. 368/2001, de 6 de Setembro, *maxime*, saber se os requisitos materiais aí exigidos para a válida constituição de um contrato de trabalho a termo (“ragioni di carattere sostitutivo, produttivo, organizzativo e tecnico”) também teriam de verificar-se na hipótese de celebração de um contrato de trabalho intermitente a termo. No sentido de que o silêncio legislativo deveria ser interpretado como uma remissão implícita para a disciplina geral do contrato a termo, ver ROBERTO VOZA, “Il contratto di lavoro intermittente”, *I contratti di lavoro*, *cit.*, pág. 1265; contra, defendendo tratar-se de uma hipótese de admissibilidade de contrato a termo não causal, MARTINA VINCIERI, “Il lavoro intermittente o “a chiamata”: natura giuridica e tecniche regolative”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, n.º 1, 2005, pág. 130, posição igualmente assumida pelo *Ministerio del lavoro* numa *circolare* de 3 de Fevereiro de 2005. A questão perdeu boa parte do interesse a partir do momento em que se tornou inequívoca a opção pela liberalização do recurso ao contrato a termo.

da contratação intermitente – *o contrato valerá como contrato sem termo e sem intermitência*. Caso estejam preenchidos os requisitos da contratação intermitente, mas já não os da contratação a termo, *o contrato valerá como intermitente mas por tempo indeterminado*. Já se estiverem preenchidos os requisitos materiais legitimadores da celebração do contrato a termo, mas as circunstâncias fácticas evidenciarem o carácter contínuo da actividade, este último vício não invalida a relação laboral totalmente, mas retira-lhe a “coloração” que as partes pretendiam com a consagração do exercício de funções em regime de intermitência, *valendo o contrato como contrato a termo mas sem intermitência*. Em rectas contas, em qualquer destas hipóteses, não chega a assumir relevância o disposto no artigo 157.º, n.º 2, justamente porque um dos efeitos ou ambos os efeitos pretendidos pelas partes – o regime de intermitência e o termo – é/são negado(s).

Maior complexidade assume o outro cenário. Suponha-se um contrato de trabalho celebrado entre um trabalhador e uma empresa com actividade descontínua e em início de laboração, em que se estipula que a actividade laboral será prestada em regime de intermitência e que o contrato de trabalho terá a duração de um ano. A dificuldade é patente. Por um lado, estando em causa uma actividade descontínua, dir-se-ia que a cláusula de intermitência deveria ser reputada válida. Por outro, estando em causa uma empresa em início de laboração, essa seria também uma das situações para a válida aposição de um termo resolutivo (certo). E no entanto, não obstante a validade das duas cláusulas, dir-se-ia que se verificava uma invalidade do contrato de trabalho por violação de uma norma legal, o artigo 157.º, n.º 2 do Código que impedia a “convivência” das duas cláusulas no contrato de trabalho... Nessa hipótese, o contrato é totalmente inválido? O contrato valerá como intermitente por tempo indeterminado? Ou valerá como contrato a termo sem intermitência?

Ora, por tudo o que vimos dizendo, este (também) deverá ser um caso em que a questão da manutenção ou não do vínculo laboral não se encontra dependente do funcionamento do critério da vontade hipotética das partes, constituindo, por isso, a conservação da relação um dado assente. O melindre da questão situar-se-á nesta hipótese num outro plano, o de apurar qual das cláusulas contratuais – cuja coabitação a lei veda – deverá ser sacrificada.

Primo conspectu, um modelo de resposta possível seria o de enveredar aqui por uma solução apriorística de imposição forçada de uma das modalidades contratuais, sacrificando uma das cláusulas contratuais inválidas, mais concretamente,

considerar que numa hipótese como a descrita o contrato de trabalho valeria como contrato intermitente por tempo indeterminado. A prevalência de uma leitura deste tipo assentaria numa dupla justificação. Por um lado, na maior importância que reveste o valor da estabilidade no emprego no confronto com outros interesses juridicamente tutelados da esfera do trabalhador – *maxime*, no confronto com o interesse na organização do tempo de trabalho e de não trabalho que o contrato de trabalho intermitente necessariamente afecta –, leitura essa que encontra suporte no material normativo relevante, com particular destaque para o bloco constitucional do trabalho (*maxime* artigos 53.º e 59.º). Por outro lado, no pressuposto de que, tipicamente e em termos abstractos, esta também é a solução que melhor corresponde aos interesses do trabalhador, num plano subjectivo.

Admite-se, todavia, que uma resposta deste tipo configure uma limitação excessiva dos interesses do empregador, não nos repugnando, por isso, que a resposta a esta questão justificasse uma ponderação mais complexa. Num primeiro momento, reconhecendo a possibilidade às partes de provar qual teria sido a sua vontade hipotética, qual das cláusulas revestiu um carácter essencial para elas, caso soubessem que teriam de abdicar de uma delas⁵⁸⁸. Apenas quando esse critério não permitisse resolver o problema, recorrer-se-ia à solução de imposição da manutenção do contrato como contrato intermitente por tempo indeterminado.

4. A inobservância da forma escrita e a consideração da relação de trabalho como relação *standard*: caracterização; confronto com as soluções substitutivas anteriores

I – Tal como fomos antecipando, a intervenção do legislador laboral no domínio das modalidades contratuais flexíveis não se faz notar apenas pela fixação de requisitos materiais de acesso aos mencionados regimes jurídicos, mas também pela prescrição de determinada “figuração exterior”, de determinada forma, para as respectivas declarações negociais⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ Cf. JOÃO LEAL AMADO/JOANA NUNES VICENTE, “Contrato de trabalho intermitente”, *cit.*, pág. 132.

⁵⁸⁹ Sobre a distinção entre forma (“modo por que se exterioriza” a vontade negocial), e formalidades do negócio (“as várias solenidades a observar aquando da manifestação de vontade”), ver,

Assim, a propósito da celebração de contrato a termo resolutivo, determina o n.º 1 do artigo 141.º do Código do Trabalho que o contrato a termo, certo⁵⁹⁰ ou incerto, está sujeito à forma escrita; o mesmo valendo para o contrato de trabalho em regime de comissão de serviço, como resulta do artigo 162.º, n.º 3 do Código do Trabalho; para o contrato de trabalho em que seja acordado um regime de trabalho intermitente, nos termos do artigo 158.º, n.º 1 do Código do Trabalho); ou ainda para o contrato de trabalho a tempo parcial (artigo 153.º, n.º 1 do Código do Trabalho)⁵⁹¹ e para o contrato de trabalho em regime de teletrabalho (artigo 166.º, n.º 4 do Código do Trabalho). Estamos perante negócios formais – num desvio à regra da liberdade de forma estabelecida para os negócios jurídicos em geral (artigo 219.º do Código Civil) e para o contrato de trabalho em particular (artigo 110.º do Código do Trabalho) –, identificando a lei, a respeito de cada uma das modalidades contratuais mencionadas, um núcleo central de estipulações das partes, relativamente às quais impõe a adopção de forma escrita⁵⁹².

por exemplo, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, *cit.*, pág. 290; e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral...*, *cit.*, pág. 164 e ss..

⁵⁹⁰ Com excepção dos contratos de trabalho a termo de muito curta duração (artigo 142.º do Código), restritos a actividades sazonais agrícolas e eventos tutísticos com duração inferior a 15 dias. Nestas hipóteses, a lei prevê uma regulamentação excepcional de isenção de requisitos formais.

⁵⁹¹ Trata-se, como é sabido, de uma modalidade contratual cujo traço distintivo por comparação com o modelo de relação típica ou *standard* consiste, *de um ponto de vista estritamente estrutural*, numa típica redução do *quantum* de tempo de trabalho – diário, semanal ou anual – que o trabalhador se obriga a prestar e na correspondente redução do *quantum* retributivo associado. Já *num corte funcional*, a figura parece alimentar funções e interesses muito díspares e, porventura até contraditórios. De um lado, podem estar em causa objectivos de política social, tais como proporcionar maior flexibilidade aos trabalhadores, permitindo-lhes organizar melhor o seu tempo de trabalho e ajustá-lo às necessidades da vida pessoal e familiar, assim como promover a criação de emprego ou pelo menos ampliar as possibilidades de ocupação. Por outro lado, esta modalidade de prestação pode ser um instrumento de flexibilidade para o empregador, na medida em que permite ajustar o volume de trabalho adquirido à necessidade que o motiva a contratar. A variação do peso de cada um destes objectivos na configuração legislativa da figura oscila de sistema jurídico para sistema jurídico, e mesmo ao nível de cada sistema, consoante o contexto histórico, é possível detectar linhas de tendência no sentido do peso crescente de certas valorações em detrimento de outras.

⁵⁹² No caso do contrato a termo, os elementos que deverão constar de documento escrito são: a) Identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes; b) Actividade do trabalhador e correspondente retribuição; c) Local e período normal de trabalho; d) Data de início do trabalho; e)

Pois bem. Em praticamente todas as hipóteses em questão – com ressalva da hipótese de celebração de contrato de trabalho em regime de teletrabalho⁵⁹³ –, prescreve a lei que a inobservância da forma legal exigida tem como consequência a recondução do contrato ao modelo *standard*. Assim, o contrato a termo não reduzido a escrito considera-se sem termo (artigo 147.º, n.º 1, alínea c) do Código do Trabalho); não se considera em regime de comissão de serviço o contrato que não tenha forma escrita ou a que falte a menção expressa do regime de comissão de serviço (artigo 162.º, n.º 4 do Código do Trabalho); reconduz-se a um contrato de trabalho sem período de inactividade o contrato de trabalho intermitente em que tenha sido preterida a forma escrita (artigo 158.º, n.º 2 do Código do Trabalho). Por último, no que diz respeito ao contrato de trabalho a tempo parcial, não obstante a ausência de uma resposta constante ao longo dos tempos quanto às consequências da

Indicação do termo estipulado e do respectivo motivo justificativo; f) Datas de celebração do contrato e, sendo a termo certo, da respectiva cessação (artigo 141.º, n.º 1 do Código do Trabalho).

A respeito da comissão de serviço, o âmbito da forma inclui: a) Identificação, assinatura e domicílio ou sede das partes; b) Indicação do cargo ou funções a desempenhar, com menção expressa do regime de comissão de serviço; c) No caso de trabalhador da empresa, a actividade que exerce, bem como, sendo diversa, a que vai exercer após cessar a comissão; d) No caso de trabalhador admitido em regime de comissão de serviço que se preveja permanecer na empresa, a actividade que vai exercer após cessar a comissão (artigo 162.º, n.º 3 do Código do Trabalho).

Tratando-se de contrato a tempo parcial, o documento escrito deverá incluir: a) Identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes; b) Indicação do período normal de trabalho diário e semanal, com referência comparativa a trabalho a tempo completo. No caso de contrato de trabalho intermitente: a) Identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes; b) Indicação do número anual de horas de trabalho, ou do número anual de dias de trabalho a tempo completo (artigo 153.º, n.º 1 do Código do Trabalho).

Por fim, no caso de contrato para exercer actividade em regime de teletrabalho, a forma prescrita refere-se aos seguintes elementos: a) Identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes; b) Indicação da actividade a prestar pelo trabalhador, com menção expressa do regime de teletrabalho, e correspondente retribuição; c) Indicação do período normal de trabalho; d) Se o período previsto para a prestação de trabalho em regime de teletrabalho for inferior à duração previsível do contrato de trabalho, a actividade a exercer após o termo daquele período; e) Propriedade dos instrumentos de trabalho bem como o responsável pela respectiva instalação e manutenção e pelo pagamento das inerentes despesas de consumo e de utilização; f) Identificação do estabelecimento ou departamento da empresa em cuja dependência fica o trabalhador, bem como quem este deve contactar no âmbito da prestação de trabalho (artigo 166.º, n.º 4 do Código do Trabalho).

⁵⁹³ Cf. o artigo 166.º, n.º 6 do Código do Trabalho.

inobservância da forma⁵⁹⁴, estatui actualmente o artigo 153.º, n.º 1 do Código do Trabalho considerar-se o contrato celebrado a tempo completo.

Contrariamente ao que por vezes é sugerido por alguns sectores doutrinários⁵⁹⁵, não nos parece que a justificação para um tal regime resida no facto de as formalidades em questão constituírem formalidades *ad probationem*, apenas exigíveis como meio de prova dos negócios em questão. Estão em causa, em nosso entender, formalidades *ad substantiam*⁵⁹⁶ cuja inobservância determina um vício de forma que

⁵⁹⁴No período correspondente à vigência da Lei n.º 103/99, de 26 de Julho, a questão não se encontrava regulada, oferecendo o flanco a dúvidas assinaláveis. Já com o regime introduzido pelo Código do Trabalho, na versão de 2003, quando não fosse observada a forma escrita, o contrato *presumia-se celebrado por tempo completo* (artigo 184.º, n.º 2). Só com a reforma legislativa operada em 2009 foi instituída uma solução semelhante à que vigora para as restantes modalidades contratuais.

⁵⁹⁵ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, *cit.*, pág. 482: “A regra de Direito Civil aponta no sentido de a preterição da forma implicar a nulidade do contrato (art. 220.º do CC). Porém, quanto ao contrato de trabalho, a falta de forma pode não acarretar a nulidade do contrato. Importa recordar que a exigência de forma no contrato de trabalho foi estabelecida para relações de trabalho especiais, relacionando-se com a prova de que as partes pretenderam ajustar, não uma relação de trabalho sujeita ao regime comum, mas sim um vínculo especial. Por exemplo, no contrato de trabalho a termo é exigida a forma escrita para se provar que as partes não quiseram celebrar um contrato de duração indeterminada. A exigência de forma é, pois, essencialmente *ad probationem*. Por isso, a preterição da forma exigida por lei, por via de regra, não determina a nulidade do contrato, mas o estabelecimento de uma relação laboral comum”.

⁵⁹⁶ Nem todas as menções obrigatórias previstas para cada modalidade contratual se reconduzem a formalidades *ad substantiam*. É o caso, pensa-se, da indicação do valor da retribuição no contrato a termo (cf. o artigo 141.º, n.º 1, alínea b) do Código do Trabalho). Tem sido este o entendimento da doutrina e da jurisprudência (ver, por exemplo, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, *cit.*, pág. 672, ou ainda o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Junho de 2002, processo n.º 01S3722, disponível em www.dgsi.pt). Em bom rigor, a questão que em tempos chegou a suscitar alguma controvérsia não foi tanto a da qualificação da formalidade em causa como *ad probationem* mas a da *prova*, a da admissibilidade de prova testemunhal. Pense-se na hipótese de, num contrato de trabalho a termo, empregador e trabalhador declararem por escrito um determinado valor para a retribuição, que não corresponde à realidade porque a retribuição efectivamente paga é superior ao montante mencionado no contrato ou, ainda, na hipótese de ter sido acordado por escrito um determinado valor posteriormente modificado apenas por acordo verbal. Alguma jurisprudência, numa fase inicial, chegou mesmo a invocar ora o artigo 393.º, ora o artigo 394.º, n.º 1, ambos do Código Civil, para excluir a admissibilidade de prova testemunhal (assim, por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Outubro de 1994, *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano II, t. I, 1994, págs. 279 a 281). A verdade é que este último

afecta a validade dos contratos⁵⁹⁷. Para esta conclusão contribui significativamente o argumento do “lugar paralelo” constituído pelo regime estabelecido para o contrato de trabalho em regime de teletrabalho, caso em que a lei afirma, *expressis verbis*, que “a forma escrita é exigida apenas para prova da estipulação do regime de teletrabalho” (artigo 166.º, n.º 6 do Código do Trabalho)⁵⁹⁸. Alegar-se-á, nesta linha, que se a lei

entendimento não tem sido seguido pela maioria das decisões do Supremo (cf. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Junho de 2002, acima citado e as inúmeras referências jurisprudenciais que aí são feitas), tendo por base duas linhas argumentativas. Por um lado, convoca-se o entendimento do Professor VAZ SERRA, adepto de que a proibição, em qualquer dos seus números, não devia ser entendida em termos absolutos. Isto é, com enquadramento simulatório ou não, aquela seria uma das hipóteses em que – pelos interesses em jogo e pela estrutura assimétrica da relação – se justificava um “entorse” à regra da inadmissibilidade de prova testemunhal. Por outro lado, a outra linha argumentativa assenta na garantia da retribuição – na importância decisiva que ela assume para quem presta a sua actividade e tem nela a base principal, muitas vezes única, do seu sustento e dos seus dependentes –, a justificar, por isso, amplos poderes do tribunal na sua determinação (*maxime* a solução prevista no artigo 277.º, n.º 1 do Código do Trabalho, incompatível com um cenário de limitações dos meios de prova).

⁵⁹⁷ Sobre a distinção, ver, por exemplo, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, *cit.*, pág. 291.

⁵⁹⁸ Este dado deve, contudo, ser ponderado num contexto mais amplo. É que do ponto de vista do formalismo negocial e das consequências que resultam da preterição da forma, o sistema laboral português está longe de obedecer a uma resposta unitária, mas particularmente diferenciada e permeável à pluralidade de interesses e valores em presença.

Quanto ao formalismo, hipóteses há em que da lei se retira o carácter *ad probationem* da formalidade, outras em que apenas se menciona a sujeição à forma escrita, e ainda se registam aquelas em que existe menção expressa de que a exigência de forma constitui uma condição de validade do negócio – como sucede no caso do contrato de trabalho do praticante desportivo (artigo 5.º, n.º 2 da Lei n.º 28/98, de 26 de Junho).

Paralelamente, a respeito das consequências da inobservância de forma, regista-se uma diversidade assinalável de reacções. Desde logo, as situações descritas acima no texto em que a lei estatui como consequência a recondução ao modelo contratual *standard*. Num outro quadrante, será de referir a hipótese do contrato de trabalho a bordo de embarcações de pesca, regulado através da Lei n.º 15/97, de 31 de Maio (com as alterações introduzidas pela Lei n.º 114/99, de 3 de Agosto), e na qual se prevê uma invalidade de tipo misto, apenas invocável pelo marítimo (artigo 6.º, n.º 3), bem como o caso do contrato de trabalho com pluralidade de empregadores, hipótese em que a inobservância da forma confere ao trabalhador o direito de optar pelo empregador ao qual fica vinculado (artigo 101.º, n.º 5 do Código do Trabalho). Há, depois, um círculo de hipóteses em que a lei, impondo a adopção da forma escrita na celebração do contrato, nada diz sobre as consequências da inobservância da forma. Se

tivesse querido prever idêntica qualificação para a forma das restantes modalidades contratuais, tê-lo-ia feito através de uma disposição semelhante. Não existindo tais disposições, esse é um dado que sugere que a forma legal é nestes casos *ad substantiam*⁵⁹⁹. Acresce que segundo os princípios civilísticos sobre a matéria, quando

é certo que em determinadas hipóteses, o silêncio da lei não suscita particulares dificuldades (como sucede no caso do contrato de trabalho do praticante desportivo cuja preterição da forma legal implicará a invalidade do contrato de trabalho – nestes termos, JOÃO LEAL AMADO, *Vinculação versus Liberdade – O Processo de Constituição e Extinção da Relação Laboral do Praticante Desportivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 142), o mesmo já não vale noutros domínios. Pense-se no caso do contrato de trabalho dos profissionais de espectáculo e nas dúvidas que a omissão legislativa encerra (como assinala JÚLIO VIEIRA GOMES, “Da fábrica à fábrica de sonhos – primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espectáculos”, *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 216) ou na situação do contrato de trabalho do trabalhador estrangeiro (artigo 5.º, n.º 1 do Código do Trabalho). No primeiro caso, é duvidoso que a exigência relativa à forma do contrato configure uma formalidade *ad substantiam*. Deixando de lado as hipóteses em que o contrato de trabalho dos profissionais de espectáculo é a termo resolutivo ou intermitente, não se descortinam particulares razões – de ordem pública, de especial tutela do trabalhador e da sua autêntica vontade negocial – para impor restrições à liberdade declarativa, pelo que nos parece ser a forma exigida apenas por razões de facilidade de prova (até porque, julga-se, não está em jogo o mesmo tipo de ponderação que vale em matéria de contrato de trabalho do praticante desportivo, desde logo, a circunstância de a celebração do contrato de trabalho desportivo implicar um estado de vinculação para o praticante muito superior ao que resulta de qualquer outro contrato de trabalho). Quanto ao contrato de trabalho dos trabalhadores estrangeiros, a situação é, julga-se, mais complexa. A imposição da forma escrita está certamente relacionada com a legalidade do processo de entrada e permanência dos estrangeiros no território nacional. Admite-se, sem prejuízo de uma reflexão mais aprofundada, que se trate de também de uma formalidade *ad probationem*, com vantagens na tarefa de fiscalização da legalidade desse processo (*rectius*, saber se o contrato foi celebrado e qual o seu conteúdo).

⁵⁹⁹ Recorde-se, porém, que a respeito do contrato de trabalho a tempo parcial a resposta da lei não tem sido constante. Como foi assinalado *supra*, antes da reforma legislativa encetada em 2009, a norma contida no artigo 184.º, n.º 2 do Código do Trabalho de 2003 estatuiu que quando não fosse observada a forma escrita, o contrato se *presumia celebrado por tempo completo* (artigo 184.º, n.º 2). No entender de alguma doutrina (cf. LUÍS MIGUEL MONTEIRO, *Anotação ao artigo 184.º do Código do Trabalho – in AA.VV. Código do Trabalho Anotado*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 363), através da referida solução legal o legislador teria querido determinar que a forma escrita não constituía uma formalidade *ad substantiam*, constituindo apenas uma presunção ilidível através da demonstração de que o contrato fora efectivamente executado como sendo a tempo parcial.

As oscilações que se vêm registando ao nível da disciplina legal do contrato de trabalho a tempo parcial neste ponto (desde logo, a de saber se a exigência de forma consubstancia uma

a lei exige documento autêntico, autenticado ou particular como forma da declaração negocial, a formalidade é, em regra, estabelecida, *ad substantiam* – nos termos do artigo 364.º, n.º 1 do Código Civil – só não o sendo quando resultar claramente da lei que o documento é apenas exigido como prova da declaração⁶⁰⁰. Por fim, se atentarmos nas razões que determinam a opção do nosso legislador de rodear “de precauções formais” a celebração destas modalidades contratuais, também aquelas apontam no sentido dessa qualificação. Com efeito, ao exigir forma escrita para estas modalidades contratuais a lei tende a promover uma maior ponderação pelo trabalhador na decisão de aceder na conclusão destas modalidades de contratos⁶⁰¹ – proporcionando ao trabalhador um mais elevado grau de certeza sobre a celebração do negócio e dos seus termos –, por um lado, assim como procura obviar a fraude aos seus direitos, por outro.

Situamo-nos, outrossim, perante um círculo de hipóteses em que se a preterição das formalidades *ad substantiam* tivesse como consequência a nulidade, a destruição *tout court* do contrato de trabalho, tal acabaria por frustrar o fim que o legislador teve em vista ao impor a observância desses formalismos. É que se, como foi dito ainda agora, os requisitos de forma visam principalmente proteger o trabalhador, promovendo a correcta formação e expressão da sua vontade e prevenir eventuais práticas fraudulentas, sendo assim, dizíamos, seria contraproducente que a

formalidade *ad substantiam* ou *ad probationem*) indiciam, no entanto, que se trata de uma modalidade que, atendendo aos interesses em presença, tem merecido um tipo de ponderação diferente – mista – por parte do legislador. Em comum com o contrato de trabalho em regime de teletrabalho tem o facto de introduzir diferenças no modo como a prestação é executada – num caso por se tratar de uma prestação de duração redimensionada, no outro por ser executada sem uma relação presencial entre o trabalhador e a sua chefia – e constituir um esquema potencialmente apto à satisfação de interesses do trabalhador. Por seu turno, a circunstância de implicar reflexamente uma diminuição do *quantum* retributivo leva a que a lei adopte, em termos dissonantes, uma postura de alguma cautela no sentido de assegurar a voluntariedade na constituição do vínculo.

⁶⁰⁰ Cf. ANTÓNIO PIRES DE LIMA/JOÃO ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, *cit.*, págs. 322 e 323.

⁶⁰¹ Como observa GIORGIO FONTANA, “La conversione legale...”, *cit.*, pág. 355, nota 33, “La forma giuridica vincolata degli atti negoziali è da sempre volta a garantire la genuina esternazione della volontà: e non si vede per quale motivo nel diritto del lavoro dovrebbe negarsi tale “valore”, muito embora o Autor acrescente que tanto o formalismo como também o “afomalismo jurídico” possam em Direito do Trabalho constituir meio de tutela e garantia de direitos.

preterição das formalidades relativas à forma do negócio tivesse como resposta – imediata ou mediata – a destruição do vínculo laboral⁶⁰².

É certo que podem suscitar-se dúvidas pertinentes relativamente à qualificação deste tipo de solução conservadora, diferença que será sempre mais de enquadramento dogmático do que de ordem teleológica, não traduzindo uma diversidade funcional assinalável. Mais concretamente, é questionável saber se estamos perante hipóteses de invalidade parcial do negócio – por vício de forma – em que a redução/conservação do negócio se dá com irrelevância da vontade hipotética ou conjectural das partes ou diante de hipóteses de invalidade total do contrato em relação às quais opere um mecanismo de conversão *ope legis*, não condicionado pela vontade conjectural das partes⁶⁰³.

Prima facie, a circunstância de a lei afirmar *expressis verbis* que o contrato de trabalho a termo, o contrato de trabalho a tempo parcial, o contrato para exercício de cargo em comissão de serviço se encontram “sujeitos a forma escrita” constitui um argumento no sentido de que a formalidade se impõe em relação a todo o acordo, ao conjunto das declarações negociais que compõem a estrutura do contrato de trabalho, e não apenas em relação a determinadas estipulações acessórias ou secundárias do mesmo. Nestes termos, a inobservância da forma escrita consubstanciaria um vício que afectaria liminarmente a validade do contrato de trabalho, cobrando, portanto, sentido falar-se numa hipótese de conversão⁶⁰⁴.

Em contrapartida, uma abordagem mais substancial destas modalidades contratuais dirá que a exigência de forma não respeita à generalidade da relação jurídica, à estrutura do contrato de trabalho propriamente dita, mas somente ao conjunto de elementos especificamente relacionados com a concreta modalidade em causa, podendo nessa medida a inobservância de forma ser perspectivada, *cum grano*

⁶⁰²Neste sentido, ver, também, GUILHERME MACHADO DRAY, *O Princípio da Protecção do Trabalhador*, Almedina, Coimbra, 2015, págs. 583 a 585.

⁶⁰³Assim, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, cit., págs. 213 e 214. Por vezes, o termo “conversão” é utilizado, sem que se possa extrair com total segurança se é utilizado com um sentido técnico rigoroso ou não – cf. JORGE LEITE, “Contrato de trabalho a prazo: direito português e direito comunitário”, ano XIII, n.º 27, 2006, pág. 26; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 497; JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, cit., pág. 598.

⁶⁰⁴Um pouco à semelhança do raciocínio desenvolvido a propósito do contrato-promessa bilateral, *vide supra*, parte I, ponto 2.2.3.3.

salis, como uma contrariedade parcial do negócio, susceptível de colocar um problema de invalidade parcial⁶⁰⁵.

⁶⁰⁵ A este respeito, já sustentou MARIA IRENE GOMES tratar-se de uma hipótese que se subsumia no âmbito do artigo 14.º, n.º 2 da LCT (actual artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho), sem afastar, ainda assim, a possibilidade de recurso ao artigo 14.º, n.º 1 da LCT (actual artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho) no caso da submodalidade de comissão de serviço de trabalhador externo sem garantia de emprego (cf. *A comissão de serviço...*, *cit.*, pág. 154, nota 224 e, já no período de vigência do Código do Trabalho, “Principais aspectos do regime jurídico do trabalho exercido em comissão...”, *cit.*, pág. 256).

Quanto à subsunção da hipótese em apreço no âmbito do artigo 14.º, n.º 2 da LCT (actual artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho), ela será de acompanhar, se entendida em termos hábeis, porquanto sempre nos pareceu que o preceito da parte geral da lei laboral se referia à violação de normas que disciplinam o *conteúdo* da relação de trabalho, e não a vícios formais. A falar-se aqui de uma hipótese de nulidade substitutiva, ela obrigar-nos-á a um esforço de construção diferente. O legislador laboral pretende que as modalidades contratuais em questão, às quais estão, como vimos, associadas disciplinas contratuais flexíveis, revistam uma determinada forma. No entanto, em caso de inobservância da forma legal prescrita, o legislador não consegue levar as partes a adoptar a forma legal prescrita para o modelo contratual flexível. Como expediente alternativo de atingir o objectivo pretendido – o de que a celebração dos contratos de trabalho flexíveis obedeça a uma determinada figuração exterior específica – impõe às partes o regresso a um determinado conteúdo, o do modelo *standard*, de maneira a que haja compatibilidade entre esse conteúdo contratual e a forma observada pelas partes.

Já quanto ao outro ponto mencionado, não podemos acompanhar a posição da Autora. Não se descortinam razões específicas no caso da comissão de serviço na submodalidade sem garantia de emprego para que se prescindia da solução de manutenção forçada e se lance mão do regime comum da redução negocial.

Capítulo III – Imposição da conservação do contrato de trabalho e substituição da cláusula nula por um conteúdo mediante criação de uma solução *ad hoc*

1. Considerações gerais

Consideremos agora uma hipótese de utilização menos frequente no universo jurídico em questão cujo traço específico consiste no facto de a manutenção do contrato operar através da substituição da cláusula nula por um conteúdo, conteúdo esse que não se retira *directamente* da norma imperativa violada, mas requer uma actividade integrativa⁶⁰⁶. O padrão imperativo violado, pela acentuada indeterminação do seu alcance prescritivo, não pode substituir directamente a cláusula nula, não disponibiliza de modo imediato o regime substitutivo a aplicar, impondo-se por isso, nesses caso, que a substituição se faça mediante criação de uma solução *ad hoc*, com maior ou menor intervenção do papel do juiz.

É claro que num sector normativo como o laboral esse não será este o cenário mais comum. De facto, boa parte dos limites impostos à disciplina da relação de trabalho subordinado promanam de preceitos imperativos que definem de modo bastante preciso e rigoroso o modo como a actividade negocial privada se deve conformar com os limites e as exigências impostas pelo ordenamento. Ainda assim, admite-se que possam existir nichos de matérias onde os limites inderrogáveis à

⁶⁰⁶ MARIA CRISTINA CATAUDELLA, *Contratto di Lavoro e Nullità...*, cit., pág. 29, também se refere a estas situações como hipóteses *sui generis* de nulidade parcial *ex* artigo 1419/2 do *Codice Civile* (“Conservazione del contratto di lavoro nullo senza diretta sostituzione della norma violata alla clausola nulla”). Em termos próximos, embora num contexto não especificamente laboral, PIETRO BERCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata...*, cit., pág. 241, afirma: “Più complesso si presenta, invece, il caso in cui il legislatore si sia limitato a indicare il criterio in termini generici con rinvio all’ampia misura dell’equità. A ben considerare, però, il problema può essere risolto distinguendo fra l’efficacia sostitutiva del criterio legale e la determinazione successiva dell’elemento del contratto in base ad ulteriori strumenti di specificazione del criterio medesimo (e cioè, fra efficacia sostitutiva del precetto legale e *determinazione integrativa*, la quale opera sul presupposto della prima)” (itálico nosso).

conformação da disciplina jurídica da relação de trabalho assumam essa coloração mais indeterminada, cobrando sentido a autonomização deste capítulo⁶⁰⁷.

2. Um exemplo: as cláusulas de definição do local de trabalho

O local onde o trabalhador se vincula a prestar a sua actividade constitui um elemento cuja definição cabe às partes, a ambas as partes, sendo este um aspecto que não suscita, desde há muito⁶⁰⁸, dúvidas na doutrina juslaboral portuguesa. A sua

⁶⁰⁷ Repare-se que alguns casos, inicialmente analisados apenas sob o prisma da violação da cláusula geral dos bons costumes, acabaram mais tarde por deixar de ser perspectivados unicamente dessa forma, passando os limites a deduzir-se também de preceitos legais específicos. Foi o que sucedeu, de modo emblemático, com as cláusulas de não concorrência no sistema alemão. Numa fase inicial, na ausência de um preceito como o actual §74a do *HGB*, os limites à liberdade de conformação das partes eram os que resultavam tão-só da cláusula geral dos bons costumes (§138 do *BGB*). Mais tarde, mesmo quando os limites legais foram concretizados no §74a do *HGB*, o problema pôs-se já que a norma apenas protegia algumas categorias de trabalhadores, permanecendo as estipulações contratuais respeitantes a certas categorias de trabalhadores sujeitas à sindicância daquela cláusula geral – assim, OTTO SANDROCK, “Subjektive und objektive Gestaltungskräfte...”, *cit.*, pág. 521. Esta questão foi entretanto ultrapassada com a extensão do regime do §74a do *HGB* a todos os trabalhadores – por todos, GÜNTER SCHAUB/ULRICH KOCH/RUDIGER LINK/HIMRICH VOGELSANG, *Arbeitsrecht-Handbuch...*, *cit.*, págs. 488 e 489.

⁶⁰⁸ Neste sentido, por exemplo, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, *cit.*, pág. 387; MARIA DO ROSÁRIO RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, *cit.*, págs. 501 e ss.; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, *cit.*, pág. 276; JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, *cit.*, pág. 248. Certo é que a solução que hoje resulta sem reparos do próprio elemento literal, nem sempre terá sido forjada com base numa argumentação tão linear. Numa perspectiva histórica, nem o regime jurídico do contrato de trabalho, aprovado originariamente pelo Decreto-Lei n.º 47 032, de 27 de Maio de 1966, nem a LCT faziam qualquer menção expressa à natureza negocial ou não do elemento. E, no entanto, já então prevaleciam os argumentos favoráveis à natureza negocial bilateral. Quem sustentava o recurso à lei civil nesta matéria (neste sentido, BERNARDO LOBO XAVIER, “O lugar da prestação de trabalho”, *ESC*, ano IX, n.º 33, Março de 1970, pág. 12) via no artigo 772.º, n.º 1 do Código Civil razões para justificar a natureza convencional do elemento. Com efeito, nos termos daquele preceito, a prestação deve ser efectuada no lugar estipulado pelas partes ou previsto em disposição especial da lei, e, só quando assim não suceder, deverá ser efectuada no lugar do domicílio do devedor. Quer dizer, o primeiro critério eleito pelo legislador civil para a determinação do lugar do cumprimento da prestação era e é a estipulação das partes, podendo, pois, aí encontrar-se justificação também para a natureza convencional do local de trabalho. Paralelamente, mesmo que não se fizesse

determinação tem natureza contratual, como aliás resulta actualmente do artigo 193.º do Código do Trabalho, opção, de resto, que encontra plena justificação, atendendo aos interesses privados envolvidos de ambas as partes, tanto dos empregadores, mas sobretudo dos trabalhadores⁶⁰⁹.

Cabendo às partes definir contratualmente o local de trabalho surgem, amiúde, na prática, hipóteses em que essa definição convencional apresenta formulações do tipo: “o local de trabalho são todos os locais que o empregador entender fixar” ou que

apelo às regras gerais do Código Civil (é sabido que a aplicação dos restantes critérios constantes do artigo 772.º do Código Civil sempre foi encarada com reservas pela doutrina juslaboral) o então artigo 24.º da LCT – o preceito que fixava em que condições podia o empregador, unilateralmente, transferir o trabalhador para outro local de trabalho – constituía como um bom argumento favorável à natureza convencional. Se a modificação do local de trabalho fosse vista como uma mera faculdade contida no poder de direcção, dir-se-ia, não haveria razões para o legislador consagrar uma norma justamente a autorizar, sob determinados pressupostos, a modificação unilateral do local de trabalho por iniciativa do empregador. Tal preceito só ganhava sentido útil em virtude da natureza negocial do elemento em questão.

⁶⁰⁹Causa por isso alguma estranheza a posição sustentada por alguns sectores doutrinários segundo a qual, no caso de as partes não terem estipulado sobre o local de trabalho, a fixação é feita unilateralmente pelo empregador ao abrigo do poder de direcção (PEDRO MADEIRA DE BRITO, Anotação ao artigo 193.º do Código do Trabalho, in AA.VV., *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 462). A nosso ver, o Autor só coloca o problema nos termos expostos e apresenta a via de solução descrita condicionado por um pressuposto discutível: quando reconhece que o apuramento do local de trabalho opera por via das declarações negociais, *rectius*, da interpretação das mesmas, não inclui, ou melhor, parece não incluir, de entre os elementos atendíveis nessa tarefa hermenêutica, o comportamento executivo de ambas as partes. Se bem percebemos, exclui-se a possibilidade de atribuir relevância negocial ao comportamento do trabalhador por considerar que a teoria dos comportamentos concludentes serve para determinar a existência de contrato, mas já não para saber qual o local de trabalho. Não conseguimos acompanhar esta posição. Primeiramente, parece-nos, o comportamento concludente tanto pode assumir relevância para a questão de saber se existe declaração negocial como para a questão de saber qual o conteúdo da declaração negocial, pelo que este não pode ser o argumento decisivo para rejeitar a importância do comportamento das partes. Depois, se porventura o Autor acolhesse este elemento como elemento relevante em sede de interpretação (aspecto pacificamente aceite, sobretudo em contratos que dão origem a relações duradouras), não chegaria a equacionar um problema que, quanto a nós, surge como uma falsa questão. Numa hipótese como a aventada pelo Autor, de silêncio do documento contratual e de ambiguidade dos restantes elementos atendíveis em sede de interpretação, seria o início da execução da actividade num dado estabelecimento indicado pela entidade empregadora, e (na maioria das vezes) tacitamente aceite pelo trabalhador que iluminaria o sentido negocial das declarações das partes quanto àquela questão.

“o local de trabalho serão todos os estabelecimentos do território nacional”⁶¹⁰.

Perante este tipo de estipulações negociais dois problemas se podem levantar: perguntar-se-á, por um lado, se cláusulas como aquelas vindas de enunciar devem ser reputadas como válidas ou não, e neste último caso, qual o fundamento desse juízo de invalidade; e por outro lado, uma vez assente o juízo de invalidade, em que termos será de admitir a manutenção do contrato de trabalho. Em bom rigor, a questão que especificamente aqui nos convoca é a segunda. No entanto, como o problema logicamente anterior, o da (in)validade das referidas estipulações e o do correspondente fundamento, tem suscitado posicionamentos muito díspares e alguns mesmo antagónicos, justificam-se, primeiramente, algumas considerações sobre essa questão prévia.

⁶¹⁰ Haja em vista, alguns exemplos colhidos na nossa jurisprudência, todos disponíveis no endereço electrónico www.dgsi.pt. Desde logo, a situação que deu origem ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Dezembro de 2009, processo n.º 84/07.0TTVIS.C1.S1. Estava em causa a relação laboral estabelecida entre uma trabalhadora com funções de caixa e uma empresa de distribuição de electrodomésticos. As partes haviam estabelecido que “*No desempenho das funções definidas na cláusula 3ª, o 2º. Outorgante compromete-se a exercer sob a direcção do 1º. Outorgante e, no território definido na cláusula 1ª. [todos os estabelecimentos localizados em Portugal continental e Ilhas] todas as atividades necessárias ao desempenho dos objectivos comerciais do 1º. Outorgante*”. Num outro caso, o que esteve na base do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Março de 2009, processo n.º 08S3056, tratava-se de um contrato de trabalho cujo clausulado havia sido reduzido a escrito, dele constando que o local de trabalho da trabalhadora acordado abrangia *todas as lojas da entidade empregadora situadas no continente, na ilha da Madeira e no arquipélago dos Açores, em funcionamento ou que, entretanto viessem a abrir*. Noutro litígio ainda, que deu origem ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2012, processo n.º 4397/07.3TTLSB.L1-4, o trabalhador havia sido admitido através de contrato a termo certo por uma sociedade de comercialização de produtos alimentares para exercer funções de responsável comercial. Do documento contratual constava a seguinte cláusula (Cl. 3ª): “1.O segundo outorgante obriga-se a prestar a sua atividade nos locais que lhe forem indicados pela primeira outorgante. 2. Sem prejuízo do convencionado no número anterior, o segundo outorgante prestará de imediato a sua atividade profissional no distrito de Lisboa, ou eventualmente em outro local ou noutras instalações afectas à atividade do primeiro outorgante, ou por esta indicadas. 3.O local de execução da atividade do segundo outorgante poderá ser livremente alterado pelo primeiro outorgante para qualquer outro onde esteja instalado ou venha a desenvolver algum projeto ou atividade”.

2.1. O problema prévio do fundamento da (in)validade das estipulações; compreensão dominante: a indeterminabilidade do objecto; superação: a ordem pública e a predeterminação do local de trabalho

I – Não tem havido um discurso consensual a respeito da (in)validade das referidas estipulações⁶¹¹. De um modo geral, a tónica é posta na exigência de determinabilidade do objecto negocial⁶¹² prevista no artigo 280.º, n.º 1 do Código Civil, surgindo a partir desse dado diferentes resultados interpretativos. Alguns

⁶¹¹ Aspecto que é bem patenteado se atentarmos na diversidade de posicionamentos jurisprudenciais.

Na situação que deu origem ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Dezembro de 2009 (processo n.º 84/07.0TTVIS.C1.S1), o tribunal de 1.ª instância decidira que o local de trabalho assim estabelecido não era determinado nem determinável, concluindo pela nulidade da cláusula com fundamento no artigo 280.º do Código Civil. O tribunal da Relação de Lisboa (no Acórdão de Lisboa de 25 de Março de 2009, processo n.º 1168/07.0TTLSB -4), reiterou o sentido da decisão do tribunal de 1.ª instância, considerando nula, por indeterminação, a mencionada cláusula. Sustentou que a estipulação de cláusulas com tal amplitude padecia de uma excessiva desproporcionalidade, despropositada face às funções desempenhadas pelo trabalhador. Já o Supremo Tribunal de Justiça entendeu possível perspectivar a referida cláusula como definição do local de trabalho perfeitamente lícita. Não obstante um certo grau de indeterminação, esse seria suprido pelo empregador através do seu poder de direcção de acordo com os ditames do artigo 400.º do Código Civil.

Na hipótese subjacente ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Março de 2009 (processo n.º 08S3056), decidira o tribunal de 1.ª instância que, atento o local de trabalho contratualmente estabelecido, a ordem da entidade empregadora consubstanciava o mero exercício do poder de direcção dentro dos limites do que havia sido licitamente convencionado como local de trabalho, enquanto o Tribunal da Relação do Porto (no Acórdão de 7 de Abril de 2008, processo n.º 0712016), por seu turno, não hesitou em qualificar a cláusula sobre o local de trabalho como indeterminável. Finalmente, as instâncias superiores, embora tenham admitido como perfeitamente lícito que as partes pudessem ter determinado o local de trabalho com a referida amplitude, concluíram, a partir de uma análise complexiva do enunciado negocial, não ter sido essa a vontade das partes contratantes. Para o efeito alegaram que se o objectivo da cláusula sobre o local de trabalho fosse, de facto, a sua definição naqueles termos amplos, a outra cláusula através da qual a trabalhadora aceitava poder ser transferida para outro estabelecimento tornar-se-ia perfeitamente inútil, por desnecessária, já que a entidade empregadora poderia perfeitamente deslocar a trabalhadora de uma loja para outra, ao abrigo do seu poder de direcção, dentro dos limites do território definido como local de trabalho.

⁶¹² Importa registar que há, desde logo, na mobilização deste padrão civilístico, um certo “entorse conceptual” da noção de objecto negocial, já que não estará tanto aqui em causa o objecto mediato do contrato de trabalho (a prestação que o trabalhador se obriga a realizar) *hoc sensu*, mas a dimensão espacial desse objecto.

considerando que as estipulações em causa passam com sucesso o teste da determinabilidade; outros invocando que se tratam de cláusulas nulas por não observarem a exigência em questão. Ora, diga-se desde já, antecipando o que se desenvolverá de seguida⁶¹³, que concordamos com a opinião aqueles que sustentam que as cláusulas em questão são válidas à luz do artigo 280.º, n.º 1 do Código Civil.

Afigura-se útil começar por recuperar o significado e a razão de ser do requisito da determinabilidade do negócio jurídico constante do artigo 280.º, n.º 1 da lei civil.

Estatui o artigo 280.º, n.º 1 do Código Civil que “É nulo o negócio jurídico cujo objecto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável”. Daqui se infere que uma das condições de validade do negócio jurídico é a determinabilidade do objecto negocial. No momento da conclusão do negócio jurídico, o respectivo objecto deve ser, se não determinado, pelo menos determinável, quer isto dizer, tem de ser susceptível de poder vir a ser individualizado *no futuro*⁶¹⁴. De acordo com os ensinamentos da doutrina civilista, a exigência de determinabilidade a que alude o preceito codicístico encontra-se preenchida se a determinação puder vir a ser feita, eficazmente, por um de dois modos: ou por um critério fixado pela lei, ou por um critério fixado pelas partes (no próprio negócio), podendo neste último caso, as partes optar por confiar a determinação a uma delas ou a um terceiro⁶¹⁵. O mesmo princípio, em articulação com o artigo 280.º, é o que se retira do artigo 400.º, também do Código Civil, que constitui a regra comum em sede de determinação da prestação debitória, aplicável sempre que no regime do negócio ou contrato considerado não exista norma específica que disponha coisa diversa⁶¹⁶.

⁶¹³ A este propósito, com maiores desenvolvimentos, permite-se-nos a remissão para JOANA NUNES VICENTE, “Cláusulas de definição do local de trabalho”, *Vinte Anos de Questões Laborais*, número especial (42), 2013, págs. 217 e ss..

⁶¹⁴ Cf. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pág. 554; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, cit., pág. 165; Também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral...*, cit., pág. 562.

⁶¹⁵ A propósito da exigência de determinabilidade do objecto, escreve CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pág. 554, que “o objecto negocial deve estar individualmente concretizado no momento do negócio ou pode vir a ser individualmente determinado, segundo um critério estabelecido no contrato ou na lei”.

⁶¹⁶ Neste sentido, HENRIQUE MESQUITA/ALMENO DE SÁ, “Determinação do preço por terceiro”, *RLJ*, ano 141.º, n.º 3973, 2012, pág. 206. MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das*

Por outro lado, se perscrutarmos a razão de ser desta exigência de determinabilidade, podemos comprovar que ela se explica basicamente por uma questão de inteligibilidade, compreensibilidade do próprio vínculo obrigacional. Quer dizer, a exigência de determinabilidade surge com o papel de poder tornar viável o cumprimento da obrigação que se constitui e de assegurar a consistência da pretensão do credor⁶¹⁷. Se o objecto da prestação não está completamente determinado ou não há modo de o poder fazer, em bom rigor, não pode saber-se a que é que o devedor estará obrigado ou a que é que o credor tem direito⁶¹⁸.

Munidos destes ensinamentos, cabe agora transpô-los para o contexto do contrato de trabalho e das cláusulas acima descritas. Ora, dir-se-á que uma definição do local como aquela que consta dos exemplos atrás colhidos supera com sucesso o teste da determinabilidade com o sentido previsto no artigo 280.º, n.º 1 do Código Civil. Se, no limite, a exigência de determinabilidade se cumpre desde que as partes através do contrato forneçam um critério para a individualização da prestação, designadamente, desde que atribuam a uma delas essa faculdade de individualização, daí resulta que em bom rigor, também nas cláusulas em análise essa exigência se

Obrigações, cit., pág. 709, observa, a respeito da prestação debitória objecto dos negócios obrigacionais, que “não será válida a obrigação sempre que o objecto da prestação se não encontre desde logo completamente individualizado e nem possa vir a sê-lo, por falta, ou eventual inoperância, de um critério para esse efeito estabelecido pelas partes, no respectivo negócio jurídico, ou pela lei, em normas supletivas”. Também ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral, cit.*, pág. 805, frisa que “Não se exige, nem do artigo 280.º (que trata do objecto do negócio jurídico em geral), nem do artigo 400.º (que trata da prestação debitória), que ela seja determinada, no momento em que a obrigação se constitui. Mas não se prescinde de que seja nessa altura determinável, que possa ser concretizada, de harmonia com os critérios estipulados pelas partes ou fixados na lei”.

⁶¹⁷ Neste sentido, ENZO ROPPO, “Sugli usi giuduziali della categoria “indeterminatezza/indeterminabilità dell’oggetto del contratto”, e su una sua recente applicazione a tutela di “contraenti deboli”, *GI*, vol. CXXXI, 1979, colunas 148 e 149. Também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral...*, *cit.*, pág. 563. No entanto, este último Autor alerta para o facto de o requisito da determinabilidade ter vindo a assumir um conteúdo dogmático próprio, sobretudo na jurisprudência, de tutela da parte fraca contra a assunção de vinculações ilimitadas.

⁶¹⁸ Pense-se no exemplo de escola tradicionalmente referido do negócio de venda de um objecto designado como suma generalidade (“uma coisa”, “um terreno”). Nesse caso, o contrato não envolveria qualquer vinculação para o vendedor, que poderia desonerar-se, entregando uma coisa insignificante – CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *cit.*, pág. 554.

encontra cumprida. Mais, a exigência civilista de determinabilidade que, como vimos, se cumpre desde que as partes através do contrato forneçam um critério para a individualização da prestação, tem, aliás, no caso do contrato de trabalho a tarefa facilitada, porquanto o contrato de trabalho é o único em que o processo de individualização da prestação se opera através de um poder do credor que nenhum outro credor goza, o poder de direcção, cujo fundamento advém e está implícito na própria conclusão do contrato de trabalho. O poder de direcção constitui, por assim dizer, o elemento que geneticamente confía a uma das partes a faculdade de individualizar a prestação e que permite que ao longo da vida da relação laboral o trabalhador-devedor cumpra o seu débito. Estamos em crer, de resto, que é justamente com base neste raciocínio que o Supremo Tribunal de Justiça tem entendido, de modo praticamente unânime, que as cláusulas de fixação do local de trabalho em termos amplos são lícitas à luz da exigência de determinabilidade prevista no artigo 280.º, n.º 1 do Código Civil.

II – Sucede que, não obstante esta primeira conclusão, a exigência de determinabilidade não constitui o único padrão de controlo das referidas cláusulas. A nosso ver, numa matéria como aquela que nos ocupa, não basta atender a uma exigência de determinabilidade, mas justifica-se outrossim uma predeterminação do local de trabalho, exigência essa que não encontra o seu suporte normativo no artigo 280.º, n.º 1 da lei civil, mas no n.º 2 daquela disposição.

Num primeiro nível, digamos mais geral, a exigência de predeterminação justifica-se pelo facto de a individualização do objecto a cargo de uma das partes comportar risco de arbítrio e de perturbação do equilíbrio contratual, ferindo as exigências mínimas do princípio da equivalência das prestações, o que é já evidenciado pelos ensinamentos civilistas⁶¹⁹.

Mas, num segundo nível, a imposição da predeterminação do parâmetro geográfico da prestação reveste um nexo umbilical com a tutela de certos valores fundamentais em que assenta o ordenamento e que seriam totalmente desvirtuados, se

⁶¹⁹ Escreve ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral, cit.*, pág. 806: “Além disso, parece ainda essencial que haja na convenção das partes *o mínimo de determinação necessária* para evitar que os critérios de equidade utilizáveis supletivamente pelo autor da determinação se convertam em puro arbítrio, capaz de perturbar o equilíbrio económico que caracteriza a disciplina dos contratos onerosos” (itálico nosso).

às partes fosse dada uma total liberdade no exercício da sua competência reguladora. Desde logo, o valor da dignidade da pessoa do trabalhador. Neste sentido, são elucidativas as palavras de JORGE LEITE, quando, a propósito das exigências de delimitação do objecto do contrato de trabalho – a nosso ver, perfeitamente transponíveis para o concreto problema que nos ocupa – refere: “ a suma generalidade deixaria o trabalhador sujeito aos poderes genéricos e indiferenciados do empregador, numa situação atentatória da sua dignidade e, por isso mesmo, condenada pela consciência ético-jurídica dos nossos tempos” ⁶²⁰ . Depois, a exigência de predeterminação é uma decorrência da tutela constitucional de certos valores como sejam a organização das condições de trabalho em condições que facultem a respectiva realização pessoal e permitam a conciliação da actividade profissional com a vida familiar (artigo 59.º, n.º 1, alínea b)), o repouso e o lazer (artigo 59.º, n.º 1, alínea d))⁶²¹.

Por fim, a predeterminação do local de trabalho (ou a proibição da sua indeterminação) explica-se por razões de preservação da coerência normativa do próprio sistema juslaboral. Com efeito, se atentarmos na configuração que o

⁶²⁰ JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, vol. II, *cit.*, págs. 52 e 53. Em sentido convergente, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, *cit.*, pág. 255. Em termos idênticos, ainda que num contexto mais genérico, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, *cit.*, pág. 258, conclui: “é necessário que o trabalho subordinado ocupe, na vida do devedor, uma parte demarcada, de modo que o crédito laboral não se apresente como algo de semelhante a um direito sobre a sua pessoa. Assim, há razões peculiares, neste campo, que jogam no sentido da delimitação precisa do compromisso de actividade, através do regime da qualificação (ou da categoria) e da tutela do local e do tempo de trabalho”.

⁶²¹ Uma análise deste tipo põe, de modo particular, em evidência a “função garantística” do Direito do Trabalho (SIMONE PIETRO EMILIANI, “I giudici del lavoro nel conflitto di razionalità”, *RIDL*, ano XXXII, n.º 2, 2013, pág. 434 alude a um “princípio ético da personalidade do trabalho”), que é assim chamado a promover, para lá da função tutelar que matricialmente lhe inere, a específica realização, no domínio das relações laborais, de valores ou interesses reconhecidos como fundamentais na ordem jurídica global. Este vector deriva, nas palavras de ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, *cit.*, pág. 26 e 27, da constatação do elevado grau de implicação da pessoa do trabalhador na relação de trabalho e põe em relevo a necessidade de o desenvolvimento dessa relação não afectar negativamente a sua vida, a sua integridade física e psíquica, a sua dignidade moral e social, garantindo-lhe, nalguma medida, a realização pessoal e a afirmação da cidadania.

ordenamento jurídico laboral português⁶²² dá à disciplina da matéria do local de trabalho, de imediato se dá conta de uma demarcação entre *a questão da definição do*

⁶²² Esta é uma característica do modelo português, mas também de sistemas jurídicos próximos, como o italiano e o espanhol. Todos estes sistemas contemplam uma solução normativa específica de reconhecimento de uma faculdade de modificação do local de trabalho por parte entidade empregadora. No caso do ordenamento jurídico português, a questão encontra-se disciplinada como foi referido *supra* no artigo 194.º do Código do Trabalho; na experiência jurídica italiana, o reconhecimento de uma específica faculdade de transferência unilateral do empregador deu-se a partir de 1970, com a introdução do *Statuto dei lavoratori*, mais concretamente do artigo 13 (artigo 2102 do *Codice Civile*); em Espanha, importa atender ao artigo 40 do *Estatuto de los Trabajadores*.

Não estamos, contudo, perante o único modelo possível. Sistemas há, como o alemão, que não contêm nenhuma ponderação específica para o problema da modificação do local de trabalho por iniciativa do empregador. Este dado talvez ajude a compreender melhor os contornos da resposta deste sistema ao problema da admissibilidade de cláusulas de fixação ampla ou como aí são designadas cláusulas “de poder de direcção alargado” (“erweitertes Weisungs-oder Direktionsrecht”). De facto, não havendo propriamente uma norma legal que autorize modificações unilaterais, a *praxis* encarregou-se de trazer para a ribalta certas estipulações negociais através das quais o local de trabalho é definido em termos manifestamente amplos que habilitam o empregador, ao abrigo do seu poder de direcção, a uma determinação da prestação a cada momento. De um modo geral, a jurisprudência e a doutrina tendem a aceitar como válidas estas conformações. Todavia, nem por isso a questão é totalmente deixada ao arbítrio das partes. Admitidas como válidas, em princípio, as cláusulas, a questão transita para o plano do exercício do poder de direcção, do critério ou medida segundo o qual o empregador pode pautar o exercício da referida faculdade. Buscando inspiração no §315 do *BGB* (*grosso modo* semelhante ao nosso artigo 400.º do Código Civil) parte-se de uma classificação fundamental que distingue três níveis ou medidas para o exercício do direito de conformação da prestação: a) o livre gosto ou puro arbítrio (“freies Belieben”), hipótese em que o sujeito que determina não precisa de ter em conta os interesses da outra parte; b) a avaliação livre ou discricionária (“freies Ermessen”), hipótese em que o sujeito que determina não está autorizado a realizar uma determinação ostensivamente injusta, isto é, uma determinação que viole manifestamente ou de forma grosseira os interesses da outra parte; c) a avaliação justa ou equitativa (“billigen Ermessen”), caso em que a determinação deve ter em conta os interesses de ambas as partes, designadamente os direitos fundamentais, e as circunstâncias do caso. O entendimento jurisprudencial e doutrinário dominante é no sentido de que uma determinação segundo o livre gosto está liminarmente excluída. Aceita-se que o critério deva ser o da avaliação justa, quando outra coisa não for a acordada. A verdade é que actualmente (desde 2003) é o próprio §106 do *Gewerbeordnung* que estabelece, em termos genéricos, que o poder de direcção deve ser exercido de acordo com a avaliação justa. Sobre a questão veja-se, designadamente, o estudo de VERA RICARDA MOLL, *Die Änderung der Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber – insbesondere in der Unternehmenkrise*, Peter Lang, Frankfurt, 2009, págs. 31 e ss. (especialmente, págs. 95 e ss.).

local de trabalho e a questão da sua eventual modificação, rectius, das possibilidades de transferência unilateral do trabalhador para lá do local contratualmente fixado, sendo certo que esta segunda questão perderia todo e qualquer sentido se, a montante, não se fizesse impor uma exigência de predeterminação do local de trabalho⁶²³.

Ora, se quisermos reconduzir este quadro de valorações a um denominador normativo comum diríamos que a exigência de *predeterminação* do parâmetro geográfico se deixa reconduzir a um limite que resulta da própria ideia de ordem pública, que mais não é também do que uma referência valorativa através da qual se afere da validade de um negócio jurídico, nos termos do artigo 280.º, n.º 2 do Código Civil⁶²⁴. Através de uma cláusula geral como a da ordem pública introduzem-se no exercício da liberdade contratual das partes limites que justamente apelam à ordem de valores fundamentais em que assenta o ordenamento, desde logo, “valores fundamentais, como aqueles com assento constitucional”⁶²⁵ e assegura-se “a preservação, no essencial, da coerência normativa, visando impedir que a descentralização de competência reguladora abra portas a rupturas e contradições dentro do sistema”⁶²⁶.

⁶²³ Chama igualmente a atenção para esta conexão e para o perigo de actuações em fraude à lei ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, *cit.*, pág. 399.

⁶²⁴ Aspecto que é também evidenciado, a propósito da predeterminação do objecto do contrato de trabalho, por JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, vol. II, *cit.*, pág. 53.

⁶²⁵ Sobre esta função da ordem pública, ver JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Do princípio da liberdade contratual”, *Obra dispersa*, vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, pág. 643. Sobre o conteúdo da fórmula, cf. ainda GIOVANNI FERRI, *Ordine Pubblico, Buon Costume e la Teoria del Contratto*, Giuffrè, Milão, 1970, págs. 94 e ss., e 173 e ss..

⁶²⁶ Assim, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato...*, *cit.*, págs. 526 a 528, a propósito das funções que a ordem pública é chamada a desempenhar. O Autor acrescenta: “Esse objectivo atinge-se pela supra-ordenação, em relação às normas postas pela autonomia privada, dos princípios e normas que recolhem os juízos de valor fundamentais em que assenta o ordenamento. (...) A ordem pública traduz-se, assim, na parcial retirada de dispositividade ao ordenamento pela formação de um segundo grau de imperatividade, não expressa em regras pontuais, mas resultantes da consideração unitária de todo o sistema ou de algum dos seus institutos. Mais do que um princípio com um conteúdo material próprio, ela é, pois, um critério “adjectivo” e qualificante, que não introduz novas directrizes reguladoras no ordenamento, antes atesta especiais atributos de inderrogabilidade, pelo seu papel no sistema, de princípios dele inferíveis – mais um critério de ordem do que um princípio ordenador” (pág. 528).

Repare-se que, de acordo com a compreensão sufragada, o imperativo de predeterminação não só não se confunde com a exigência de determinabilidade como também não encontra o seu fundamento, em rigor, no artigo 280.º, n.º 1 do Código Civil, mas antes no n.º 2 do referido preceito⁶²⁷. Num caso está em causa uma possibilidade de determinação no futuro, no outro um imperativo de conhecer de antemão o perímetro dentro do qual a prestação laboral deverá ser potencialmente realizada. Por outro lado, a exigência de determinabilidade é uma exigência que não encontra a sua razão de ser matricial numa valoração ética ou substrato valorativo⁶²⁸,

⁶²⁷ Esta diferença nem sempre resulta evidente no discurso da jurisprudência e da doutrina nacionais, sendo frequente associar ao artigo 280.º, n.º 1 uma função garantística que matricialmente não lhe é reconhecida na teoria geral do direito civil. Cf., por exemplo, na jurisprudência, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de Março de 2009, processo n.º 1168/07.0TTLSB-4, ou o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Abril de 2008, processo n.º 0712016. Na literatura, ver PEDRO MADEIRA DE BRITO, Anotação ao artigo 193.º do Código do Trabalho, *in* AA.VV. *Código do Trabalho...*, *cit.*, pág. 462; e JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, *cit.*, págs. 255 e 256. Uma tendência semelhante pode acompanhar-se na experiência jurídica francesa em EMMANUEL DOCKÈS, “La détermination de l’objet des obligations nées du contrat de travail”, *DS*, n.º 2, 1997, págs. 140 e ss..

Curiosamente, num outro contexto, totalmente diferente daquele que nos ocupa, a jurisprudência têm feito uma leitura da exigência de determinabilidade menos garantística e portanto mais concordante com a essência do artigo 280.º, n.º 1 do Código Civil. Referimo-nos concretamente a uma hipótese que chegou aos nossos tribunais (*vide* o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20 de Dezembro de 2011, processo n.º 959/09.2TTVNG.P2, disponível em www.dgsi.pt.) em que se discutiu a validade de uma cláusula que fixava uma compensação pecuniária global inserida num acordo de cessação do contrato de trabalho. Estabelecia a referida cláusula que parte do valor da compensação seria paga em “suaves prestações mensais e de acordo com a disponibilidade da tesouraria da empresa no último dia de cada mês”. O Tribunal da Relação do Porto considerou que a cláusula em questão, passando com sucesso o teste da determinabilidade do artigo 280.º, n.º 1 do Código Civil, era, no entanto, nula porque ofensiva dos bons costumes (artigo 280.º, n.º 2), atento o teor absolutamente arbitrário. Em sentido contrário, vejam-se, no entanto, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Março de 1999, processo n.º 98S269, e de 13 de Outubro de 1999, processo n.º 99S160, ambos disponíveis em www.dgsi.pt. Para mais desenvolvimentos sobre a análise jurisprudencial deste tipo de estipulações negociais, ver, por todos, JOANA VASCONCELOS, *A Revogação do Contrato de Trabalho*, *cit.*, pág. 210.

⁶²⁸ De certo modo, LUIGI MENGONI, “L’influenza del diritto del lavoro sul diritto civile”, *GDLRI*, ano XII, n.º 45, 1, 1990, págs. 12 e 13, chama a atenção para este aspecto quando aprecia o problema que, em termos semelhantes, se colocou no ordenamento jurídico italiano a propósito da validade de cláusulas que permitem uma ampla variação da colocação temporal da prestação no contrato de trabalho a tempo integral e a tempo parcial: “la regola civilistica circa i requisiti

que é o que, justamente, está subjacente à imposição de uma predeterminação do parâmetro geográfico⁶²⁹.

2.2. O tratamento da invalidade parcial: conservação do contrato e substituição da cláusula nula por um conteúdo compatível com o padrão imperativo; o critério da determinação possível do local de trabalho e a actividade concretizadora

I – Ultrapassada a primeira questão – a da invalidade da estipulação negocial e do padrão imperativo que fundamenta esse juízo – cumpre analisar o outro estrato do problema, o da conservação do contrato de trabalho e do modo como é assegurada essa conservação, questão que, antecipe-se, não tem suscitado particular interesse junto da doutrina e jurisprudência nacionais, por ser claramente absorvida pela primeira⁶³⁰.

dell'oggetto del contratto, per noi l'art. 1346 c.c., non esclude che la determinazione della quantità della prestazione e/o la fissazione della scadenza siano remesse al creditore, purché la sua discrezionalità sia vincolata nel contratto a criteri oggettivi: basti pensare agli artt. 1560 e 1563 in tema di somministrazione"; e acrescenta "quando tale esigenza sia soddisfatta, il diritto civile non ha più nulla da dire nell'ipotesi di contratto di lavoro a tempo ridotto con clausola di variabilità della prestazione a discrezione dell'imprenditore (...) Essa dovrà essere valutata innanzitutto alla stregua della disciplina del lavoro a tempo parziale (...) e, poi, superato questo scrutinio, alla stregua dei principi costituzionali sulla tutela del lavoro, e in particolare del principio dell'articolo 36." Num outro contexto ainda, procede à distinção entre o requisito da determinabilidade e a exigência de adequação na fixação da compensação económica no pacto de não concorrência, RAFFAELLO MELCHIONNA, "L'onerosità e i limiti di oggetto, di tempo e di luogo del patto di non concorrenza", *DL*, parte II, 1966, págs. 374 e 375.

⁶²⁹ Ou como afirma ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, "Os requisitos objectivos do Contrato de Trabalho", *ESC*, ano VIII, n.º 29, 1969, pág. 37: "No regime do contrato de trabalho, a exigência de determinabilidade da prestação joga em defesa do devedor, e não – como é sabido da doutrina geral do negócio jurídico – com o papel de assegurar a consistência da pretensão do credor".

⁶³⁰ Não há, de facto, especial clareza no discurso da nossa jurisprudência quando conclui pela invalidade das cláusulas de definição do local de trabalho. Várias são as decisões dos nossos tribunais que, sem mais esclarecimentos, lançam mão nesse caso do regime de transferência do trabalhador contido no artigo 194.º do Código do Trabalho e entendem que o trabalhador só poderá ser transferido se houver um interesse da empresa e o transferência não causar prejuízo sério ao trabalhador (*vide*, por exemplo, a decisão da 1.ª instância que precedeu o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Dezembro de 2009, já citado, ou a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de Março de 2009,

Em primeiro lugar, julga-se tratar-se de mais uma hipótese em que o sistema jurídico intervém impondo a conservação do contrato de trabalho, tendo em vista assegurar a tutela de interesses relevantíssimos do trabalhador – neste caso, dedutíveis não de uma regra cogente específica, mas dos princípios fundamentais em que assenta o conjunto da ordem jurídica –, parte débil da relação. A singularidade da hipótese em apreço reside noutra aspecto. O padrão imperativo violado, a ordem pública – da qual se retira uma exigência de predeterminação do local de trabalho – não pode, pela indeterminação do seu alcance prescritivo, substituir directamente a cláusula nula. Dele não se extrai, de forma imediata, o regime jurídico que valerá no lugar da estipulação violada, o que conduz à necessidade de adopção de uma certa actividade integrativa, que, na hipótese em apreço, pensamos, assume uma *dupla faceta*.

II – Num primeiro nível, torna-se necessário apurar o critério que permita orientar depois a tarefa de determinação do conteúdo contratual a regular, que sirva de ideia regulativa para se proceder depois à conformação dos termos do conteúdo da cláusula a substituir, em conformidade com os limites impostos pelo padrão imperativo violado. Ora, o padrão imperativo violado proíbe a indeterminação do local de trabalho, exige a sua predeterminação. Daí que nos pareça que o critério compatível com esses limites, o critério que, respeitando esses limites, deve presidir à fixação do local de trabalho, seja o da predeterminação possível, a mais concreta possível que esteja ao alcance das partes, tendo em conta um conjunto de factores entre os quais nos parece plausível que se contem a natureza da actividade prestada pelo trabalhador⁶³¹, o grau de fungibilidade da mesma⁶³², o nível de retribuição

também identificada *supra*). Através deste tipo de percurso ficam, no entanto, “pontas soltas” por esclarecer: se o que daí resulta, implicitamente, é que o local de trabalho se deve reconduzir nesses casos ao estabelecimento onde o trabalhador presta *ab initio* a sua actividade, devendo, conseqüentemente, toda e qualquer alteração consubstanciar uma transferência do trabalhador; ou se as ditas cláusulas, reputadas cláusulas de definição do local do local de trabalho, são afinal reconduzidas a cláusulas de mobilidade geográfica (nulas) e daí a substituição do regime contratualmente convencionado pelo regime legal...

⁶³¹ A natureza ou o perfil de actividade em causa podem fazer com que a concretização possível exigível às partes, *maxime* ao empregador, não signifique sempre o mesmo tipo de predeterminação. Actividades há em que o tipo de bem ou serviço produzido, por sua própria natureza, não está pensado para ser sempre fornecido num certo ponto geográfico, mas antes em simultâneo numa zona mais ou menos extensa (dilatada). Pense-se no caso daqueles trabalhadores que estão

convencionado⁶³³, entre outros.

Num segundo momento, apurado o critério, a substituição da cláusula infractora por um outro conteúdo reclama ainda uma actividade judicial

incumbidos de promover os produtos da empresa a que pertencem num certo espaço geográfico. Outras hipóteses há em que a actividade em causa estará associada a uma permanente itinerância dos trabalhadores envolvidos, pois o produto oferecido não pode produzir-se em aglomeração. Caso da actividade de construção civil, instalação de redes eléctricas, informáticas, telefónicas, conservação e manutenção de linhas ferroviárias. Pode dizer-se que, nesses casos, o trabalhador detém um estatuto de disponibilidade locativa sobre um âmbito espacial mais ou menos amplo e cujo destino dependerá do local ou conjunto de locais onde a empresa, no momento em que o contrato é celebrado, realize a actividade que constitui o seu objecto.

⁶³²Uma empresa compreende na sua estrutura organizacional trabalhadores com as mais diversas posições funcionais, atendendo à complexidade técnica das funções, ao grau de responsabilidade e de autonomia, às qualificações técnicas exigidas. Quanto mais elevado for o grau de responsabilidade e de autonomia dos trabalhadores em causa ou a complexidade das funções exercidas ou as qualificações técnicas exigidas, menor tenderá a ser, por assim dizer, a sua representação, em termos numéricos, na empresa. Este aspecto não poderá deixar de influenciar e/ou condicionar o modo como o empregador deve poder afectar os recursos humanos da sua empresa do ponto de vista geográfico. Se estiver em causa a ocupação de um posto de trabalho a que corresponde uma posição funcional na empresa mais diferenciada e por isso mais escassa, em termos quantitativos, compreende-se que a representação dos limites geográficos dentro dos quais a prestação possa ser realizada se faça em termos mais amplos, mais abrangentes do que sucederá se estiver em jogo um posto de trabalho cujo conteúdo funcional e o grau de responsabilidade a ele associado seja mais comum, menos diferenciado e também quantitativamente mais representativo. É que, no primeiro caso, a fixação do local de trabalho em termos amplos pode revelar-se o meio necessário e indispensável à prossecução dos objectivos estratégicos da empresa, enquanto que, na segunda hipótese, a predeterminação feita nesses mesmos termos, se sujeita a um juízo de indispensabilidade e necessidade, não logrará o mesmo resultado.

⁶³³ Nestes termos, é igualmente pertinente atentar na apreciação feita pelo nosso tribunal superior (no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Março de 2009, processo n.º 08S3054, obtido em www.dgsi.pt) de uma cláusula contratual num contrato de trabalho de uma trabalhadora-caixeira que fixava como local de trabalho os vários estabelecimentos da empresa em Portugal. Concluiu o tribunal que “Em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, há que dar primazia, nos contratos onerosos, como é o contrato de trabalho, ao sentido que conduzir ao maior equilíbrio das prestações (artigoº 237.º do CC). E, face ao valor da retribuição acordada no contrato (60.000\$00) e ao leque de interesses de ordem pessoal, familiar e social que, de modo geral, são inerentes à estabilidade do local de trabalho, a interpretação que conduz ao maior equilíbrio das prestações contratuais é a de que o local de trabalho não tem a amplitude que, à primeira vista, parecia resultar do teor da cláusula 4.ª”.

concretizadora, tendo em conta a fisionomia concreta de cada caso, um juízo eminentemente casuístico que apenas estará ao alcance do juiz, tendo em conta a consideração das circunstâncias da situação concreta. Se tivermos em mente esta ideia, imediatamente nos damos conta que a substituição da cláusula infractora pelo conteúdo compatível com os padrões legais não tem de significar sempre o mesmo tipo de resultado. Hipóteses há em que a predeterminação possível significará a indicação de uma rua; noutras, a indicação de uma cidade; noutras ainda a indicação de um distrito, de uma região, de um país ou até mesmo de um continente.

3. **Outro exemplo: as cláusulas de mobilidade geográfica**

Como vimos *supra*, a lei laboral reconhece às partes a competência e a liberdade para definir o local de trabalho. Idênticas considerações valem – sobretudo à luz do direito vigente – no que respeita a uma matéria como a das faculdades de modificação do local de trabalho por parte da entidade empregadora. Na verdade, determina o actual artigo 194.º, n.º 1 do Código do Trabalho que “O empregador pode transferir o trabalhador para outro local de trabalho, temporária ou definitivamente, em dois tipos de situações: a) em caso de mudança ou extinção, total ou parcial, do estabelecimento onde aquele presta serviço (transferência colectiva); b) quando outro motivo do interesse da empresa o exija e a transferência não implique prejuízo sério para o trabalhador (transferência individual), acrescentando, no n.º 2 que as partes podem alargar ou restringir o disposto no número anterior, mediante acordo (...)”. Por esta última via o legislador português atribui ao regime legal previsto no n.º 1 carácter dispositivo, admitindo também aí que as partes, ao abrigo da sua autonomia negocial individual⁶³⁴, fixem o regime que entendam por bem convencionar⁶³⁵.

⁶³⁴ Note-se que o regime jurídico previsto no artigo 194.º, n.º 1 do Código do Trabalho assume natureza dispositiva em relação ao contrato individual de trabalho, mas também em relação aos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, como se retira do artigo 194.º, n.º 6.

⁶³⁵ No período que antecedeu a entrada em vigor do Código do Trabalho, esta questão, a da natureza do regime legal, não conheceu da parte da doutrina nacional uma apreciação uniforme. Até 2003, o preceito que regulava as possibilidades de transferência unilateral (*rectius* por iniciativa do empregador) era, como já referido, o vetusto artigo 24.º da LCT. Para o que aqui nos interessa, dispunha o n.º 1 daquele artigo que “A entidade patronal, *salva estipulação em contrário*, só pode transferir o trabalhador para outro local de trabalho se essa transferência não causar prejuízo sério ao

trabalhador ou se resultar da mudança, total ou parcial, do estabelecimento onde aquele presta serviço.” O significado a atribuir à expressão “salvo estipulação em contrário” suscitou alguma controvérsia no seio da comunidade científica. Em termos sintéticos, a questão que se colocava era a de saber se a norma em apreço partilhava de uma natureza dispositiva – o que a confirmar-se equivaleria a reconhecer validade, em princípio, a uma qualquer disciplina contratual autónoma que, afastando-se do regime legal, as partes entendessem por bem convencionar – ou se, pelo contrário, gozava de uma natureza semi-imperativa, admitindo desvios apenas num sentido (mais favorável ao trabalhador), ou seja, no sentido de as partes poderem apenas eliminar ou limitar contratualmente a faculdade de variação prevista na lei.

A maioria da doutrina – a título exemplificativo, BERNARDO LOBO XAVIER, “O lugar da prestação...”, *cit.*, pág. 25; MÁRIO PINTO/PEDRO FURTADO MARTINS/ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis do Trabalho*, *cit.*, págs. 121 e ss. – sustentava a natureza dispositiva do regime com base no argumento literal. Invocava-se que o artigo 24.º, n.º 1, ao estabelecer que “a entidade patronal, salva estipulação em contrário, só pode transferir...”, indiciava que a direcção fundamental do enunciado era a de restringir a margem de manobra do empregador no tocante à mobilidade geográfica do trabalhador, pelo que a ressalva de estipulação em contrário apontaria primacialmente no sentido da “libertação” dessa margem de manobra. Quer dizer, a entidade empregadora só podia transferir o trabalhador nos limites demarcados pelo n.º 1, mas tal só se não houvesse convenção entre as partes que permitissem a sua transferência noutras situações.

Uma corrente minoritária – entre outros, JOÃO LEAL AMADO, “Inamovibilidade: uma garantia supletiva?”, *QL*, ano I, n.º 3, 1994, pág. 176; e JOSÉ BARROS MOURA, *Compilação de Direito do Trabalho – sistematizada e anotada*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1980, pág. 92 – defendia um posicionamento distinto, o do carácter semi-imperativo do preceito. Para o efeito, invocava-se desde logo, mas com enfoque diferente, o argumento de índole gramatical. Alguns autores, nomeadamente, LEAL AMADO, encontravam na partícula “só” a pedra-toque para ser essa a leitura *ajustada à letra da lei*. Nesse caso, entendia o Autor, o elemento literal depunha a favor da natureza semi-imperativa do regime (o caso já mudaria de figura, se o artigo 24.º, n.º 1 determinasse que “a entidade patronal, salva estipulação em contrário, pode transferir”). No mesmo sentido apontava o elemento sistemático. Apelava-se à conjugação do artigo 24.º com o artigo 21.º, alínea e) da LCT: se a norma contida no artigo 22.º, alínea e), ao consagrar a garantia da inamovibilidade, prescrevia ser proibido à entidade patronal transferir o trabalhador para outro local de trabalho, salvo o disposto no artigo 24.º, com isso ficava patente que a regra geral era a da inamovibilidade, e que o artigo 24.º limitar-se-ia a apresentar as (únicas) excepções à regra. Admitir que a garantia legal de proibição de transferência do trabalhador ficasse sob reserva da autonomia privada – *rectius*, sob reserva da vontade do empregador, uma vez que na maioria das vezes seria este a impôr os termos do contrato – equivalia a esvaziar de sentido útil da própria garantia. Por fim, atribuía-se relevância aos expedientes hermenêuticos auxiliares a lançar mão quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Em primeiro lugar, convocava-se o referencial interpretativo que o ordenamento juslaboral fornecia quando dúvidas

Cabendo às partes definir contratualmente o regime da modificação do local de trabalho, surgem, amiúde, na prática, hipóteses em que essa definição convencional apresenta formulações do tipo: “o trabalhador aceita poder vir a ser transferido para outro local de trabalho quando o empregador assim o entender” ou “quando o empregador entender necessário”⁶³⁶.

houvesse quanto à qualificação da natureza de uma norma legal, quanto ao tipo de afastamento que a mesma permitia. Nessa operação interpretativa-qualificativa, vigorava (o que ainda se mantém actualmente) uma presunção no sentido da imperatividade unidireccional das mesmas, por via da qual deveria fixar-se a natureza das normas, que nada dispusessem quanto à sua natureza, como semi-imperativas ou imperativas mínimas na relação com o contrato individual de trabalho. Em segundo lugar, referia-se a regra da interpretação conforme a Constituição como expediente hermenêutico capaz de sustentar a natureza semi-imperativa do artigo 24.º, n.º 1 da LCT. Seguindo de perto a autorizada doutrina de GOMES CANOTILHO, segundo a qual no caso de normas polissémicas ou pluri-significativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição, era este princípio convocado para sustentar que o artigo 24.º, n.º 1 possuía natureza semi-imperativa, por ser essa a leitura que estaria em consonância com a normatividade constitucional, mais concretamente, com o direito fundamental do trabalhador à segurança no emprego.

Desde 2003, com a entrada em vigor do Código do Trabalho, esta discussão perdeu parte do interesse, uma vez que a lei passou a fazer expressamente referência à possibilidade de “alargar” e “restringir” as referidas faculdades, afigurando-se por isso que a liberdade modeladora das partes contratantes pode intervir em ambos os sentidos, seja no sentido de restringir as hipóteses de transferência, seja no sentido de facilitar as hipóteses de transferência.

⁶³⁶ Na nossa jurisprudência, vai sendo fértil a exemplificação deste tipo de cláusulas. Assim, por exemplo, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Fevereiro de 2009 (processo n.º 08S2573), estava em causa um contrato de trabalho no qual as partes acordaram “Tendo em conta o âmbito do território de actuação definida nas cláusulas 1.ª e 2.ª do presente contrato, o 2.º Outorgante aceita que possa ser deslocado, dentro do território do Continente, para qualquer dos estabelecimentos que pertençam ao 1.º Outorgante”. Mais recentemente, no litígio que envolveu um engenheiro consultor e uma empresa que prestava serviços de consultoria informática, no contrato individual de trabalho havia sido inserida uma cláusula que permitia ao empregador efectuar a transferência do trabalhador para outros locais “dentro ou fora do território nacional” (o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de Outubro de 2013, processo n.º 1596/12.0TTLSB.L1-4). Por vezes ainda, surgem enunciados negociais que numa espécie de “2 em 1”, estipulam simultaneamente uma definição ampla do local de trabalho e uma cláusula de mobilidade geográfica com idêntica amplitude – assim, a situação retratada no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Março de 2009 (processo n.º 08S3054), acima citado), em que do clausulado do contrato constava por um lado, uma estipulação que fixava o local de trabalho da trabalhadora como sendo todas as lojas da entidade empregadora situadas no continente, na ilha da Madeira e no arquipélago dos Açores, em funcionamento ou que, entretanto viessem a abrir; e

Perante este tipo de estipulações negociais, uma vez mais, dois problemas podem ser suscitados: perguntar-se-á, por um lado, se cláusulas como aquelas vindas de enunciar devem ser reputadas como válidas ou não, e neste último caso, qual o fundamento desse juízo de invalidade; por outro lado, questiona-se se, perante a referida invalidade, em que termos será de admitir a conservação do contrato de trabalho.

3.1. O fundamento da invalidade: de novo a determinabilidade e os valores constitucionais

I – Cumpre, antes do mais, dizer que o debate em torno da validade e licitude das cláusulas de mobilidade geográfica se tem feito sentir sobretudo *a propósito da transferência individual do trabalhador*, desacompanhada, portanto, da mudança do estabelecimento, e já não tanto no contexto da transferência colectiva. Por outro lado, e já dentro deste segmento, a discussão tem sido travada *no que respeita às possibilidades conformativas de alargamento da faculdade legalmente reconhecida ao empregador*, e não tanto, como é fácil intuir, a propósito das possibilidades de restrição dessa mesma faculdade⁶³⁷.

por outro, uma cláusula nos termos da qual a trabalhadora aceitava a possibilidade de vir a ser deslocada para um qualquer dos outros estabelecimentos pertencentes à entidade empregadora. Em termos próximos, veja-se ainda a factualidade subjacente ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2012 (processo n.º 4397/07.3TTLSB.L1-4) – todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁶³⁷ Certo é que o artigo 194.º, n.º 2 do Código do Trabalho atribui às partes a possibilidade de alargar ou restringir *o disposto no número anterior*, o que significa que a opção do legislador português foi a de acolher os resultados vinculativos do exercício da autonomia privada *tanto na hipótese de transferência individual como no caso de transferência colectiva*, e, à partida, *não só quando as partes ampliam como também quando diminuem as possibilidades de transferência do trabalhador*. Contudo, tanto quanto pudemos apurar, não são conhecidas hipóteses na *praxis* em que as partes ao abrigo da sua autonomia decisória tenham convencionado ampliar o regime de transferência colectiva nem tenham diminuído as possibilidades de transferência do trabalhador (a questão já não será exactamente assim quando em causa está em causa o exercício da autonomia privada colectiva). Este estado de coisas é, em certa medida, compreensível. De facto, no caso da transferência colectiva, a condição que legitima o empregador a, por um acto unilateral, modificar o local de trabalho é a deslocalização da própria organização produtiva. Quer dizer, no apuramento do critério que legitima a transferência a lei (já) só atende ao interesse organizativo e gestor. A relevância da esfera de interesses do trabalhador apenas surge num segundo momento quando a ordem jurídica, numa óptica de evitar a imposição de

À questão de saber se as cláusulas de mobilidade devem respeitar determinados limites de validade, se devem ser objecto de controlo pela ordem jurídica, a comunidade científica – nacional e estrangeira⁶³⁸ – tem respondido em sentido positivo, fazendo apelo a diferentes linhas de fundamentação.

sacrifícios significativos, atribui ao trabalhador o direito de resolver o contrato (artigo 194.º, n.º 5 do Código do Trabalho). Ora, vistas as coisas a esta luz, afigura-se difícil vislumbrar possibilidades de alargamento de uma faculdade cujo critério que presidiu à sua atribuição na lei já só atende à liberdade de gestão e organização do empresário/empregador materializada na deslocalização da organização produtiva. No que diz respeito à possibilidade de a autonomia regulativa das partes significar uma restrição dos poderes de transferência do trabalhador, talvez seja oportuno distinguir os dois cenários. No caso da transferência individual, em termos teóricos, nada obsta a uma regulação desse tipo, muito embora nos pareça que será sempre um cenário remoto e difícil de equacionar em termos reais (admitindo ser esta uma possibilidade, no caso da transferência individual, PEDRO MADEIRA DE BRITO, Anotação ao artigo 194.º do Código do Trabalho, in AA. VV., *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 469). Na hipótese de transferência colectiva, autores há que rejeitam a possibilidade de cláusulas de sedentarização por dessa forma se admitir uma violação do direito à iniciativa económica privada, que pressupõe a liberdade de escolher a localização da empresa – assim, ALBINO MENDES BAPTISTA, “Considerações a propósito das cláusulas de mobilidade geográfica”, *Estudos sobre o Código do Trabalho*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, págs. 128 e 129. Em termos igualmente críticos PEDRO MADEIRA DE BRITO, Anotação ao artigo 194.º do Código do Trabalho, in AA. VV., *Código do Trabalho..., cit.*, pág. 469, defende que a possibilidade de excluir o poder de modificação unilateral não pode impedir o empregador de transferir o estabelecimento, quando aquele assim o entenda, o que impõe, segundo o Autor, uma interpretação restritiva do artigo 194.º, n.º 2 para não abranger a transferência resultante da deslocação da unidade produtiva.

⁶³⁸ A ideia de um controlo sobre a validade das cláusulas de mobilidade geográfica é um aspecto hoje assente junto da *Cour de Cassation*, em França. Recorde-se que, neste ordenamento, a expansão das cláusulas de mobilidade geográfica (“clauses de mobilité”) se ficou a dever, em grande parte, às incertezas jurisprudenciais quanto à qualificação do local de trabalho, ora como mera condição de trabalho, ora como elemento do contrato de trabalho. A fim de prevenir riscos sobre esse contencioso, os empregadores passaram a inserir nos contratos de trabalho estipulações nos termos das quais o trabalhador dava o seu consentimento a futuras alterações do seu local de trabalho. A alteração de local de trabalho, na sequência da activação de uma cláusula de mobilidade geográfica, constituindo mera expressão do exercício do poder de direcção, obstava a que o trabalhador viesse invocar a existência de uma modificação do contrato e a necessidade do seu consentimento – sobre este efeito primário “clarificador” das cláusulas ver, entre outros, FRANÇOISE FAVENNEC-HÉRY, “Modification du contrat de travail: le glissement de l’objectif vers le subjectif”, *RJS*, n.º 6, 2003, pág. 459; ou MARION DEL SOL, “Variations jurisprudentielles sur le lieu de travail”, *JCP S*, n.º 36, 2006, pág. 9. E, de facto, numa primeira fase, a *Cour de Cassation* aplicou, sem mais, este raciocínio, validando toda e qualquer ordem de transferência fruto da activação de uma cláusula de mobilidade (neste sentido, veja-

Assim, e na precipitação de uma primeira análise, há quem veja na exigência de determinabilidade (artigo 280.º, n.º 1 do Código Civil) um dos parâmetros de controlo da validade das cláusulas de mobilidade geográfica e de limites à liberdade conformativa das partes⁶³⁹, havendo, de novo, descentendimentos – sobretudo na

se a análise de SONIA KOLECK-DESAUTEL, *La notion de modification du contrat de travail*, Université Montesquieu-Bordeaux IV, França, 2000, págs. 266 a 268). Progressivamente, porém, aquele tribunal foi-se dando conta da necessidade de instituir um controlo sobre as referidas cláusulas. Numa etapa inicial, esse controlo coincidiu essencialmente com um controlo sobre o exercício das cláusulas (cf. GILLES AUZERO, “La mise en oeuvre de la clause de mobilité appréciée à l’aune des droits fondamentaux du salarié”, *RDT*, n.º 12, 2008, págs. 731 e ss.), seja com apelo ao padrão da boa fé (por falta de observância de um prazo de pré-aviso mínimo – ver, por exemplo, a decisão da *Cour de Cassation, Chambre Sociale*, de 21 de Junho de 2006 – *RJS*, n.º 11, 2006, págs. 858 e 859), seja invocando abuso de direito do empregador (“légèreté blâmable” da parte do empregador que recorre à cláusula apenas com fins disciplinares – assim, na decisão da *Cour de Cassation, Chambre Sociale*, de 16 de Dezembro de 2005, com anotação de BERNARD BOUDIAS, “Le détournement d’une clause de mobilité à des fins disciplinaires et sa neutralisation”, *D.*, n.º 28, 2006, págs. 1945 e ss.). Paulatinamente, foi-se consolidando também o entendimento de que as ditas cláusulas estariam sujeitas a um controlo (prévio) de validade. Ora, uma das exigências que a *Cour* introduziu como condição de validade das cláusulas de mobilidade foi, justamente, a indicação dos limites espaciais da cláusula. Nesse contexto, já entendeu que a não indicação precisa desses limites geográficos determinaria a nulidade da cláusula ou, pelo menos, torná-la-ia ineficaz, impedindo a qualificação da recusa do trabalhador como “faute grave” (vide, por exemplo, a decisão da *Cour de Cassation, Chambre Sociale*, de 7 de Junho de 2006, n.º 04-45.846, com observações de STÉPHANE BÉAL, “Validité de la clause de mobilité”, *JCP E*, n.º 40, 2006, págs. 2243 e ss., e mais recentemente, o aresto em que a *Cour* considerou válida uma cláusula que previa como perímetro geográfico todo o território francês – a decisão de 9 de Julho de 2014, em *JCP S*, n.º 31-36, 2014). Maiores hesitações subsistem, no entanto, quanto à pertinência de um controlo de validade das cláusulas de mobilidade do ponto de vista da limitação dos direitos fundamentais do trabalhador, como refere MUSTAPHA MEKKI, “Le salarié doit démontrer que la décision de faire jouer la clause de mobilité a été prise pour des raisons étrangères à l’intérêt de l’entreprise”, *JCP G*, n.º 50, 2005, pág. 2328.

⁶³⁹ Assim, na doutrina, observa JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho...*, *cit.*, pág. 256, que “o trabalhador não poderá comprometer-se a executar tais funções no estabelecimento societário x, sito em Coimbra, bem como em qualquer outro estabelecimento que a referida sociedade possua, ou venha a possuir, à escala planetária...”. Em sentido idêntico, ALBINO MENDES BAPTISTA, “Considerações a propósito das cláusulas...”, *cit.*, pág. 123, frisa que “Não são admissíveis cláusulas de mobilidade imprecisas, que prevêm simplesmente que no decurso do seu contrato o trabalhador pode ser mudado de local”. Ainda PEDRO MADEIRA DE BRITO, Anotação ao artigo 194.º do Código do Trabalho, *in AA. VV.*, *Código do Trabalho...*, *cit.*, pág. 469, reconhece que é necessário “que o parâmetro geográfico da prestação seja determinável no momento da estipulação negocial”.

abordagem jurisprudencial – acerca dos resultados a extrair desse controlo⁶⁴⁰. Extremados os campos, deparamo-nos com orientações que reputam as cláusulas com a formulação transcrita como inválidas à luz da referida exigência e outras que, ao invés, sublinham a validade das mencionadas cláusulas. Ora, se atentarmos no significado da exigência de determinabilidade que vimos há momentos, seremos levados a concluir, uma vez mais, que as cláusulas em questão passam com sucesso o teste da determinabilidade. Isto porque, em rigor, a individualização dos novos locais de trabalho estará, em última instância, garantida através da indicação do empregador.

Por seu turno, alguns posicionamentos parecem condicionar a validade das cláusulas de mobilidade geográfica a um parâmetro mais exigente: não bastaria a mera determinabilidade, mas impor-se-ia a fixação de balizas geográficas precisas para o exercício da faculdade patronal. No entanto, também não se nos afigura que seja esse o cerne do problema. Quando, através de uma cláusula de mobilidade geográfica, as partes disciplinam a modificação do local de trabalho, reportar-se-ão a desenvolvimentos não ordinários, ou pelo menos, não previsíveis da relação de trabalho. Ora, quer-nos parecer que, vistas as coisas sob este prisma, não fará muito sentido que se imponha às partes uma predeterminação particularmente exigente, sob pena de, através de uma exigência desse tipo, acabar por se atrofiar uma faculdade que se pretendia, afinal, mais ampla. Por outras palavras, uma contenção geográfica – a justificar-se – será sempre algo que apenas poderá servir para estabelecer limites genéricos ou tendencialmente genéricos, não sendo, pois, o aspecto decisivo e único sobre o qual deve recair o controlo de validade das cláusulas.

A nosso ver, pois, o fundamento da invalidade de cláusulas de mobilidade geográfica formuladas nos termos descritos estará *também* relacionado com o *critério* que as partes estabelecem para legitimar o exercício da faculdade patronal.

Ao estatuir que o empregador pode transferir o trabalhador para outro local de trabalho quando existir um motivo do interesse da empresa e a transferência não

⁶⁴⁰ A orientação do Supremo Tribunal de Justiça é no sentido de considerar válidas as mencionadas cláusulas de acordo com a exigência que se retira do artigo 280.º, n.º 1 do Código Civil. Isso mesmo resulta por exemplo do Acórdão de 12 de Fevereiro de 2009, processo n.º 08S2573, e do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de Outubro de 2013, processo n.º 1596/12.0TTLSB.L1-4, ambos identificados *supra*. Em sentido inverso, o Acórdão da Relação do Porto de 7 de Abril de 2008, processo n.º 0712016, citado *supra*, não hesitou em dar por não verificado o requisito da determinabilidade do objecto.

causar prejuízo sério para o trabalhador, o artigo 194.º, n.º 1, alínea b) estabelece o critério segundo o qual o empregador se encontra legitimado a proceder a uma modificação unilateral do local de trabalho. Quando, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito, se estabelece que as partes podem alargar ou restringir a faculdade conferida no n.º 1, quer isto dizer que as partes, ao abrigo da autonomia negocial bilateral, podem substituir o critério legal segundo o qual o empregador se encontra legitimado a proceder a uma modificação unilateral do local de trabalho por um outro critério – mais ou menos exigente do que o da lei – sendo esse o critério que irá pautar o exercício da faculdade patronal. É esse o alcance da expressão legal “alargar ou restringir a faculdade”: trata-se de supletivizar, de tornar dispositivo o critério legal que autoriza o exercício da faculdade patronal⁶⁴¹. O direito declara-se pronto a abrir mão do critério legal, e dar a sua chancela a outros critérios que as partes, na sua autonomia decisória, entendam por bem convencionar. As partes podem, portanto, afastar o critério legal previsto no artigo 194.º, n.º 1, alínea b), segundo o qual o empregador se encontra legitimado a proceder a uma modificação unilateral do local de trabalho, quando existir um motivo do interesse da empresa e a transferência não causar prejuízo sério para o trabalhador.

Contudo, mesmo a este nível onde é reconhecida às partes uma ampla margem de conformação, a admissibilidade de uma disciplina contratual autónoma não é, julga-se, absoluta ou incondicionada. Isto porque, em nossa opinião, a estipulação de um critério como o do livre gosto, ou do puro arbítrio do empregador, ao não atender minimamente à esfera de interesses do trabalhador, autorizando, no fundo, que uma das partes fique à mercê da outra, e como, potencialmente sujeita a sacrifícios manifestamente inexigíveis, constitui uma estipulação dificilmente compatível com os limites da ordem pública (artigo 280.º, n.º 2 do Código Civil), em especial, com

⁶⁴¹ Cf. PEDRO MADEIRA DE BRITO, Anotação ao artigo 194.º do Código do Trabalho, *in* AA. VV., *Código do Trabalho...*, *cit.*, pág. 469. Não nos revemos, porém, em certas interpretações doutrinárias que tentam minimizar o alcance deste tipo de opções legislativas sustentando que, mesmo que as partes exerçam o poder de autodeterminação, o que se lhes permite é apenas uma concretização, densificação desses critérios – assim, por exemplo, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade funcional”, *Código do Trabalho – A Revisão de 2009*, coordenação de Paulo Morgado de Carvalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 202, ainda que a propósito da mobilidade funcional contratualizada – refere que as partes não podendo desfigurar o quadro de referência, podem reconfigurar as condições de exercício, designadamente concretizar o interesse da empresa e redefinir os limites da modificação substancial.

aqueles que decorrem da tutela constitucional de certos valores como sejam a organização das condições de trabalho em condições que facultem a respectiva realização pessoal e permitam a conciliação da actividade profissional com a vida familiar (artigo 59.º, n.º 1, alínea b)) e a segurança no emprego (artigo 53.º). Na verdade, pese embora a proibição de despedimentos sem justa causa configure a primeira e mais importante dimensão do direito à segurança no emprego, a doutrina constitucional e alguma doutrina laboral têm destacado outros conteúdos normativos que se retiram daquela garantia da nossa Lei Fundamental. Um deles prende-se justamente com o facto de a garantia constitucional de segurança no emprego compreender ainda a protecção do trabalhador na organização interna do trabalho, pondo-o a coberto de mudanças arbitrárias do empregador nos planos funcional e espacial⁶⁴². Em causa está a percepção de que se impõe uma certa racionalização nos modos como a iniciativa económica é legitimada a traduzir-se em operações modificativas do contrato de trabalho, *maxime* do local, sob pena de o interesse do trabalhador na continuação da relação poder ser irremediavelmente afectado, ao ponto de o trabalhador ser constrangido a renunciar à sua realização⁶⁴³. Atenta a ligação

⁶⁴² JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, *cit.*, pág. 713; JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, vol. I, *cit.*, pág. 83; e ainda PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Trabalho e Direitos Fundamentais – compatibilização entre...”, *cit.*, págs. 256 e ss..

⁶⁴³ A esta limitação acresce um limite temporal que o Código do Trabalho prevê, desde 2009, ao determinar que as partes podem alargar ou restringir o disposto no número anterior, mediante acordo *que caduca ao fim de dois anos se não tiver sido aplicado*. A lei fixa um prazo de *caducidade* (até 2009, na ausência de um prazo legal, o remédio jurídico subsidiário utilizado, sobretudo na jurisprudência – assim, por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça acima citado de 12 de Fevereiro de 2009 – foi o de lançar mão da figura do abuso do direito por demora desleal e contrária à boa fé no exercício de um direito, instrumento que se distingue da categoria da caducidade, como esclarece ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, *cit.*, pág. 797 e ss.) para o exercício da posição jurídica que o empregador detém em virtude da cláusula de mobilidade geográfica, decorrido o qual a posição jurídica extingue-se e o regime supletivo previsto no artigo 194.º, n.º 1 é reposto.

Do nosso ponto de vista, trata-se de um aspecto complementar – não substitutivo do controlo de conteúdo – que garante uma melhor concordância do preceito em causa com os limites do sistema jurídico, designadamente, com o valor constitucional da estabilidade no emprego (pois, como referem JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, *cit.*, pág. 713, a admissibilidade do *ius variandi* com base em estipulação contratual deverá observar os princípios da irrenunciabilidade global e *definitiva* dos direitos liberdades e garantias – itálico nosso).

especialmente intensa entre a segurança no emprego e a estabilidade do local de

Visa-se conter, no plano temporal, a vinculação do trabalhador a um regime de transferência diferente daquele que consta da lei, leia-se menos tutelador da sua esfera jurídica. Em causa está a percepção de que a maior flexibilidade na gestão dos recursos humanos que é potenciada pela estipulação de uma cláusula de mobilidade geográfica tem como reverso a menor possibilidade de o trabalhador planificar, organizar a sua vida pessoal e familiar de modo estável, como que “renunciando” à solução legal que incorpora uma certa composição equilibrada entre os interesses em presença. A fixação de um prazo de caducidade visa garantir que a cedência que o trabalhador faz a esse nível não é ilimitada, mas temporária e que, como tal, decorridos dois anos sem que a cláusula tenha sido invocada, o trabalhador como que “recupera” a possibilidade de realizar essa organização de modo mais estável e a tutela supletiva é como que restituída ao trabalhador.

Há quem siga (ainda) outro percurso para admitir a licitude das mesmas: a estipulação de uma contraprestação suficiente em benefício do trabalhador. No direito espanhol, deparamo-nos com algumas construções que sugerem esta ideia. Em termos analíticos, a argumentação assenta nos seguintes passos: (i) o artigo 40 do *Estatuto de los Trabajadores* confere determinados meios de protecção ao trabalhador em matéria de mobilidade geográfica; (ii) um pacto de mobilidade através do qual o empregador pudesse transferir o trabalhador para outro local de trabalho, sem necessidade de ocorrência de uma causa objectiva e/ou privando o trabalhador do direito de opção à extinção do contrato de trabalho, configura uma renúncia por parte do trabalhador a direitos que a lei lhe reconhece; (iii) tal renúncia encontra-se vedada pelos artigos 3/1-c e 3/5 do *Estatuto de los Trabajadores*, e por conseguinte, um pacto desse tipo estará ferido de nulidade; (iv) só assim não será, isto é, já não estaremos perante uma renúncia, se se estabelecer que o afastamento da protecção legal deferida ao trabalhador é compensado mediante uma contraprestação suficiente em benefício do mesmo; (v) entende-se por contrapartida suficiente aquela que se situe nitidamente acima da compensação económica a que o trabalhador já tem direito por força da lei em caso de “traslado” ou “desplazamiento”. Se a cláusula de mobilidade cumprir esta exigência, consideram alguns sectores doutrinários que se podem retirar objecções à validade dos pactos de mobilidade – nestes termos, SOFIA BELTRAN MIRALLES, “Traslados y desplazamientos voluntarios”, *AL*, n.º 3, 1997, pág. 1040.

Pela nossa parte, não temos dúvidas em reconhecer na análise da doutrina espanhola um contributo positivo para o problema da validade das cláusulas de mobilidade geográfica. Temos, no entanto, menos certezas de que esse poderá ser um expediente de controlo no plano *de iure condito*. O preceito que regula entre nós a mobilidade geográfica reconhece, de modo inequívoco, espaço à autonomia decisória das partes. E, contrariamente ao que sucede noutras matérias como é o caso do pacto de não concorrência (ou até da cláusula de isenção de horário) em que é a própria lei que determina como condição de validade a atribuição ao trabalhador de uma compensação monetária, a estipulação de uma contrapartida não é considerada uma condição de validade da cláusula de mobilidade geográfica. Pode, em todo o caso, discutir-se (num plano *de iure constituendo...*), atendendo à dignidade constitucional dos interesses envolvidos, se essa não seria uma solução alternativa que garantiria uma maior conformidade com a Lei Fundamental.

trabalho, julga-se, por conseguinte, que cláusulas que permitam mudanças arbitrárias do local de trabalho suscitam um juízo de invalidade à face do quadro normativo português.

Gostaríamos ainda de realçar duas notas.

Primeira. Estamos cientes de que o resultado por nós proposto, resultado que decorre da fixação de limites à autonomia privada na conformação do conteúdo da cláusula, traduz uma contenção que, na opinião de alguns autores⁶⁴⁴, decorre do princípio da boa fé enquanto limite ao exercício de um direito por parte do seu titular. Segundo esta última compreensão, não é ao nível do *controlo do conteúdo*⁶⁴⁵ que as referidas cláusulas levantam interrogações. À questão de saber se as cláusulas se contêm dentro dos limites de validade, respondem os autores afirmativamente. As cláusulas de mobilidade geográfica são inválidas – independentemente, parece, dos termos em que se encontrem estipuladas. É, pois, ao nível do *controlo do exercício*, do exercício do direito outorgado pela cláusula que, de acordo com esta compreensão, opera a contenção da autonomia privada. Em causa estará, não um *controlo do conteúdo* da cláusula propriamente dita – pelo qual se procura ajuizar se a cláusula se contém dentro dos limites de validade, isto é, sobre a própria conformação do

⁶⁴⁴ Assim, por exemplo, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, cit., pág. 507, considera que se impõe uma interpretação das cláusulas contratuais nesta matéria particularmente cuidadosa e que atenda aos vectores da boa fé e do abuso do direito”. Já ALBINO MENDES BAPTISTA, “Considerações a propósito das cláusulas...”, cit., pág. 124, observa que a cláusula de mobilidade deve observar o princípio da proporcionalidade, não sendo depois totalmente líquido na exposição do Autor se esse vector intervém na apreciação da validade das cláusulas ou no momento do exercício do direito. JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, cit., pág. 645, refere que a própria invocação da cláusula pode ser abusiva ou contrária à boa fé no caso concreto, ainda que a cláusula em si mesma seja lícita. O mesmo se retira do pensamento de JOSÉ JOÃO ABRANTES, “A mobilidade dos trabalhadores e o Código do Trabalho”, *Estudos sobre o Código do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 201, nota 17; e de PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Trabalho e Direitos Fundamentais – compatibilização entre...”, cit., pág. 268. Na jurisprudência, este entendimento é sustentado, implicitamente, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Fevereiro de 2009, processo n.º 08S2573, acima citado.

⁶⁴⁵ Para uma explicitação da distinção entre controlo do conteúdo e controlo do exercício, no domínio das cláusulas contratuais gerais, ver, por todos, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato...*, cit., págs. 443 e ss.. Num plano mais recortado, uma delimitação próxima é também feita por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., pág. 722, a respeito do controlo da cláusula penal, distinguindo-se aí o “controlo geral” e o “controlo específico” de redução da pena.

conteúdo negocial e sobre a estrutura de direitos e deveres que dela resulta – mas um *controlo de exercício* – pelo qual se avalia se, perante uma cláusula intrinsecamente válida, a invocação do direito que dela resulta, representa, por circunstâncias concretas do caso individual, um exercício legítimo desse direito. Faz-se aí apelo ao princípio da boa fé que, enquanto norma comportamental, pode desempenhar funções normativas várias, entre as quais, a função de delimitação do exercício legítimo de um poder formalmente reconhecido pela ordem jurídica, designadamente, no quadro da cláusula geral do abuso do direito (artigo 334.º do Código Civil). Dentro das restrições que se fazem extrair desta projecção applicativa da boa fé, há então quem refira que no exercício do direito outorgado pela cláusula o empregador deve tomar em consideração as contingências da situação pessoal e familiar do trabalhador.

Mesmo que os resultados numa perspectiva e noutra acabem por não ser substancialmente distintos, reputamos, ainda assim, mais acertada a posição que faz incidir *primeiramente* o controlo sobre a conformação do conteúdo da própria cláusula, *pelo menos de um ponto de vista metodológico*. De facto, não se reputa metodologicamente correcto afirmar-se que uma cláusula de mobilidade é intrinsecamente válida – designadamente quando através dela se permite ao empregador transferir o trabalhador para outro local de trabalho sempre que assim o entender – e depois vir invocar-se que o empregador que faz valer a sua posição de acordo com esse critério assume uma posição contrária à boa fé se no exercício do direito outorgado pela cláusula não atender aos interesses do trabalhador. Das duas uma: ou o critério escolhido pelas partes é reputado inválido porque não respeita os limites do sistema jurídico; ou o critério escolhido pelas partes para pautar o exercício da faculdade patronal é considerado válido e nesse contexto a atitude da entidade patronal não pode merecer repreensão, (pelo menos) se fizer valer a sua posição dentro dos limites da cláusula ou de acordo com o critério escolhido pelas partes, ressalvando situações excepcionais de abuso do direito. É claro que, e estamos também conscientes dessa *nuance*, a distinção entre controlo do conteúdo e controlo do exercício surge no contexto das cláusulas de mobilidade com contornos muito fluidos⁶⁴⁶. Na verdade, as cláusulas de mobilidade geográfica encerram um daqueles

⁶⁴⁶ A ideia de que nem sempre a distinção entre o controlo do conteúdo e o controlo do exercício configurará uma operação simples é evidenciada muito particularmente pelo debate que no sistema alemão vem sendo travado a respeito das cláusulas penais pré-formuladas e inseridas sem

grupos de casos em que a distinção entre os dois processos – controlo do conteúdo e controlo de exercício – não é de todo evidente. As incertezas de enquadramento mostram bem que estamos numa zona de fronteira entre o controlo de conteúdo e o controlo de exercício. Mas tal resulta, a nosso ver, justamente, da circunstância de o conteúdo material da cláusula incidir ele próprio sobre o critério para o exercício de uma determinada faculdade.

Segunda. Poder-se-á ainda questionar se a análise feita nestes termos afasta a aplicação do regime jurídico dos contratos de adesão – o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro⁶⁴⁷ – quando, como é muito frequente, estas estipulações revistam a qualidade de cláusulas pré-formuladas e inseridas sem negociação⁶⁴⁸. Propendemos

negociação em contratos de trabalho. Nesse ordenamento, enquanto a respeito de outro tipo de cláusulas – designadamente as cláusulas de reserva de modificação (“Widerrufsvorbehalten”) – é sustentado unanimemente o controlo cumulativo de conteúdo e de exercício, com base nos §§308 IV e 315 do *BGB*, já no caso das cláusulas penais, a análise tem evidenciado contornos mais complexos. Alguma doutrina e jurisprudência sustentam que, estando as cláusulas penais sujeitas ao controlo do conteúdo nos termos do §307 I do *BGB*, fica desse modo excluída a possibilidade de um controlo de exercício fundado no §343/1, também do *BGB* (preceito semelhante ao nosso artigo 812.º do Código Civil). Outros, diversamente, entendem ser possível complementar os dois níveis de controlo, dado que estes se diferenciam quer do ponto de vista do critério de avaliação, quer sob a óptica do momento temporal relevante para essa avaliação. Sobre a discussão, ver, por exemplo, HANS-HUBERT WENSING/JAN-MALTE NIEMANN, “Vertragsstrafen in Formulararbeitsverträgen: §307 BGB neben §343 BGB? Überlegung zum Verhältnis von Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle”, *NJW*, 7/2007, págs. 401 e ss..

⁶⁴⁷ *Maxime* dos artigos 22.º, alíneas c), n) e 15.º do diploma. Note-se que, em bom rigor, a interrogação pode colocar-se tanto a respeito das cláusulas de mobilidade geográfica, como a propósito daquelas que definem o local de trabalho.

⁶⁴⁸ Uma questão com contornos semelhantes é aquela que é hoje denunciada pela doutrina alemã a respeito do controlo das cláusulas de não concorrência. Sujeitas aos limites de eficácia consagrados nos §§ 74a e 75 do *HGB*, discute-se em que medida podem as mencionadas cláusulas ficar também sujeitas ao controlo do conteúdo resultante dos §§305 e ss. do *BGB* para cláusulas pré-formuladas unilateralmente. Alguns sectores da doutrina excluem a possibilidade de controlo, ora invocando particularidades do Direito do Trabalho, ora fazendo apelo ao carácter de *lex specialis* do *HGB* (entre eles, MARTIN DILLER, “Nachvertragliche Wettbewerbsverbote und AGB-Recht”, *NZA*, 5/2005, pág. 251). Outros, como é o caso de JENS KOCH, “Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im eiseitig vorformulierten Arbeitsvertrag”, *RdA*, 1/2006, págs. 28 e ss., realçam a diferença de pontos de vista entre os dois regimes. O problema de uma eventual sobreposição pode ainda levantar-se a propósito das estipulações de juros moratórios (nomeadamente no confronto entre os artigos 1146.º, n.º

para a solução negativa⁶⁴⁹. Sem prejuízo de se reconhecerem alguns pontos de contacto, as duas disciplinas jurídicas não se sobrepõem inteiramente. Num caso, o desvalor decorre da circunstância de a faculdade de modificação convencionada ser exercida em termos que ofendem os valores laborais, com dignidade constitucional, que tutelam a posição jurídica de trabalhador. No outro, é a posição de incerteza em que o aderente aceita ficar ao reconhecer ao utilizador um poder de modificação unilateral dos termos do contrato sem a indicação prévia da objectiva justificação da alteração, posição que pelo carácter ostensivamente desvantajoso é passível de censura. Com pressupostos, efeitos e finalidades próprias, os limites estabelecidos à luz da nossa construção não são, julga-se, sobreponíveis aos do referido diploma, pelo que a protecção do trabalhador contra os riscos dessas situações não prejudica a tutela de que ele goza na qualidade de eventual aderente.

3.2. O tratamento da invalidade parcial: conservação do contrato e o critério do sacrifício manifestamente inexigível imposto ao trabalhador

O juízo de invalidade, vimo-lo, resulta aqui da circunstância de o critério escolhido pelas partes para o exercício da faculdade patronal se revelar incompatível com a ordem pública, *rectius*, com a tutela constitucional da estabilidade no emprego, contrariando, pois, o artigo 53.º da Constituição. Cláusulas nos termos das quais o trabalhador aceita vir a ser transferido para outros locais sempre que o empregador o entenda são reputadas inválidas em razão do critério escolhido pelas partes para o

2 do Código Civil e o artigo 19.º, alínea c) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro) – sobre este último ponto, sustentando uma aplicação paralela dos dois regimes, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais”, *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 141, nota 91.

⁶⁴⁹ Na jurisprudência, ainda que sem particulares esclarecimentos, parece admitir-se uma aplicação paralela dos dois regimes. Assim, claramente, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 25 de Março de 2009, processo n.º 1168/07.0TTLBS-4, e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Abril de 2008, processo n.º 0712016, ambos já por diversas vezes referenciados. Numa alusão indistinta às cláusulas de definição do local de trabalho e às cláusulas de mobilidade geográfica, convocam-se os padrões gerais do Direito Civil (*maxime* o artigo 280.º do Código Civil) e, subsidiariamente, o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, particularmente, os artigos 22.º, alínea n) e 15.º do diploma.

exercício da faculdade patronal – o do puro arbítrio do empregador –, por violarem princípios fundamentais em que assenta o conjunto da ordem jurídica.

Formulado o juízo de invalidade e impondo-se a conservação do contrato de trabalho como forma de assegurar a tutela desses interesses relevantes do trabalhador, abre-se o problema da substituição da cláusula nula por um outro conteúdo compatível com os limites impostos pelo sistema jurídico.

À primeira vista, poderíamos ser levados a concluir que esse conteúdo substitutivo corresponderia à solução pré-objectivada pelo sistema constante do artigo 194.º, n.º 1, alínea b) do Código do Trabalho, nos termos da qual, recorde-se, o empregador pode transferir o trabalhador para outro local de trabalho se houver um interesse da empresa e a mudança não causar prejuízo sério ao trabalhador. Não cremos, porém, que assim seja. Essa não nos parece ser a solução tecnicamente mais rigorosa. Seria assim se o regime previsto no artigo 194.º, n.º 1 assumisse natureza imperativa (semi-imperativa) e o fundamento da invalidade assentasse na violação dessa disposição. A verdade, porém, é que a disciplina legal em questão assume natureza dispositiva – as partes podem fixar os regimes que entenderem por bem convencionar e o direito declara-se pronto a dar a sua chancela ao produto dessa autonomia negocial – e, por conseguinte, o juízo de invalidade não resulta do facto de o regime autonomamente estabelecido se apartar do regime legal, mas antes da circunstância de o critério escolhido pelas partes para o exercício da faculdade patronal se revelar incompatível com a ordem pública, com os princípios fundamentais em que assenta o conjunto da ordem jurídica. Ora, sendo este último o padrão imperativo violado, em rectas contas, impor-se-á que, no lugar do critério escolhido pelas partes, inválido, valha um critério que respeite os *limites da ordem pública, um critério compatível com os limites de conteúdo que se deduzem dos valores e princípios imanentes ao sistema jurídico*.

Por outro lado, e num plano substancial, o recurso ao regime previsto no artigo 194.º, n.º 1 do Código do Trabalho configura uma solução que, a valer, se salda numa compressão do produto da autonomia privada negocial mais extensa, compressão essa cuja razão de ser não é, à partida, de todo evidente. A menos que considerações ligadas à realização de outros interesses públicos potencialmente colidentes assim o justifiquem – o que sucederá, como se verá, com mais pormenor, em domínios particularmente sensíveis como no âmbito do regime das cláusulas contratuais

gerais⁶⁵⁰ – não se descortinam razões de fundo para que a correção não se dê dentro dos limites *ainda* tolerados pelo ordenamento jurídico.

Decerto, contra este percurso poder-se-á argumentar que com a substituição da cláusula inválida por um conteúdo compatível com os limites da ordem jurídica estar-se-á a permitir que o juiz assuma uma actividade de modelação dos termos contratuais, extravasando as suas competências e invadindo a esfera da autonomia privada. A preocupação é justificada e compreensível. A autonomia privada deve ser protegida contra uma invasão desenfreada do poder judicial. Mas esta objecção, embora mereça ponderação, não se afigura inatacável, uma vez que o juiz não vai substituir as partes, mas fixar os limites às conformações contratuais. Aliás, como veremos, a busca de um critério válido não tem de assentar numa apreciação discricionária do juiz, devendo antes obter-se por recurso à teleologia imanente do sistema. Por outro lado, repare-se, a possibilidade de fazer valer um regime dentro dos limites permitidos pelo ordenamento jurídico é, afinal, uma solução adaptadora que se salda numa compressão menos gravosa da autonomia privada (se comparada com a solução alternativa), o que, a nosso ver, diminui, em parte, o peso da objecção segundo a qual o juiz estará a substituir-se às partes.

Impõe-se, portanto, a nosso ver, que, no lugar do critério inválido, valha um critério que respeite os limites de conteúdo que se deduzem dos valores e princípios imanentes ao sistema, o que reclamará uma actividade integrativa de apuramento desse critério⁶⁵¹. Que critério será esse?

⁶⁵⁰ *Vide infra*, parte II, A, capítulo 4, ponto 3.5.

⁶⁵¹ Na experiência jurídica italiana, um problema deste tipo foi suscitado durante as décadas de cinquenta e sessenta – não ficando aí totalmente resolvido como ilustram abordagens mais recentes (cf. MARIA CRISTINA CATAUDELLA, *Contratto di Lavoro e Nullità...*, *cit.*, pág. 30 e ss.; ou EDOARDO GHERA, *Diritto del Lavoro*, *cit.*, pág. 134 e 135) – a propósito das estipulações negociais que previssem uma retribuição que não respeitasse as exigências de suficiência e proporcionalidade impostas pelo artigo 36/1 da *Costituzione*, nulas, portanto. A primeira questão que se colocou foi a de saber se a nulidade da estipulação não deveria, *per se*, ter como consequência a nulidade do contrato. Embora seguindo enquadramentos dogmáticos distintos (não era de todo evidente se esta seria uma hipótese a enquadrar nos termos do artigo 1418 ou 1419/2 do *Codice Civile*), de um modo geral, a doutrina e a jurisprudência acabariam por reconhecer que a nulidade da cláusula retributiva não deveria ter como consequência a nulidade do contrato. Conservando-se o vínculo, porém, a determinação de uma retribuição proporcional e suficiente *ex* artigo 36 faria entrar em cena a necessidade de uma actividade integrativa do juiz. As divergências surgiram então a respeito do fundamento legal para a realização

desta actividade integrativa. Uma orientação com relativo êxito na jurisprudência e junto de alguma doutrina sustentou que nesses casos a conservação do contrato estaria salvaguardada através da aplicação do disposto no artigo 2099/2 do *Codice Civile*, preceito que, à semelhança do que sucede entre nós (cf. artigo 272.º, n.º 1 do Código do Trabalho), estatui que compete ao juiz determinar o valor da retribuição quando as partes o não fizerem e tal não resultar de disposições colectivas. O mencionado preceito permitiria a substituição da cláusula nula por uma regulação determinada judicialmente, com a conseqüente conservação do contrato nos termos do artigo 1419/2 do *Codice Civile*. Nestes termos, ALDO CESSARI, “L’invalidità del contratto di lavoro per violazione dell’articolo 36 della Costituzione”, *DL*, 1951, II, pág. 297 e ss.; ou SARACINI, *Nullità e sostituzione...., cit.*, pág. 202. Já outros sectores doutrinários criticaram vivamente esta extensão da aplicação do artigo 2099/2 às hipóteses de estipulações que previam uma retribuição inferior ao mínimo suficiente imposto pela *Costituzione*, preferindo suportar a referida actividade integrativa na eficácia imperativa-substitutiva do próprio artigo 36. Contra a referida extensão, pronunciou-se abertamente, TIZIANO TREU, *Onerosità e corrispettività...., cit.*, pág. 165 e ss., em termos que se nos afiguram convincentes. O Autor invocou, por um lado, o teor literal do artigo 2099/2. A situação dos sujeitos que não determinam o valor da retribuição, hipótese prevista pela norma, apresenta significativas diferenças daquela outra em que as partes definem o valor da retribuição, mas em que esse acordo se encontra viciado por contrariar um preceito imperativo. Por outro lado, a equiparação entre as duas situações para efeitos da referida norma redundaria numa deturpação da *ratio* do preceito, forçando a sua aplicação para lá dos limites do princípio norteador que a teria inspirado. Latente à solução codicística, afirma, estaria a valoração típica de que, segundo um juízo de normalidade, naquelas hipóteses em que os contraentes omitissem o correspondente, seria mais consonante com os seus interesses manter em vida um contrato, integrando-o no ponto omissivo, do que fazê-lo cair por incompletude. Já naquelas hipóteses em que as partes tivessem previsto uma retribuição inferior ao mínimo suficiente imposto pelo artigo 36/1 da *Costituzione*, a correcção do conteúdo contratual não poderia ser vista como uma forma de manter o contrato em termos compatíveis com a vontade das partes. Daí que, de acordo a visão de TREU, a conservação do contrato de trabalho se fundasse na eficácia substitutiva do próprio artigo 36 da *Costituzione*. À semelhança de outras normas sobre mínimos retributivos, estaria em causa uma norma imperativa que, uma vez violada, deveria ser considerada automaticamente substituída pela estipulação negocial infractora, independentemente da relevância subjectiva que aquela última revestisse no assento negocial. A particularidade estaria, nesse caso, na necessidade de uma actividade judicial concretizadora que precisasse, em cada caso, os critérios genéricos de determinação da retribuição expressos no preceito constitucional. Em termos híbridos, enfatizando a necessidade de distinguir o plano da eficácia substitutiva do critério legal (o artigo 36 da *Costituzione*) e o problema da determinação sucessiva do elemento do contrato com apoio do artigo 2099/2, PIETRO BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata...., cit.*, págs. 241 e 242. Pela nossa parte, mesmo não partilhando inteiramente a visão de TIZIANO TREU acerca do alcance do artigo 2099 do *Codice* (o nosso artigo 277.º, n.º 1 do Código do Trabalho) – admitimos que essa solução conservadora não corresponda apenas a uma valoração típica dos interesses das partes, encontrando a sua justificação também na

Se quisermos proceder a uma espécie de hierarquização dos critérios em abstracto susceptíveis de pautar a referida faculdade patronal, de acordo com a maior ou menor atendibilidade dos interesses do trabalhador, afigura-se plausível distinguir *três níveis*⁶⁵².

Num patamar mais exigente, estaria *o critério que apela à ponderação equilibrada dos interesses em presença* – o que fundamentalmente equivale à solução supletiva da lei (artigo 194.º, n.º 1, alínea b) do Código do Trabalho). A solução encontrada pelo legislador nesta matéria foi a de fixar um critério que atende de modo relevante a determinados interesses do trabalhador, que possuem natureza fundamental, designadamente, o direito de organização das condições de trabalho em condições que facultem a respectiva realização pessoal e permitam a conciliação da actividade profissional com a vida familiar (artigo 59.º, n.º 1, alínea b)), o direito ao repouso e o lazer (artigo 59.º, n.º 1, alínea d)), o direito à protecção da família, da paternidade e da maternidade, e da infância (artigo 67.º a 69.º)⁶⁵³. Através do binómio interesse da empresa/ausência de prejuízo sério para o trabalhador, faz-se apelo a uma ponderação dos interesses em presença que atenda de forma equilibrada à esfera jurídica do trabalhador.

Num patamar intermédio, estaria *o critério que apenas impede o empregador de realizar uma determinação ostensivamente injusta*, isto é, uma determinação que viole manifestamente ou de forma grosseira os interesses da outra parte.

particular importância social que o vínculo laboral assume – cremos que a análise deste Autor é convincente quando distancia a hipótese de fixação de uma retribuição insuficiente do cenário de ausência de estipulação sobre a retribuição propriamente dita.

⁶⁵² De novo, haverá aqui um certo paralelismo com uma classificação fundamental que distingue três níveis ou medidas para o exercício do direito de determinação da prestação: a) o livre gosto ou puro arbítrio (“freies Belieben”), hipótese em que o sujeito que determina não precisa de ter em conta os interesses da outra parte; b) a avaliação livre ou discricionária (“freies Ermessen”), hipótese em que o sujeito que determina não está autorizado a realizar uma determinação ostensivamente injusta, isto é, uma determinação que viole manifestamente ou de forma grosseira os interesses da outra parte; c) a avaliação justa ou equitativa (“billigen Ermessen”), caso em que a determinação deve ter em conta os interesses de ambas as partes, designadamente os direitos fundamentais, e as circunstâncias do caso.

⁶⁵³ Da Constituição da República Portuguesa.

Por fim, num patamar menos exigente, estaria *o critério que autorizaria o empregador a exercer uma determinação segundo o seu livre gosto ou puro arbítrio sem ter em conta os interesses da outra parte*⁶⁵⁴.

Perante este quadro, afigura-se-nos que o critério para o exercício da faculdade patronal válido à luz da nossa ordem jurídica, compatível ainda com as exigências constitucionais, terá de atender, se não *de forma equilibrada* à esfera de interesses do trabalhador como resulta do critério supletivo previsto na lei, pelo menos, terá de atender *minimamente* a essa esfera de interesses, impedindo que o empregador esteja autorizado a realizar uma modificação do local de trabalho que importe sacrifícios manifestamente inexigíveis e impraticáveis para o trabalhador (ao ponto de o levar a renunciar ao próprio posto de trabalho). O critério compatível com as exigências constitucionais – diferente do critério legal supletivo – é, pois, aquele que autoriza o empregador a proceder a modificações de local de trabalho, fundadas no interesse da empresa, desde que tais mudanças não importem um sacrifício manifestamente inexigível e impraticável para o trabalhador (na arrumação anterior, o critério do patamar intermédio).

Ora, se este constitui, digamos assim, o limite (“a *red line*”) que a autonomia negocial das partes não pode ultrapassar nem descaracterizar, dir-se-á a cláusula de mobilidade geográfica inválida deverá ser substituída por um conteúdo que observe justamente esses limites, isto é, por uma cláusula que autorize o empregador a modificar o local de trabalho, *salvo quando tal modificação importar um sacrifício manifestamente inexigível e impraticável para o trabalhador*^{655 656}.

⁶⁵⁴ No texto, a perspectiva é a do alargamento da faculdade patronal, a da fixação de critérios menos exigentes do que o legal, daí que a “base” da construção seja identificada com o critério legal supletivo. É claro que não está excluída a possibilidade de através da estipulação de um critério convencional se restringir a faculdade patronal, dando ainda maior atenção aos interesses do trabalhador do que aquela que resulta já do critério supletivo. Pense-se na hipótese de as partes convencionarem que o empregador apenas estará legitimado a transferir unilateralmente o trabalhador *se tal transferência não causar qualquer prejuízo ao trabalhador...*

⁶⁵⁵ Não se afigura, portanto, também, totalmente correcto o modo como alguma da nossa jurisprudência tem colocado e respondido a esta questão. Estando em causa cláusulas de mobilidade geográfica que habilitam o empregador a modificar o local de trabalho sempre que assim o entender, os tribunais reputam as referidas cláusulas como inválidas e, sem mais esclarecimentos, aplicam no lugar da estipulação inválida o regime do artigo 194.º, n.º 1, alínea b), ou seja, aquele que legitima o empregador a modificar o local de trabalho, *salvo quando tal modificação causar prejuízo sério para o*

trabalhador. Neste sentido, ver, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Abril de 2008, processo n.º 0712016, acima identificado. Não excluimos que esta última deva ser a solução quando a estipulação que prevê a mobilidade seja reputada inválida por aplicação do regime jurídico dos contratos de adesão – aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. Mas essa é uma análise distinta daquela que traçamos neste capítulo.

Sui generis foi também o enquadramento feito numa outra pronúncia do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2012, processo n.º 4397/07.3TTLSB.L1, já mencionado. Na hipótese em questão, havia sido celebrado um contrato de trabalho donde constavam, sob a epígrafe Cláusula 3.^a, as seguintes estipulações: “1. O segundo outorgante obriga-se a prestar a sua actividade nos locais que lhe forem indicados pela primeira outorgante.; 2. Sem prejuízo do convencionado no número anterior, o segundo outorgante prestará de imediato a sua actividade profissional no distrito de Lisboa, ou eventualmente em outro local ou noutras instalações afectas à actividade do primeiro outorgante, ou por esta indicadas; 3. O local de execução da actividade do segundo outorgante poderá ser livremente alterado pelo primeiro outorgante para qualquer outro onde esteja instalado ou venha a desenvolver algum projecto ou actividade.” Ora, o tribunal considerou estarmos aqui perante uma hipótese de invalidade parcial da “Cláusula 3.^a”, na medida em que válida na parte em fixava o local de trabalho, mas inválida na parte atinente à mobilidade geográfica por total indeterminação ou indeterminabilidade. Ante a referida invalidade parcial, o tribunal concluiu que a validade da “Cláusula 3.^a” deveria reduzir-se apenas à parte em que fixava o local de trabalho, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 280.º, n.º 1 e 292.º do Código Civil. As peculiaridades desta decisão revelam-se a dois níveis. Por um lado, no entender do tribunal, os termos da equação no juízo sobre a extensão da invalidade parcial não são a cláusula de mobilidade geográfica, por um lado, e o restante contrato de trabalho, por outro. O que está em causa é saber se o vício que afecta a estipulação sobre mobilidade geográfica atinge a totalidade do enunciado que corresponde à “Cláusula 3.^a” do documento contratual, isto é, se inquina as restantes proposições jurídicas sãs que compreendem o referido segmento do contrato. Por outro, aplicou o artigo 292.º do Código Civil, e sem grandes indagações, concluiu pela manutenção dos restantes pontos da “Cláusula 3.^a”, segundo o critério da vontade hipotético-conjectural das partes...

⁶⁵⁶ Algo de semelhante acontece, pensamos, num contexto totalmente distinto, com as cláusulas de irresponsabilidade irrestrita, isto é, destinadas a excluir a responsabilidade do devedor mesmo nos casos de dolo ou culpa grave. Como é sabido, tais cláusulas são reputadas inválidas por violarem o artigo 809.º do Código Civil. Pois bem. Supondo que uma cláusula de irresponsabilidade irrestrita é inserida num contrato, inválida, portanto, coloca-se depois o problema da redução do contrato. A esse propósito, tem-se entendido que esta será uma das hipóteses em que a conservação (leia-se a redução) do contrato deve ter lugar, mesmo que a vontade hipotética das partes, *maxime* do devedor, fosse no sentido da invalidade total. Neste sentido, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão...*, cit. pág. 444. Todavia, pergunta-se: em que termos se impõe a conservação do contrato? Qual o conteúdo que ocupará o lugar da estipulação negocial inválida? Dir-se-á, seguindo o raciocínio que vimos formulando e, socorrendo-nos da interpretação restritiva

proposta por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO a respeito da extensão da proibição contida no artigo 809.º do Código Civil, que esta será uma hipótese em que a cláusula de irresponsabilidade irrestrita inválida deverá ser substituída por um conteúdo que observe justamente esses limites, isto é, por uma cláusula que exclua a responsabilidade do devedor apenas nos casos de culpa leve.

Este é, aliás, o resultado final a que chega ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, justamente quando confrontado com a questão. Escreve o Autor: “Dois problemas se podem levantar, no entanto: perguntar-se-á, por um lado, se a nulidade da cláusula de irresponsabilidade e, assim, a nulidade parcial não implicará a nulidade de todo o contrato; e, por outro lado, se a própria cláusula de irresponsabilidade, nula porque abrangendo os casos de dolo e culpa grave, não poderá aproveitar-se [...] ou seja, surgirá o problema de saber se a nulidade parcial da cláusula de irresponsabilidade implicará a nulidade total da mesma.” (*Cláusulas Limitativas e de Exclusão...*, cit., pág. 441). No que diz respeito ao primeiro problema, o Autor entende que estaremos num daqueles casos em que a conservação do contrato se impõe independentemente do apuramento da vontade hipotética das partes, acrescentando a esse resultado a substituição da cláusula de exclusão da responsabilidade inválida pelo regime geral da responsabilidade civil. No que diz respeito ao segundo, o Autor conclui que se o credor aceitou irresponsabilizar o devedor mesmo em caso de dolo ou culpa grave, é razoável partir do princípio que de que aceitará, dentro dos limites da lei, a exoneração do devedor. Bem vistas as coisas, a solução sustentada pelo Autor não conduz a um resultado final e prático distinto daquele que formulámos: a substituição da cláusula de irresponsabilidade irrestrita inválida por um conteúdo compatível com os limites que decorrem do padrão imperativo violado, *rectius*, a exclusão da responsabilidade do devedor apenas nos casos de culpa leve. Apenas se autonomiza pelo modo como racionaliza e fundamenta o percurso para aí chegar. É que, num primeiro momento, o Autor toma como ponto de partida a invalidade (total) da cláusula de irresponsabilidade irrestrita para sustentar a redução obrigatória do negócio e a substituição da cláusula inválida pelo regime geral da responsabilidade civil. Num segundo momento, classifica a cláusula de irresponsabilidade irrestrita como parcialmente inválida para sustentar, fazendo apelo (se bem compreendemos) a uma espécie de vontade hipotética das partes, a conservação da cláusula dentro dos limites legais permitidos, isto é, como cláusula que exclui a responsabilidade do devedor em caso de culpa leve. É apenas este desdobramento que não se nos afigura totalmente convincente. Por um lado, se o cenário fosse de invalidade parcial da própria cláusula, sê-lo-ia, desde o início. Mas aí, repare-se, em bom rigor, não havia razão para sequer suscitar a questão da redução (obrigatória) do negócio, pois tudo se passaria num plano anterior, faltando o pressuposto básico para que um problema de redução do negócio se pudesse suscitar: a nulidade de alguma(s) cláusulas(s). Não sendo o caso, como nos parece, e sustentando o Autor uma interpretação restritiva do artigo 809.º do Código Civil nos termos da qual são proibidas as cláusulas de exclusão de responsabilidade por dolo ou culpa grave, mas já não, em princípio, as cláusulas exoneratórias por culpa leve, se assim é, dizíamos, não vemos especiais razões para que, perante uma cláusula de exclusão de responsabilidade por dolo ou culpa grave, nula portanto, não se possa, assente a conservação do contrato, operar automaticamente a substituição da cláusula nula por aquela que respeita as directrizes legais.

Capítulo IV – Imposição da conservação do contrato de trabalho a apenas uma das partes e substituição da cláusula mediante recurso a uma norma à partida qualificada como dispositiva

1. Apresentação: o regime jurídico do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro

Cabe, finalmente, analisar uma técnica particular que se traduz na atribuição a uma das partes da faculdade de decidir da conservação ou não do contrato. Vistas as coisas a uma certa luz, não deixa de estar em causa uma técnica de imposição de conservação do contrato, e nessa medida, de desvio ao regime comum da redução, como as demais técnicas até ao momento analisadas. Isto na medida em que o exercício da referida faculdade tem como efeito impor a conservação do contrato a uma das partes, sem que se atribua relevo à sua vontade hipotético-conjectural. Em contrapartida, ao reconhecer-se a uma das partes o poder de decidir do destino do contrato, a sua conservação não constitui um efeito obrigatório, mas condicional, eventual, o que denota um certo “abrandamento” no grau de intromissão na liberdade contratual das partes. Reconduz-se a uma solução deste tipo aquela que se encontra prevista no artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro⁶⁵⁷.

O diploma em questão – que teve como principal fonte inspiradora a disciplina substantiva constante da *AGB-Gesetz* de 1976, actualmente consagrada nos §§305 e seguintes do *BGB*⁶⁵⁸ – aprovou o regime especial de tutela que tem por objecto os contratos de adesão, contratos cuja especificidade distintiva reside não num particular objecto negocial, mas no peculiar modo de formação do consenso: a uma das partes (aderente) é apresentado um conteúdo contratual prévia e unilateralmente fixado, de

⁶⁵⁷ Com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho (diploma que transpôs para o ordenamento jurídico português a Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores) e, ainda, pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro.

⁶⁵⁸ Neste sistema, a disciplina das condições negociais gerais, originariamente constante de uma lei avulsa – *AGB-Gesetz*, de 9 de Dezembro de 1976 –, foi, no contexto de uma vasta reordenação do Direito das Obrigações operada através da *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, de 2002, absorvida pelo corpo normativo central, o *BGB*, passando a integrar os §§305 a 310.

forma rígida, sem que lhe seja oferecida pela contraparte (predisponente ou utilizador) qualquer oportunidade de negociação⁶⁵⁹. Trata-se de um regime aplicável quer nos casos de adesão a cláusulas contratuais gerais, quer nos casos de adesão a cláusulas individualizadas, isto é, o regime aplica-se independentemente do conteúdo contratual em causa se destinar *a uma aplicação generalizada e abstracta*⁶⁶⁰ (revestindo, portanto, a forma de cláusulas contratuais gerais), ou *a um uso individual*, como resulta em termos claros, do artigo 1.º, n.º 2 do diploma, o qual estende a aplicação do regime jurídico “às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar”^{661 662}.

⁶⁵⁹ Para maiores desenvolvimentos sobre a figura, no período anterior à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 446/85, ver CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, “Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, *RDES*, ano XX, n.ºs 2, 3 e 4, 1973, págs. 119 e ss.. Para uma análise do regime introduzido pelo Decreto-Lei n.º 446/85, na versão originária, vejam-se, entre muitos, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, *ROA*, ano 46, 1986, págs. 733 e ss.; e MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA/ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, Coimbra, 1986. Tomando já em consideração a Directiva n.º 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993 e a respectiva transposição para o ordenamento jurídico português, ver, designadamente, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé”, *ROA*, ano 60, 2000, págs. 573 e ss.; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, *STUDIA IURIDICA*, 61, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, págs. 1103 e ss.; ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005; JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato...*, *cit.*, págs. 265 e ss., e “O regime dos contratos de adesão: algumas questões decorrentes da transposição da directiva sobre as cláusulas abusivas”, *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 181 e ss.; ou ainda ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, Coimbra, 2010.

⁶⁶⁰ Para uma distinção entre os dois conceitos, ver, por exemplo, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções”, *cit.*, págs. 1107 e 1108, e JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “O regime dos contratos de adesão...”, *cit.*, pág. 183.

⁶⁶¹ Número introduzido pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho, diploma que transpôs para o ordenamento jurídico português a Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993. Mais controversa é, no entanto, a questão respeitante ao âmbito subjectivo do diploma, concretamente, saber se o regime se aplica aos contratos de adesão de uso individualizado celebrados com qualquer aderente, ou se apenas aos contratos de adesão de uso individualizado em que o destinatário das cláusulas intervenha na veste de consumidor. A dúvida nasce pelo facto de a norma que operou o alargamento do campo de aplicação aos contratos de adesão individualizados (o referido n.º 2 do artigo 1.º) identificar o sujeito

protegido como sendo o "destinatário" das cláusulas pré-elaboradas. Deve entender-se, à letra, que o diploma é aplicável, sem restrições, sempre que um qualquer contraente se encontre nessa situação negocial, ou, pelo contrário, exige-se, numa interpretação restritiva, que o destinatário das cláusulas intervenha no contrato em veste de consumidor? No sentido de que através do termo "destinatário" o legislador terá optado pela tutela de qualquer aderente, consumidor ou não, *vide*, por exemplo, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, "O regime dos contratos de adesão...", *cit.*, pág. 192, e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais...", *cit.*, pág. 1130. Em sentido contrário, advogando a aplicação restrita ao aderente-consumidor, ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva...*, *cit.*, pág. 37; e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *cit.*, pág. 45.

⁶⁶² A regulamentação dos contratos de adesão está igualmente presente noutros ordenamentos europeus, embora existam discrepâncias entre os vários sistemas, desde logo ao nível da arrumação sistemática adoptada em cada um deles e ao nível do âmbito subjectivo da disciplina. Assim, por exemplo, o sistema italiano destaca-se por ter sido o primeiro que se ocupou, ainda que de forma tímida, do fenómeno, através da inclusão no *Codice Civile* (artigos 1341 e 1342) de uma regulamentação que, do ponto de vista objectivo, tinha apenas em atenção os contratos com cláusulas contratuais gerais e do ponto de vista subjectivo prescindia da qualidade de profissional ou consumidor das partes. Posteriormente, fruto das exigências comunitárias, acabou por ser consagrada legislação especificamente voltada à protecção do consumidor, *maxime* o regime das "clausole vessatorie" nos contratos com consumidores (actualmente, autonomizada nos artigos 33.º e ss. do *Codice del Consumo* – introduzido pelo *Decreto Legislativo* n. 206/2005, de 6 de Agosto). No sistema espanhol, a *Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (*Ley* 7/1998, de 13 de Abril), que transpôs para o direito espanhol a Directiva 93/13/CEE, tem por objecto os contratos com cláusulas contratuais gerais celebrados entre um profissional e um aderente (consumidor ou não), embora no caso dos contratos celebrados com consumidores as normas de protecção tenham um âmbito mais amplo, já que valem tanto perante condições gerais de contratação como perante os contratos de adesão "individualizados". Devem, no entanto, mencionar-se ainda as disposições da *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (cujo texto foi aprovado e refundido pelo *Real Decreto Legislativo* 1/2007, de 16 de Novembro e, entretanto modificado pela *Ley* 3/2014, de 27 de Março) que estabelecem o regime jurídico específico em matéria de cláusulas abusivas não negociadas individualmente nas relações entre consumidores e empresas. No direito holandês, a disciplina da adesão a cláusulas contratuais gerais encontra-se regulada no Código Civil (artigos 6: 233 BW e ss.), e aplica-se aos contratos celebrados com consumidores ou com outro tipo de aderentes. Já, porém, noutros sistemas, a consagração de uma regulamentação legal de protecção contra cláusulas abusivas apareceu historicamente dissociada do fenómeno da adesão ou, se quisermos, do modo de formação do consenso e, em contrapartida, umbilicalmente dependente da qualidade das partes contratantes. É o caso da legislação francesa sobre cláusulas abusivas que, desde a *Loi* n.º 78-22, de 10 de Janeiro de 1978 até ao regime actual previsto no artigo L-132-1 do *Code de la consommation*, considera indiferente para a sua aplicação a existência de negociação prévia das cláusulas, mas visa apenas os contratos celebrados

Por força de uma remissão actualmente prevista no artigo 105.º do Código do Trabalho, o regime jurídico dos contratos de adesão, *maxime*, a solução prevista no artigo 13.º do diploma, é hoje aplicável ao contrato de trabalho, o que explica a relevância da análise dessa disciplina.

Antes de iniciarmos este percurso, julgam-se pertinentes algumas considerações, ainda que necessariamente breves, sobre a problemática geral da aplicação do regime dos contratos de adesão/do regime das cláusulas contratuais gerais (as expressões serão usadas aqui como equivalentes) ao contrato de trabalho.

2. Breves observações sobre a problemática geral da aplicação ao contrato de trabalho do regime das cláusulas contratuais gerais; o artigo 105.º do Código do Trabalho

I – A discussão da aplicação do diploma das cláusulas contratuais gerais ao contrato de trabalho constitui um problema de política legislativa complexo, que faz emergir consigo a consideração da individualidade do sistema normativo laboral e do pensamento valorativo que lhe subjaz, ou se quisermos, da *ratio legis* que o inspira⁶⁶³.

entre profissionais e *não-profissionais ou consumidores*. Um quadro legal híbrido é aquele a que assistimos no Reino Unido. Neste ordenamento, o *Unfair Contract Terms Act*, de 1977 contém restrições à liberdade de conformação num espectro limitado de conteúdos (particularmente no domínio das *exclusion clauses*), embora parte do regime aí estabelecido se aplique a todo o tipo de cláusulas independentemente do modo de formação do acordo e da qualidade de consumidor de uma das partes; já o *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*, de 1999 – que procedeu à transposição da Directiva 93/13/CEE – limita-se a instituir uma protecção contra cláusulas abusivas não negociadas nas relações contratuais em que o aderente seja um consumidor.

⁶⁶³ Que as razões de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia relacionadas com este modo de contratar também se encontram presentes na gestão dos recursos humanos é aspecto que não tem suscitado dificuldades, tanto na doutrina portuguesa – neste sentido, por todos, ALEXANDRE MOTA PINTO, “O contrato de trabalho de adesão no Código de Trabalho: notas sobre a aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais ao contrato de trabalho”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, Almedina, Coimbra, pág. 249 – como na experiência jurídica alemã – assim, RÜDIGER KRAUSE in SUSANNE CLEMENZ/BURGGHARD KREFT/RÜDIGER KRAUSE, *AGB-Arbeitsrecht Kommentar*, Dr. Otto Schmidt, Colónia, 2013, págs. 5 e ss.; ou RÜDIGER KRAUSE in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse – §§ 305-310*, Sellier-de Gruyter, Berlim, 2013, pág. 813. Na literatura deste último sistema aponta-se

De facto, logo num primeiro plano, poder-se-á colocar a questão de saber em que medida a tutela predisposta pelo regime jurídico dos contratos de adesão (*maxime*, na sua manifestação mais incisiva, o *controlo do conteúdo*⁶⁶⁴) – atenta a linha de fundamentação que a inspira – se afigura como *desnecessária ou dispensável* numa área da contratação como a laboral. Expliquemo-nos melhor.

Como é sabido, o regime de tutela dos contratos de adesão posiciona-se, não só mas também, como uma resposta normativa à utilização do contrato como instrumento irrefreado de poder de uma das partes sobre a outra. A imposição, por um dos contraentes, de um conteúdo prévia e unilateralmente fixado, de forma rígida e inegociável – mesmo que tenha sido formulado para modelar o conteúdo de uma única relação⁶⁶⁵ –, cria na contraparte uma situação de vulnerabilidade negocial que a torna incapaz de defender adequadamente os seus interesses, o mesmo é dizer, de

ainda uma função especificamente laboral às cláusulas contratuais gerais, como seja a de potenciar uma “igualdade”/“uniformidade” de tratamento entre os trabalhadores (“Gleichbehandlung der Arbeitnehmer“).

⁶⁶⁴ É claro que o regime de tutela dos contratos de adesão não se esgota, entre nós nem em experiências jurídicas próximas como a alemã, num controlo de conteúdo das cláusulas. Incide igualmente sobre outros aspectos, nomeadamente, sobre o próprio processo formativo do acordo, cabendo aí um conjunto de medidas sobre a inclusão de cláusulas prévia e unilateralmente redigidas, cujo denominador comum é o de actuar sobre as condições de uma efectiva e consciente liberdade de decisão (o chamado “controlo da inclusão”). Sobre esta distinção, ver, por todos, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções”, *cit.*, pág. 1110.

⁶⁶⁵ Por certo, na fundamentação do regime jurídico dos contratos de adesão estão envolvidos vários pontos de vista valorativos, ainda que alguns deles acabem por assumir relativa dominância sobre os restantes. Ora, dentro da pluralidade de linhas de pensamento que envolveram a fundamentação do regime dos contratos de adesão, em particular do Decreto-Lei n.º 446/85, também assumiu relevância – sobretudo na versão original do diploma – a dimensão colectiva do fenómeno – a pré-formulação rígida e inegociável de cláusulas destinadas a uma aplicação generalizada, o mesmo é dizer, a utilização das cláusulas contratuais gerais. A tónica era posta neste dado quantitativo e nas consequências típicas, distorcivas, que resultariam da circunstância de o predisponente reivindicar para si uma competência reguladora de uma ordem contratual que, sistematicamente, afastaria os critérios legais de uma equilibrada composição de interesses previstos nas normas dispositivas, em prejuízo de um amplo círculo de contraentes. Esta linha de fundamentação perdeu, todavia, algum peso com a alteração legislativa produzida pelo DL n.º 249/99, de 7 de Julho, que tornou claro que o regime especial de tutela tem por objecto os contratos de adesão, o mesmo é dizer, as cláusulas pré-formuladas e inseridas sem negociação (quer as de uso individual quer as dotadas das características da generalidade e abstracção).

proceder a uma escolha e tomar uma decisão autodeterminada. Daí a legitimação para uma resposta adequada do sistema jurídico, *maxime* a instauração de um *controle do conteúdo*, que restrinja o poder de conformação do contraente em posição de superioridade e estabeleça limites de conteúdo impeditivos de um sacrifício desmesurado da parte mais fraca.

Ora, um dos argumentos que foi sendo tradicionalmente invocado no sentido da não aplicação do diploma dos contratos de adesão ao contrato de trabalho foi justamente o da existência de uma “rede” de preceitos imperativos em Direito do Trabalho que, atenta a lógica de protecção, tornaria dispensável uma tutela através do regime dos contratos de adesão⁶⁶⁶. De facto, o conjunto de preceitos injuntivos que integram a normatividade laboral, ao fixar imperativamente conformações equilibradas dos interesses em presença, resolve, a montante, um problema que tem vindo a ganhar particular acuidade nos restantes domínios do Direito dos Contratos, onde, justamente, – mesmo revelando o legislador sensibilidade em relação às condicionantes sistémicas que envolvem as relações contratuais, mesmo assistindo-se, sobretudo nas últimas décadas, a um movimento de “materialização do contrato”⁶⁶⁷ – a grande maioria das normas possui ainda natureza dispositiva, sendo, por isso, predominantemente reconhecida às partes uma grande margem de liberdade na conformação do conteúdo contratual⁶⁶⁸.

⁶⁶⁶ Esta linha argumentativa foi aquela que maior aceitação conheceu na literatura alemã até 2002 – sobre o ponto, ver, entre outros, GEORG ANNUß, “AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: Wo geht die Reise hin?”, *BB*, 9/2002, pág. 458; STEFAN LINGEMANN, “Allgemeine Geschäftsbedingungen und Arbeitsvertrag”, *NZA*, 4/2002, pág. 182; ou ainda RÜDIGER KRAUSE *in* JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse...*, *cit.*, pág. 816.

⁶⁶⁷ Sobre o fenómeno, por todos, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “O contrato, hoje: funções e valores”, *cit.*, pág. 40 e ss..

⁶⁶⁸ Aliás, é este modo de actuação do sistema como fonte de parâmetros normativos que *a priori* e impositivamente afeiçoam, no seu interior, o modo de actuação dos privados, que caracteriza tipicamente o Direito do Trabalho que, de certa maneira, ainda o diferencia e continua a diferenciar daquele outro que é exercido em sectores do direito privado em nome da tutela do contraente débil. Chamando a atenção para a distinção, ANTONIO ALBANESE, “Disciplina generale e disciplina speciali delle invalidità: la nullità del contratto di lavoro”, *EuropaDP*, 3/2006, págs. 938 e 940, afirma: “Un discorso diverso vale tuttavia per il diritto del lavoro, nel qual la tutela del lavoratore come contraente debole non si realizza sancionando *a posteriori* l’abuso del potere contrattuale, ma negandone *a priori* l’esercizio oltre i limiti inderogabilmente fissati dalla legge. (...) È evidente quindi che funzione

Outros dirão que não se retira daí um argumento decisivo no sentido da exclusão do contrato de trabalho do controlo instituído para os contratos de adesão. Invoca-se que, não obstante a existência dessa rede de preceitos imperativos laborais, subsistirão nichos de matérias onde, porventura, a opção do legislador laboral não foi a de estabelecer *a priori* regimes imperativos de tutela, reservando aí uma margem de actuação significativa para as partes. Nesses casos, assumirá relevância um controlo idêntico ao dos contratos de adesão.

Mas, mesmo a esta observação, sem dúvida pertinente, podem ser opostas outras objecções e reservas. Isto porque, como vimos anteriormente, a tomada em consideração dos dados constitucionais permite – muito particularmente no horizonte juslaboral, atento o extenso catálogo de bens constitucionalmente protegidos⁶⁶⁹ – que, em várias matérias, a contenção dos resultados vinculativos da autonomia negocial se processe, num conjunto de casos, directamente com fundamento no próprio ordenamento constitucional⁶⁷⁰.

Por outra banda ainda, e mesmo admitindo a pertinência de um controlo de conteúdo do contrato de trabalho em situações residuais, questiona-se se o pensamento de protecção que subjaz a esse controlo coincide com aquele instituído para os contratos de adesão ou se é afinal outro⁶⁷¹. No caso dos contratos de adesão, argumenta-se, está em causa, fundamentalmente, uma inferioridade situacional resultante da assimetria de informação e da falta de transparência na determinação das condições contratuais; no caso do contrato de trabalho, invoca-se, a desigualdade é vista como estrutural e no sentido de um desequilíbrio de poder socioeconómico entre as partes. Trata-se de uma dificuldade que alguns julgarão ultrapassável, já que afirmação das duas finalidades de protecção não exclui que, em caso de contratos de trabalho pré-formulados, os dois *deficits* não possam cumular-se, e o regime dos

precipua delle norme imperative nel diritto del lavoro non è di regolare il funzionamento del mercato, bensì di ridurre l'ambito di operatività, limitando *a priori* il potere delle parti, individuali o collettive, di determinare il contenuto del contratto di lavoro”.

⁶⁶⁹ Mais do que noutros sectores do Direito dos Contratos, onde, de facto, o contributo constitucional é manifestamente mais limitado. Sobre o ponto, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato...*, *cit.*, pág. 132 e ss..

⁶⁷⁰ *Vide supra*, parte II, A, capítulo 3, ponto 3.1.

⁶⁷¹ Para uma síntese deste último debate, *vide* RÜDIGER KRAUSE *in* JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse...*, *cit.*, págs. 834 a 836.

contratos de adesão opere como um “plus” em relação àquele que é, por assim dizer, o “ADN” do Direito do Trabalho.

É, pois, tendo como pano de fundo as interrogações acabadas de formular, que em cada ordenamento jurídico se trava o debate entre as duas alternativas possíveis – aplicar ou não o regime dos contratos de adesão ao contrato de trabalho.

II – No sistema alemão, sistema onde o debate de semelhantes interrogações mereceu particular acolhimento, assistiu-se a uma evolução relevante do ponto de vista legislativo.

Até 2002 determinava o §23 da *AGB-Gesetz* que os preceitos daquela lei não eram aplicáveis no domínio do Direito do Trabalho, do Direito da Família e das Sucessões e ainda no âmbito do Direito das Sociedades⁶⁷². A redacção do preceito em si mesmo e cotejado com os trabalhos preparatórios que antecederam a elaboração da *AGB-Gesetz* apontavam claramente – era este o posicionamento dominante – para a ideia de que se tratava de uma verdadeira exclusão e não de uma mera lacuna de regulamentação suprível por via da analogia⁶⁷³. Fundamentalmente, uma aplicação da *AGB-Gesetz* era vista como desnecessária. Por um lado, assumia dominância a referida tese de que a protecção do trabalhador era já alcançada através de uma rede de preceitos imperativos e do sistema de relações colectivas. Caso fosse necessária uma protecção reforçada contra condições desproporcionadas, isso deveria ser feito através de uma lei própria e especial. Por outro lado, existia a percepção de que muito

⁶⁷² Cf., por exemplo, a *Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, que no seu artigo 4.º continua a excluir do âmbito de aplicação o contrato de trabalho. O mesmo se diga da Directiva 93/13/CEE que, no preâmbulo (Considerando 10), afasta do seu âmbito de incidência os contratos de trabalho, os contratos relativos aos direitos sucessórios, os contratos relativos ao estatuto familiar, bem como os contratos relativos à constituição e aos estatutos das sociedades. Daí que, como bem observa RÜDIGER KRAUSE in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse...*, cit., pág. 837, os contributos doutrinários e jurisprudenciais deste ordenamento supranacional para a interpretação do regime dos contratos de trabalho de adesão vigente assumam um carácter necessariamente indirecto.

⁶⁷³ Assim, GEORG ANNUß, “AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht...”, cit., pág. 458; STEFAN LINGEMANN, “Allgemeine Geschäftsbedingungen...”, cit., pág. 181; contra, porém, ULRICH PREIS, *apud* GEORG ANNUß, “AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht...”, cit., pág. 458, para quem o legislador da *AGB-Gesetz* teria apenas partido do princípio de que uma regulamentação específica para o Direito do Trabalho iria surgir paralelamente à entrada em vigor da *AGB-Gesetz*.

antes da entrada em vigor da *AGB-Gesetz*, o *Bundesarbeitsgericht* vinha realizando um controlo do conteúdo dos acordos laborais. É certo que o mencionado controlo se baseava na desigualdade que tipicamente cunha a relação de trabalho, não fazendo o tribunal uma diferenciação entre a desigualdade proveniente do modo de contratar (leia-se do carácter pré-formulado das condições contratuais) e a posição de inferioridade socioeconómica (estrutural) em que o trabalhador se encontra no momento da conclusão do contrato de trabalho. Como também equívoca era a base normativa do referido controlo, umas vezes assente nos §§138, 242 e 315 do *BGB*, outras com apelo aos parâmetros constitucionais⁶⁷⁴. Paralelamente, eram chamados à colação o dever de protecção (“*Fürsorgepflicht*”) e o princípio de protecção do trabalhador decorrente do Estado Social (“*Sozialstaatsprinzip*”)⁶⁷⁵.

No contexto da reforma operada através da *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, assistiu-se a uma mudança de orientação. A solução do legislador germânico foi no sentido de estender ao contrato de trabalho o regime das cláusulas contratuais gerais, como uma espécie de “substituto formal” do controlo de conteúdo que, até ao momento, vinha sendo realizado pelo *Bundesarbeitsgericht* com base nos §§ 138, 242 e 315. Passou a dispor o §310 IV 2 do *BGB* que “Bei der Anwendung auf Arbeitsverträge sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen”⁶⁷⁶. De acordo com a exposição dos motivos da lei, a extensão da

⁶⁷⁴ Para uma resenha desse período, ver, nomeadamente, RÜDIGER KRAUSE in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse...*, cit., pág. 816.

⁶⁷⁵ Sobre o ponto, ver, de novo, GEORG ANNUß, “AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht...”, cit., pág. 458; e STEFAN LINGEMANN, “Allgemeine Geschäftsbedingungen...”, cit., pág. 181.

⁶⁷⁶ Na literatura e jurisprudência germânicas, o significado da locução “geltenden Besonderheiten” deu origem a uma multiplicidade de interrogações. A escassez de indicações nos trabalhos preparatórios contribuiu decisivamente para adensar as dificuldades interpretativas da “fórmula legal”. Por um lado, colocou-se a questão de saber se relevariam as particularidades jurídicas, as particularidades fácticas ou ambas. Considerando que apenas deveriam relevar as particularidades jurídicas, tendo fundamentalmente em conta o teor literal da lei, mas também o elemento sistemático e teleológico da interpretação, GREGOR THÜSING, “Was sind die Besonderheiten des Arbeitsrechts?”, *NZA*, 11/2002, pág. 593; e DORNDORF/DEINERT in WOLFGANG DÄUBLER/ EBERHARD DORNDORF/BIRGER BONIN/OLAF DEINERT, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht Arbeitsrecht – Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB*, 2.^a edição, Franz Vahlen, Munique, 2008, págs. 428 e ss.; desvalorizando, no entanto, a distinção, REINHARD SINGER “Arbeitsvertragsgestaltung nach der Reform des BGB”, *RdA*, 4/2003, pág. 199. Por outro lado, discutiu-se se estariam em causa os aspectos que

aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais ao contrato de trabalho foi vista como uma medida com ganhos em termos de segurança jurídica e previsibilidade face ao anterior método utilizado, já que eram evidenciadas divergências significativas na jurisprudência do *Bundesarbeitsgericht* a esse respeito⁶⁷⁷. Por outro lado, sustentou-se que, por esta via, se asseguraria que o nível de protecção do controlo do conteúdo no âmbito do Direito do Trabalho não ficasse aquém do Direito Civil.

III – Qual foi a opção do legislador português?

Até 2003, a ordem jurídica portuguesa não dedicou qualquer preceito a esta questão. Decerto, o artigo 3.º, n.º 1, alínea e) do Decreto-Lei n.º 446/85 determinava a não subordinação das cláusulas dos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho ao regime dos contratos de adesão, mas esse preceito não tinha valor significativo em relação à questão em apreço. A delimitação operada dizia respeito às disposições de instrumentos de regulamentação colectiva, e já não às cláusulas do contrato individual de trabalho. Nem o regime jurídico dos contratos de adesão fazia

contradistinguiam o Direito do Trabalho dos restantes ramos jurídicos ou se poderiam assumir relevância particularidades não exclusivas desta área do direito. No sentido de que apenas relevariam particularidades exclusivas do Direito do Trabalho pronunciou-se GREGOR THÜSING, “Was sind die Besonderheiten...”, *cit.*, pág. 592, sendo o entendimento dominante tanto na doutrina como nas decisões do *Bundesarbeitsgericht* o de que as particularidades não têm de ser exclusivas do universo laboral, mas, acrescenta-se, particularidades que em Direito do Trabalho assumam um significado qualitativo. Discutida foi ainda a questão do âmbito operativo dessas particularidades, entenda-se, o de saber a respeito de que aspectos regimentais do *AGB-Rechts* seria possível a consideração de especificidades laborais. Note-se que a jurisprudência do *Bundesarbeitsgericht* tem-se manifestado favorável à ideia de que os particularismos se podem registar em relação à aplicação de qualquer dos preceitos, desde o §305 ao §310 – sobre o ponto RÜDIGER KRAUSE *in* JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse...*, *cit.*, pág. 883.

⁶⁷⁷ Para uma descrição dos motivos e objectivos da lei, ver WOLFGANG DÄUBLER *in* WOLFGANG DÄUBLER/ EBERHARD DORNDORF/BIRGER BONIN/OLAF DEINERT, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht...* *cit.*, pág. 7. Os fundamentos expostos não lograram convencer totalmente parte da doutrina alemã – assim, nomeadamente, GEORG ANNUB, “AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: ...”, *cit.*, pág. 459, considerou que invocar, como argumento para a extensão do regime ao contrato de trabalho, a necessidade de assegurar um nível de protecção idêntico ao que valia no Direito Civil não seria mais do que uma *petitio principii*, já que, no entender do Autor, haveria antes que indagar se no âmbito do Direito do Trabalho existe uma necessidade de protecção equivalente à que se regista no domínio do Direito Civil.

qualquer referência expressa no sentido da exclusão ou aplicação do regime às estipulações do contrato de trabalho, nem a legislação laboral fornecia qualquer pista num ou noutro sentido⁶⁷⁸. O silêncio do legislador nesta matéria abria flanco a dúvidas. Havia já, no entanto, posicionamentos na doutrina segundo os quais o silêncio do legislador nesta matéria não deveria ser interpretado como equivalendo a uma resposta negativa⁶⁷⁹.

Só com a vinda a lume do Código do Trabalho de 2003, foi consagrada uma norma, o artigo 96.º (actual artigo 105.º), que expressamente determinou a aplicação do regime jurídico dos contratos de adesão ao contrato de trabalho. Aí se estatui que “O regime das cláusulas contratuais gerais aplica-se aos aspectos essenciais do contrato de trabalho que não resultem de prévia negociação específica, mesmo na parte em que o seu conteúdo se determine por remissão para o instrumento de regulamentação colectiva de trabalho”. Tornou-se, pois, inequívoca a vontade do legislador em estender ao contrato de trabalho o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais.

Contudo, como assertivamente já assinalou JÚLIO VIEIRA GOMES⁶⁸⁰, “O artigo 98.º do Código do Trabalho [actual artigo 105.º] tem a duvidosa honra de ser um dos preceitos deste diploma cujo alcance se revela mais ambíguo e que tem suscitado maiores divergências na doutrina quanto à sua interpretação”. Dediquemos-lhe, pois, algumas observações.

⁶⁷⁸ Apenas o artigo 26.º, n.º 1, alínea b) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, reconhecia legitimidade activa às associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos legalmente constituídas para, actuando no âmbito das suas atribuições, intentar a acção inibitória.

⁶⁷⁹ Para LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, *cit.*, pág. 113, não se deveria concluir pelo afastamento radical do regime das cláusulas contratuais gerais em Direito do Trabalho. No entender do Autor, no domínio das relações individuais de trabalho, onde os instrumentos de regulamentação colectiva não prevalecessem, seria de admitir que a formulação de cláusulas contratuais gerais ficasse sujeita ao regime do Decreto-Lei n.º 446/85. Acompanhava esta posição, à luz do direito anterior, MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, *cit.*, págs. 264 e 265. Também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, *cit.*, pág. 574, entendia que o diploma tinha um conteúdo genericamente aplicável ao direito individual de trabalho, sendo que um dado juspositivo indiciador dessa aplicação teria sido o facto de o legislador do Decreto-Lei n.º 446/85 ter reconhecido às associações sindicais legitimidade para solicitar a alteração de cláusulas impostas por entidades públicas e para mover a acção inibitória (artigos 3.º, n.º 2 e 25.º, n.º 1, alínea b)).

⁶⁸⁰ *Direito do Trabalho...*, *cit.*, pág. 471.

IV – Ao utilizar a fórmula “o regime das cláusulas contratuais gerais aplica-se...”, o preceito em questão estabelece uma genérica extensão aplicativa do regime dos contratos de adesão ao contrato de trabalho, não contendo, portanto, qualquer indicação directa nem indirecta no sentido da não aplicação ao contrato de trabalho de alguma(s) da(s) disposições que integram aquele regime. Quer isto dizer, *primo conspectu*, que a extensão abrange as regras relativas à formação do acordo, as normas de controlo do conteúdo, as disposições processuais, entre outras⁶⁸¹. Toda a tarefa de diferenciação e de adaptação, a justificar-se, terá de recair, portanto, sobre os ombros do intérprete. Maior precisão quis, no entanto (aparentemente), o legislador revelar a respeito do *quid* ao qual se aplica o regime jurídico dos contratos de adesão.

Começemos por salientar o aspecto que não tem oferecido particular discussão. O regime das cláusulas contratuais gerais aplica-se aos aspectos essenciais do contrato de trabalho *em que não tenha havido prévia negociação específica*. Tem a doutrina entendido que, por força da referida locução, estão abrangidas todas as cláusulas pré-formuladas pelo empregador e inseridas no contrato de trabalho sem negociação, quer as de uso geral – destinadas a uma aplicação generalizada (cláusulas contratuais gerais) – quer as de uso individualizado. Ou, dito de outra forma, estão abrangidos todos os contratos de adesão, quer aqueles cujas cláusulas pré-formuladas unilateralmente tenham sido elaboradas para modelar o conteúdo de uma única relação, quer uma utilização múltipla⁶⁸². Atendendo ao processo formativo, é

⁶⁸¹ Já, por exemplo, na experiência jurídica alemã, para além da já referida consideração das “geltenden Besonderheiten” do Direito do Trabalho, o §310 IV 2 do *BGB* exclui expressamente, no domínio do contrato de trabalho, a aplicação das disposições que realizam um controlo ao nível da formação do acordo e que impõem deveres de comunicação e informação a cargo do utilizador (§305 2 e 3 do *BGB*). Tal advém do facto de o legislador alemão ter entendido como suficientes os deveres de informação a cargo do empregador que resultam do §2 da *Nachweisgesetz*, diploma que realiza, à semelhança do sucedido entre nós nos actuais artigos 106.º e ss. do Código do Trabalho, a transposição da Directiva 91/533/CEE do Conselho, de 14 de Outubro de 1991 (relativa à obrigação de a entidade patronal informar o trabalhador sobre as condições aplicáveis ao contrato de trabalho ou à relação de trabalho – nestes termos, THOMAS LAKIES, *Vertragsgestaltung und AGB im Arbeitsrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 2011, pág. 43.

⁶⁸² É este o entendimento que, de modo mais ou menos explícito, ressalta das posições de autores como PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, *cit.*, pág. 451; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, *cit.*, págs. 149 e 151; ALEXANDRE

MOTA PINTO, “O contrato de trabalho de adesão no Código de Trabalho...”, *cit.*, pág. 250; e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho, cit.*, pág. 237.

Certo é que a designação epigráfica do artigo 105.º é “Cláusulas contratuais gerais”, expressão que tem um alcance mais restrito do que a locução “contratos de adesão” (abrangendo todos os contratos integrados por cláusulas prefixadas e inseridas sem negociação, independentemente de gozarem ou não da característica da generalidade). Não houve, porém, parece-nos qualquer propósito de restringir a aplicação do regime predisposto pelo Decreto-Lei n.º 446/85 às cláusulas do contrato de trabalho que revestissem a natureza de cláusulas contratuais gerais. O termo “Cláusulas contratuais gerais” é aqui utilizado, julga-se, no seu sentido menos rigoroso, é digamos que omnicompreensivo, “está pelo todo”, referindo todos os contratos integrados por cláusulas pré-formuladas e inseridas sem negociação, independentemente do uso individual ou da intenção de aplicação generalizada.

Paralelamente, no contexto especificamente laboral, as cláusulas contratuais gerais podem, por sua vez, *do ponto de vista do suporte em que se concretiza a pré-elaboração*, assumir duas submodalidades: serem inseridas em formulário contratual previamente elaborado e uniforme para todos ou para um conjunto de trabalhadores; ou serem inseridas, em moldes genéricos e uniformes, no regulamento interno da empresa. A opção legislativa de estender a aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais ao contrato de trabalho abrange, julga-se, as duas submodalidades (neste sentido, ver igualmente PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho, cit.*, pág. 451 e 457; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, *cit.*, pág. 151; ALEXANDRE MOTA PINTO, “O contrato de trabalho de adesão no Código de Trabalho...”, *cit.*, pág. 250; DANIELA MIRANTE, Os contratos de adesão e o regime das cláusulas contratuais gerais, o caso especial do contrato de trabalho de adesão. Contributo para o estudo da questão”, *QL*, ano XXII, n.º 46, 2015, págs. 67 e ss.). As razões que nos levam a sustentar essa leitura são de duas ordens.

Em primeiro lugar, a lei não estabelece qualquer ressalva ou distinção que aponte no sentido de estarem excluídas as condições gerais inseridas em regulamento interno da empresa. Depois, as cláusulas inseridas em moldes genéricos e uniformes no regulamento interno não estão sujeitas a nenhum outro tipo de controlo paralelo ou alternativo que torne supérfluo ou desnecessário o controlo instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85. Certo é que, durante o período de vigência da LCT – diploma que não continha uma norma a determinar a aplicação do diploma das cláusulas contratuais gerais aos conteúdos contratuais do contrato de trabalho –, surgiram vozes a sustentar a inaplicabilidade do regime das cláusulas contratuais gerais às condições negociais estabelecidas no regulamento da empresa, invocando-se, para o efeito, o artigo 3.º, n.º 1, alínea c) do Decreto-Lei n.º 446/85, o qual excluía do âmbito de aplicação do diploma *as cláusulas impostas ou expressamente aprovadas por entidades públicas com competência para limitar a autonomia privada*. Sustentava-se que tal conclusão valia para o regulamento interno da empresa porque o organismo competente da administração do trabalho podia indeferir o pedido de aprovação do regulamento ou exigir que nele se procedesse a aperfeiçoamentos, o que implicava que esse organismo do trabalho tinha competência para limitar a autonomia privada (sobre esse argumento, ver PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho, cit.*, pág. 457; ou MÁRIO PINTO/ PEDRO FURTADO MARTINS/ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO,

requisito necessário, mas também suficiente a imposição unilateral, sem possibilidade de negociação de cláusulas, sentido para que aponta a expressão sem “prévia negociação específica”.

V – A mesma clareza já não se detecta num outro segmento da norma em questão. Determina-se que o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais se aplica *aos aspectos essenciais do contrato de trabalho* em que não tenha havido prévia negociação específica. Trata-se de uma expressão que não constava do Anteprojecto do Código do Trabalho de 2003 e cujo alcance está longe de se considerar evidente. Qual o significado da expressão “aspectos essenciais”?

Começemos por perscrutar os sentidos possíveis da expressão, convocando alguns usos linguísticos jurídicos da expressão, legais ou doutrinários⁶⁸³, alicerçados nos restantes elementos interpretativos metodologicamente recomendados.

Numa primeira acepção, a expressão “aspectos essenciais” adquire o significado de cláusulas reguladoras das prestações principais de um determinado tipo

Comentário às Leis do Trabalho, cit., pág. 51). Essa questão está hoje, julga-se, ultrapassada porquanto a alínea c) do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 446/85 foi entretanto revogada e por outro lado, desde 2003, os regulamentos internos deixaram de ter um mecanismo de aprovação por parte da Administração Laboral (o Código de Trabalho de 2003 manteve a exigência de comunicação, que o Código do Trabalho de 2009 acabou por eliminar). Mas mesmo que assim não fosse, não se afigurava totalmente convincente a invocação da referida norma para fundar a inaplicabilidade do diploma nesse particular. Isto porque nos parecia que aquele controlo então instituído pela Administração Laboral dizia respeito à parte normativa do regulamento – respeitante à organização do trabalho e disciplina da empresa – e não à parte negocial do mesmo (sobre a distinção, ver, entre outros, JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, vol. II, *cit.*, pág. 46; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I...*, *cit.*, págs. 280 e 281; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho, cit.*, pág. 235 e 236), pelo que sempre se poderia dizer que esta segunda faceta do regulamento se encontrava desprovida de qualquer controlo. Assim sendo, de uma perspectiva substancial e teleologicamente comprometida, não se vislumbram razões para uma diferenciação da tutela do trabalhador perante cláusulas inseridas em formulário contratual previamente elaborado e uniforme para todos ou para um conjunto de trabalhadores, e as inseridas, em moldes genéricos e uniformes, no regulamento interno da empresa.

⁶⁸³ Sobre os usos linguísticos, KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito, cit.*, pág. 451 e ss..

contratual⁶⁸⁴, que, no caso do contrato de trabalho, seriam a cláusula que define a actividade que o trabalhador se obriga a prestar e aquela que define o dever de pagar a retribuição, a cargo do empregador. Ora, como é bom de ver, este sentido técnico estrito não pode ser acolhido para o preenchimento da previsão do artigo 105.⁶⁸⁵. Desde logo, pelo resultado desajustado que teria ao excluir do controlo as cláusulas reguladoras de aspectos secundários – laterais, acessórios – do contrato, aquelas em que justamente a pertinência de um controlo mais se faz sentir. Aliás, a ser esse o significado normativo, haveria até um certo paradoxo com aquela que é a ideia dominante no direito das cláusulas contratuais gerais mormente no modelo germânico (no qual o português se inspirou), segundo a qual, por confluência de pontos de vista de vária ordem, as cláusulas que regulam as prestações principais se encontram excluídas do regime em questão, *rectius*, do *controlo de conteúdo*⁶⁸⁶. Efectivamente, existe um certo consenso doutrinal naquele espaço jurídico no sentido de o direito das cláusulas contratuais gerais não se aplicar às prestações principais, em termos estritos

⁶⁸⁴ Na classificação tradicional da escola de Coimbra, os chamados elementos essenciais específicos (*vide supra* parte I, ponto 2.2.1.1.)

⁶⁸⁵ Hipótese também rejeitada por MARIA ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, cit., pág. 152. Para tentar obviar a este resultado desajustado há quem proponha uma interpretação *sui generis* da expressão “elementos essenciais”. Entende PEDRO ROMANO MARTINEZ, Anotação ao artigo 105.º do Código do Trabalho, in AA.VV. *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 289, que: “Sempre que tais cláusulas não digam respeito a aspectos essenciais do contrato de trabalho, devem também ser ponderadas com base numa justificação empresarial; nesse caso, a apreciação própria decorrente do regime das cláusulas contratuais gerais será ponderada com a motivação empresarial”. Trata-se de uma proposta interpretativa que não nos parece de acompanhar já que torna pouco clara a diferenciação entre dois planos do problema: o do recorte do âmbito objectivo, isto é, a identificação dos conteúdos contratuais aos quais se aplica o regime, por um lado, e o dos factores de apreciação do conteúdo abusivo. Ao referir que uma cláusula poderá ser lícita ou proibida, consoante esteja ou não desinserida do contexto da organização, fica-se sem perceber, exactamente, a qual dos planos se está a referir.

⁶⁸⁶ Decerto, como já foi mencionado, o preceito que aqui nos convoca, ao utilizar a fórmula “o regime das cláusulas contratuais gerais aplica-se...”, não pretende cingir-se ao controlo do conteúdo, adquirindo a remissão que aí é feita um alcance mais amplo (designadamente abrangendo as regras relativas à formação do acordo e ao plano processual). Supomos, no entanto, ser lícito observar que o controlo mais eficaz é aquele que se exerce sobre o conteúdo, pelo que este terá de estar *necessariamente* na mira do intérprete.

(“Hauptconditionen”)⁶⁸⁷, que apenas têm de observar o imperativo de transparência. Como factores que explicam a referida exclusão invoca-se, por um lado, a ausência de um critério jurídico de controlo que permitisse uma apreciação jurídica nesses casos. Sendo as prestações principais do contrato os elementos básicos da operação económica levada a cabo pelas partes, as opções que a esse nível cada um toma não seriam susceptíveis de uma apreciação jurídica de acordo com critérios objectivos, visto que um controlo desse tipo equivaleria a uma ingerência incompatível com um sistema de direito privado assente no valor da autonomia individual. De outra parte, o respeito por princípios básicos da constituição económica, designadamente aquele segundo o qual o preço da articulação da procura com a oferta disponível, desaconselharia, a existência de um controlo geral sobre a sua equivalência ou adequação à luz de um critério jurídico prefixado⁶⁸⁸. Neste sistema, um dado juspositivo favorável a esta compreensão é o que resulta do §307 III do *BGB*, norma que estabelece que as disposições sobre o controlo do conteúdo se aplicam apenas a cláusulas pelas quais se estipulam regulamentações divergentes ou complementares de preceitos jurídicos⁶⁸⁹.

Certo é que alguns dados, ora da nossa lei sobre cláusulas contratuais gerais, ora da concreta área contratual em que nos movemos, podem tornar estas observações questionáveis.

Primeiramente, a circunstância de os dados do direito positivo português não serem totalmente coincidentes com os do modelo alemão – já que não existe no nosso diploma das cláusulas contratuais gerais uma norma de conteúdo idêntico ao do §307 III do *BGB* –, faz adensar as dúvidas sobre a eventual exclusão das prestações principais de um eventual controlo, *maxime* de um controlo do conteúdo. Sectores da doutrina nacional reconhecem ser esse o resultado (o da exclusão) que se impõe, atendendo à razão de ser e aos critérios de valoração do controlo do conteúdo,

⁶⁸⁷ Cf. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato...*, *cit.*, págs. 437 e 438.

⁶⁸⁸ Sobre estes dois tópicos, veja-se JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato...*, *cit.*, págs. 431 a 433.

⁶⁸⁹ “Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.”

propondo, por conseguinte, uma redução teleológica⁶⁹⁰; já outros, mostram-se favoráveis a um controlo sobre as prestações principais⁶⁹¹.

Mas, mesmo descontando esta circunstância, pode questionar-se se as razões tradicionalmente apresentadas para a exclusão das cláusulas reguladoras das prestações principais de um controlo do conteúdo, designadamente, o argumento segundo o qual o controlo da cláusula do preço estaria excluído, por ausência de um critério jurídico, pode questionar-se, dizíamos, se o mesmo cobra sentido ao nível das relações laborais. É que, de facto, se houve domínio em que, desde cedo, o legislador compreendeu que o “preço” da suposta “mercadoria” não poderia resultar da livre articulação da procura com a oferta disponível foi justamente o do mercado laboral. A fixação de uma retribuição mínima legal e as tabelas salariais das convenções colectivas de trabalho mostram como a liberdade contratual sofre aqui restrições que dificilmente se fazem sentir da mesma forma ou com a mesma intensidade noutros domínios do Direito dos Contratos. Daí que alguns autores, como WOLFGANG DÄUBLER⁶⁹², tenham defendido a possibilidade de um controlo de conteúdo – de adequação – da prestação salarial nos termos do §307 do *BGB*, tendo como critério de medida as disposições colectivamente fixadas. No entender deste Autor, o referido controlo teria suporte nos próprios dados juspositivos. Uma vez que as disposições colectivamente fixadas são, segundo o §310 IV 3 do *BGB*⁶⁹³, consideradas preceitos jurídicos no sentido do §307 III, e tendo em conta que este preceito, por sua vez, determina que as disposições sobre o controlo do conteúdo se aplicam apenas a cláusulas pelas quais se estipulam regulamentações divergentes ou complementares

⁶⁹⁰ Neste sentido, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato...*, *cit.*, pág. 434. Note-se, porém, que, em relação a outras questões – deveres de comunicação, eventual conflito com cláusulas especificamente acordadas, interpretação das cláusulas – entende o Autor que esse controlo já se justifica em face das referidas cláusulas. Aliás, o artigo 9.º, n.º 2 do diploma ao determinar que os contratos são nulos quando, na sequência da exclusão de cláusulas, ocorra uma indeterminação insuprível de *aspectos essenciais* conforta justamente este tratamento diferenciado. No mesmo sentido, com apelo a argumentos distintos, ANA PRATA, *Contratos de Adesão e...*, *cit.*, pág. 114.

⁶⁹¹ Assim, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Cláusulas contratuais gerais...”, *cit.*, págs. 578 e 579; e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral...*, *cit.*, pág. 426.

⁶⁹² “Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Arbeitsrecht”, *NZA*, 24/2001, págs. 1334 e ss.

⁶⁹³ Estatui o §310 IV 3 do *BGB*: “Tarifverträge, Betriebs- und Diensvereinbarungen stehen Rechtsvorschriften in Sinne von §307 Abs. 3 gleich”.

de preceitos jurídicos, estaria assegurado, através desta leitura sistemática dos dados legais, o fundamento para a existência de um controlo.

A verdade é que também esta argumentação tem sido alvo de várias críticas por parte da maioria da doutrina germânica. Por um lado, é duvidoso, como teremos a oportunidade de desenvolver mais adiante, que a finalidade do mencionado §310 IV 3 tenha sido a de equiparar as disposições das convenções colectivas de trabalho aos preceitos legais para legitimar um controlo do conteúdo⁶⁹⁴. Sublinha-se também, pertinentemente, que o controlo de conteúdo pressupõe que as conformações contratuais se desviem de preceitos dispositivos; já não quando estiverem em causa condições contratuais que se desviem de preceitos imperativos. Ora, este último cenário é o que se verifica, em termos paradigmáticos, com as disposições das convenções colectivas de trabalho que operam como preceitos imperativos (semi-imperativos) para os sujeitos (trabalhadores e empregadores) por elas normativamente vinculados⁶⁹⁵.

Como quer que seja, e mesmo tendo presentes as hesitações acabadas de referir, o que nos parece essencial sublinhar é que certamente será de afastar uma leitura do segmento em apreço que restrinja os aspectos essenciais às prestações principais do contrato de trabalho.

Num outro contexto, a essencialidade ou não essencialidade de uma cláusula atende à importância que um determinado conteúdo contratual assume do ponto de vista do escopo prático das partes: diz respeito ao grau de influência de que um determinado conteúdo contratual se reveste para a decisão de contratar, para a consecução do interesse contratual de cada uma das partes. À luz de um critério deste tipo, as cláusulas essenciais seriam aquelas que tivessem sido determinantes para a

⁶⁹⁴ Nestes termos, Gregor THÜSING/THOMAS LAMBRICH, “Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifnormen”, *RdA*, 4/2002, pág. 196; THOMAS LAKIES, *Vertragsgestaltung und AGB...*, *cit.*, pág. 63; ou FRANK BAYREUTHER, “Die Rolle des Tarifvertrags bei der AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen”, *RdA*, 2/2003, págs. 87 e ss., em especial, pág. 89.

⁶⁹⁵ VER REINHARD RICHARDI, “Gestaltung der Arbeitsverträge durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz”, *NZA*, 19/2002, pág. 1061; e WOLFGANG HROMADKA, “Schuldrechtsmodernisierung und Vertragskontrolle im Arbeitsrecht”, *NJW*, 35/2002, pág. 2527.

decisão de contratar, *maxime*, do aderente⁶⁹⁶. Trata-se de um significado que, tendo o mínimo de correspondência na lei, teria a vantagem de alargar o leque de situações abrangidas. Todavia, a verdade é que também este significado não se mostra totalmente aceitável. A maior ou menor relevância atribuída por um dos contraentes a um determinado conteúdo contratual não traduz um critério razoável para a demarcação das cláusulas incluídas e excluídas do regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85. Até porque uma das linhas de pensamento em que se funda o regime especial de tutela em análise parte justamente do cenário inverso. Existe a percepção de que são sobretudo as cláusulas que não contribuíram para o aderente ponderar o seu interesse e formar a sua vontade negocial, são sobretudo as cláusulas em relação às quais o aderente não demonstra, em regra, pelo menos na fase da celebração do contrato, particular interesse em conhecer – a maioria das vezes têm por objecto (presuntivamente) pontos laterais da disciplina negocial, eventualidades de verificação incerta ou mesmo improvável, ligadas à execução do contrato – que reclamam o tratamento especial⁶⁹⁷.

Por outro lado, o Código do Trabalho, em matéria de dever de informação por ocasião da formação do contrato, refere que o dever de informar do empregador incide sobre “aspectos relevantes” do contrato de trabalho⁶⁹⁸. Nos termos do artigo 106.º, n.º 3 do Código, consideram-se informações relevantes: a identificação do empregador, o local de trabalho, a categoria do trabalhador, a data da celebração do contrato e duração do mesmo se for o caso, a duração das férias, o valor e a

⁶⁹⁶ Admite ser este o sentido da expressão MARIA DO ROSÁRIO RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, *cit.*, pág. 152.

⁶⁹⁷ Sobre o ponto, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato...*, *cit.*, pág. 424.

⁶⁹⁸ Os artigos 106.º a 109.º do Código do Trabalho realizam a transposição actual da Directiva do Conselho n.º 91/533/CEE, de 14 de Outubro, relativa à obrigação de a entidade patronal informar o trabalhador sobre as condições aplicáveis ao contrato ou à relação de trabalho. Na versão portuguesa do diploma comunitário, a expressão utilizada é, aliás, elementos essenciais do contrato ou da relação de trabalho (determina o artigo 2.º, n.º 1 que “A entidade patronal é obrigada a levar ao conhecimento do trabalhador assalariado a que se aplica a presente directiva (...) os elementos essenciais do contrato ou da relação de trabalho.”) à semelhança do que sucede na versão francesa (“éléments essentiels”), espanhola (“elementos esenciales”), alemã (“wesentliche Punkte”) e italiana (“elementi essenziali”). A lei portuguesa, no plano do direito interno, optou depois pela locução “aspectos relevantes”. Sobre a norma, ver SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 289 e ss..

periodicidade da retribuição, o número da apólice de seguro de acidentes de trabalho e a identificação da seguradora, entre outros. Desse ponto de vista, a expressão pode também identificar um leque amplo de elementos. Mas, mais uma vez, trata-se de uma locução cuja importação para o quadrante que nos ocupa conduziria a resultados pouco coerentes. Repare-se que em relação a alguns dos aspectos relevantes elencados, o trabalhador já se encontra tutelado por normas legais imperativas.

Em suma, parece adequado concluir que a expressão “elementos essenciais do contrato”, prevista no artigo 105.º do Código, não pode ser apreendida a partir dos vários sentidos mobilizáveis. Estamos perante uma locução que poderemos qualificar, no mínimo, de pouco feliz. Trata-se, para usar os ensinamentos de BAPTISTA MACHADO⁶⁹⁹, de uma fórmula normativa particularmente “mal inspirada que nem sequer consegue aludir com uma clareza mínima às hipóteses que pretende abranger e, tomada à letra, abrange outras que decididamente não estão no espírito da lei”. Quer-nos parecer que o legislador terá recorrido à expressão “elementos essenciais”, pretendendo tão-somente aludir a *elementos pertinentes, conteúdos contratuais pré-elaborados sem possibilidade de negociação que se afigure pertinente ou relevante sujeitar ao regime jurídico das cláusulas contratuais gerais*⁷⁰⁰.

VI – Por último, cumpre reflectir sobre o último segmento da norma, nos termos do qual o regime jurídico dos contratos de adesão se aplica mesmo *na parte em que o conteúdo (do contrato de trabalho) se determine por remissão para o instrumento de regulamentação colectiva de trabalho*. O verdadeiro alcance deste segmento é um aspecto que provoca algum embaraço na doutrina nacional.

A questão principal que se coloca prende-se com a delimitação do *quid*, que por força do inciso final do artigo 105.º do Código do Trabalho, fica sujeito à aplicação do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, mormente ao *controlo de conteúdo*⁷⁰¹. Pergunta-se: sempre que ocorrer uma remissão para uma convenção

⁶⁹⁹ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, cit., pág. 186.

⁷⁰⁰ Metodologicamente, poderá discutir-se se estaremos ainda perante uma interpretação correctiva ou mesmo revogatória ou ab-rogante – cf. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, cit., pág. 180.

⁷⁰¹ Cf. os artigos 15.º, 16.º, 17.º, 18.º, 19.º, 20.º e 21.º do diploma. O controlo pode estender-se a outras questões – com destaque para a interpretação de cláusulas ambíguas (artigo 11.º, n.º 2) – nestes termos, BRUNO MESTRE, “Cláusulas de remissão a CCT”, *QL*, ano 14, n.º 30, 2007, pág. 161.

colectiva de trabalho⁷⁰², a disciplina contratual aplicável por força da remissão fica sujeita ao controlo do diploma? Ou é mais estreito, mais limitado, o círculo de hipóteses a que a parte final do artigo 105.º do Código se dirige?

Ora, *primo conspectu*, dir-se-á que o controlo incide sobre quaisquer remissões e para isso aponta o teor literal do preceito codicístico. De facto, do teor da norma resulta que ficam sujeitos ao escrutínio do regime das cláusulas contratuais gerais aqueles conteúdos contratuais cuja determinação se faça por remissão para instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, o mesmo é dizer, ficam sujeitos ao controlo aqueles aspectos da disciplina contratual, fruto de remissão para a disciplina prevista em convenção colectiva de trabalho. Esta é também a leitura secundada por parte significativa da doutrina nacional, que vê na norma do artigo 105.º do Código como uma derrogação (parcial) do artigo 3.º, alínea e) do Decreto-lei n.º 446/85 (preceito que, recorde-se, exclui do escrutínio instituído pelo diploma das cláusulas contratuais gerais as disposições dos instrumentos de regulamentação colectiva) e parece admitir que qualquer disciplina proveniente de convenção colectiva aplicável ao contrato de trabalho, por força de uma remissão, fica sujeita ao regime jurídico dos contratos de adesão⁷⁰³. Contudo, uma leitura ampla deste tipo apresenta algumas debilidades. Senão, vejamos.

⁷⁰² Na norma em apreço, a locução é “instrumento de regulamentação colectiva de trabalho”, que é uma expressão com um alcance mais amplo do que “convenção colectiva de trabalho” (*vide* artigo 2.º do Código do Trabalho). Por razões de simplificação e clareza no discurso, teremos em vista apenas esta última categoria de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho negociais.

⁷⁰³ Assim, PEDRO ROMANO MARTINEZ, Anotação ao artigo 105.º do Código do Trabalho, *in* AA.VV, *Código do Trabalho Anotado, cit.*, pág. 290. Entende o Autor que está em causa uma derrogação parcial do artigo 3.º, alínea e) do Decreto-Lei n.º 446/85, porquanto a exclusão aí prevista continuaria a valer para a parte obrigacional dos instrumentos de regulamentação colectiva, mas já não para as cláusulas normativas – as disciplinadoras de direitos e deveres recíprocos dos trabalhadores e das entidades patronais – que passariam a estar sujeitas ao controlo instituído pelo regime dos contratos de adesão. Também esta é a leitura preconizada por MARIA DO ROSÁRIO RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, *cit.*, pág. 154, ao sustentar que a norma do artigo 105.º do Código do Trabalho deve ser entendida como uma derrogação do artigo 3.º, alínea e) do diploma sobre cláusulas contratuais gerais, na parte em que se refere ao conteúdo normativo dos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho. No mesmo sentido, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, cit.*, pág. 272; ANA PRATA, *Contratos de Adesão e...*, *cit.*, pág. 202; e LUIS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho, cit.*, pág. 237.

Como é sabido, a alínea e) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 446/85 – à semelhança do que sucede *grosso modo* na experiência jurídica alemã⁷⁰⁴ – exclui do escrutínio instituído pelo diploma das cláusulas contratuais gerais as disposições dos instrumentos de regulamentação colectiva. Quanto à justificação da referida exclusão, a doutrina tende a relacioná-la com factores de vária ordem. Por um lado, sublinha-se o facto de as disposições convencionais não preencherem sequer as notas caracterizadoras daquele modo de contratar⁷⁰⁵. Sendo objecto de negociação individualizada entre as entidades patronais ou as suas associações representativas e as associações sindicais, das disposições convencionais estariam ausentes as notas de rigidez e pré-formulação características do fenómeno em questão. Paralelamente, reconhece-se às disposições convencionais uma certa presunção de “justeza”, uma garantia de “correção” (“Richtigkeitsgewähr”) – que advém da posição de relativo equilíbrio negocial entre os outorgantes –, o que retiraria razão de ser ao controlo, *maxime* ao controlo do conteúdo⁷⁰⁶. Por outro lado ainda, a existência de um escrutínio como aquele instituído pelo regime das cláusulas contratuais gerais é perspectivado como uma forma de ingerência na autonomia colectiva (“Tarifzensur”)⁷⁰⁷. Acresceria a estes dados, a eficácia normativa da convenção

⁷⁰⁴ Estatui o §310 IV 1 do *BGB* que “Dieser Abschnitt findet keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Erbs-Familien- und Gesellschaftsrechts sowie auf Tarifverträge, Betriebs- und Diensvereinbarungen.”

⁷⁰⁵ Entre nós, cf. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, cit., pág. 153; JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, cit., pág. 474. Na doutrina alemã, ver, por exemplo, REINHARD RICHARDI, “Gestaltung der Arbeitsverträge durch Allgemeine...”, cit., pág. 1058; e RÜDIGER KRAUSE in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse...*, cit., pág. 856, considerando os autores que, desse ponto de vista, a exclusão legal cumpre uma função meramente esclarecedora.

⁷⁰⁶ Sobre este tópico, vejam-se, entre outros, WOLFGANG DÄUBLER in WOLFGANG DÄUBLER/ EBERHARD DORNDORF/BIRGER BONIN/OLAF DEINERT, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht...*, cit., págs. 411 e ss.; THOMAS LAKIES, *Vertragsgestaltung und AGB...*, cit., pág. 28; e, de novo, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, cit., pág. 153.

⁷⁰⁷ Este ponto é amplamente sublinhado pela doutrina germânica: assim, WOLFGANG DÄUBLER in WOLFGANG DÄUBLER/ EBERHARD DORNDORF/BIRGER BONIN/OLAF DEINERT, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht...*, cit., pág. 411; REINHARD SINGER, “Arbeitsvertragsgestaltung nach...”, cit., pág. 197; GEORG ANNUß, “AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht...”, cit., pág. 459; THOMAS LAKIES,

colectiva de trabalho, leia-se, o facto de as disposições convencionais assumirem um estatuto próximo do dos preceitos legais e, como tal, a vinculação do trabalhador à disciplina convencional resultar não tanto da vontade das partes – de um acto de adesão –, mas do nexo de representação que liga o trabalhador à associação sindical outorgante ou da determinação do governo, no caso de emissão de portaria de extensão⁷⁰⁸.

Dir-se-ia que o que acaba de se expor não contende nem entra em contradição com o preceito laboral em análise, mais concretamente, com a leitura do inciso final do artigo 105.º do Código do Trabalho, já que este último se refere ao controlo de conteúdos que integram o contrato individual de trabalho (ainda que por remissão para instrumento de regulamentação colectiva de trabalho), os quais, justamente, já poderão ver preenchidas as notas de rigidez, pré-formulação (e generalidade, se for o caso). Contudo, uma análise mais atenta revelará uma intersecção natural entre os dois planos.

De facto, seria no mínimo contraditório que uma disposição convencional ficasse excluída do controlo instituído para as cláusulas contratuais gerais – *ex vi* artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 446/85 (no caso do sistema alemão, *ex* §310 IV 1 do *BGB*) – e o mesmo conteúdo já ficasse sujeito ao controlo se resultasse de uma remissão do contrato individual de trabalho para o instrumento de regulamentação colectiva de trabalho. Em bom rigor, as razões que dão justificação à ausência de controlo da disciplina convencional nos termos do artigo 3.º, alínea e) do Decreto-Lei n.º 446/85 – *rectius*, a garantia de justeza e o respeito pela autonomia colectiva – têm aqui sensivelmente a mesma acuidade, pelo menos no caso das chamadas *remissões declaratórias*⁷⁰⁹. Efectivamente, no caso das *remissões declaratórias* para uma

Vertragsgestaltung und AGB..., *cit.*, pág. 28. Entre nós, regista-se a sumária referência feita por MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, *cit.*, págs. 153 e 154.

⁷⁰⁸ THOMAS LAKIES, *Vertragsgestaltung und AGB...*, *cit.*, pág. 28. Desvaloriza, porém, este argumento RÜDIGER KRAUSE *in* JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse...*, *cit.*, pág. 856.

⁷⁰⁹ Uma cláusula diz-se declaratória quando for inserida num contrato de trabalho de um trabalhador sindicalizado ou que remeta para uma convenção colectiva de trabalho que seja objecto de extensão. Diz-se que, nesse caso, a cláusula tem uma eficácia meramente enunciativa ou informativa. Uma cláusula diz-se constitutiva quando gozar de uma eficácia digna desse nome na relação laboral, sendo, nesse caso, a vontade das partes a sujeitar a relação entre elas estabelecida ao regime de uma

determinada convenção colectiva de trabalho, estamos perante hipóteses em que a aplicação da disciplina convencional, independentemente da remissão estabelecida no contrato individual de trabalho, sempre teria lugar em virtude da filiação do trabalhador no sindicato subscritor da convenção colectiva ou do alargamento produzido pela portaria de extensão. Ora, seria pouco coerente que a disciplina convencional fosse controlada nestes casos apenas pelo facto de ter sido transformada, “incorporada”, no conteúdo do contrato de trabalho. De outro modo, estar-se-ia a potenciar, por essa via, o perigo indirecto de censura sobre a autonomia colectiva (“Tarifzensur”)⁷¹⁰. Impõe-se, portanto, *uma interpretação restritiva da parte final do artigo 105.º do Código do Trabalho que subtraia ao regime das cláusulas contratuais gerais os conteúdos provenientes de remissões meramente declaratórias*⁷¹¹.

convenção colectiva de trabalho. Sobre as diferentes classificações das cláusulas de remissão, ver, entre nós, por todos, BRUNO MESTRE, “Cláusulas de remissão a CCT”, *cit.*, pág. 143 e ss..

⁷¹⁰ Nestes termos, THOMAS LAKIES, *Vertragsgestaltung und AGB...*, *cit.*, pág. 32; GREGOR THÜSING/THOMAS LAMBRICH, “AGB-Kontrolle arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln – Vertragsgestaltung nach der Schuldrechtsreform”, *NZA*, 24/2002, pág. 1362. No sistema alemão, esta conclusão é, aliás, alavancada pelos dados juspositivos. De acordo com o §307 III do *BGB*, o controlo do conteúdo apenas opera perante condições gerais que se desviem de preceitos jurídicos. Por sua vez, o §310 IV 3 do *BGB* estabelece, recorde-se, que as convenções colectivas de trabalho devem ser consideradas preceitos jurídicos no sentido do §307 III. Ora, da articulação entre estes dois preceitos tem a doutrina alemã retirado a conclusão geral segundo a qual os conteúdos contratuais dos contratos individuais de trabalho que resultem de remissões para convenções colectivas de trabalho ficam excluídos do controlo do conteúdo. Em termos sintéticos sustenta-se: se, nos termos do §307 IV 3 do *BGB*, as cláusulas contratuais gerais que apenas reproduzem preceitos jurídicos não estão sujeitas ao controlo do conteúdo, tal exclusão justifica-se também naquelas hipóteses em que a disciplina da relação individual de trabalho resulta da remissão para o conteúdo das convenções colectivas de trabalho. Como assevera REINHARD SINGER, “Arbeitsvertragsgestaltung nach...”, *cit.*, pág. 197, o §307 IV 3 do *BGB*, ao determinar que as disposições das convenções colectivas devem ser consideradas preceitos jurídicos no sentido do §307 III, pretende prevenir que a excepção consagrada no §310 IV 1 possa ser desvirtuada através das meras remissões feitas para convenções colectivas de trabalho. Em termos próximos, veja-se também FRANK BAYREUTHER, “Die Rolle des Tarifvertrags...”, *cit.*, pág. 81.

⁷¹¹ Neste sentido, também, JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, *cit.*, pág. 475 e ss.. Há relativamente a este ponto um amplo consenso na doutrina germânica, como nos dão conta FRANK BAYREUTHER, “Die Rolle des Tarifvertrags...”, *cit.*, pág. 90; THOMAS LAKIES, *Vertragsgestaltung und AGB...*, *cit.*, pág. 61; e JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse...*, *cit.*, pág. 856.

Todavia, reconhece-se, a par das remissões declaratórias, existem as chamadas *remissões constitutivas*. Estão em causa hipóteses em que é a vontade das partes (ou de uma delas...) de remeter para um determinado regime convencional que torna a disciplina convencional aplicável a uma determinada relação laboral, que de outro modo não lhe seria aplicável (em termos simplificados, pelo facto de o trabalhador não estar filiado na associação sindical outorgante ou pela ausência de uma portaria de extensão)⁷¹². Ora, é justamente em relação a estas hipóteses que se pode suscitar a questão da eventual pertinência do controlo instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85 sobre os conteúdos resultantes da remissão, cobrando assim sentido útil a parte final do artigo 105.º do Código do Trabalho.

No entanto, mesmo ao nível das *remissões constitutivas*, a sujeição ao regime das cláusulas contratuais gerais, *maxime*, a submissão ao controlo do conteúdo, pode suscitar ulteriores interrogações. Uma vez mais, trata-se de uma questão que vem concitando o interesse da doutrina alemã, distinguindo-se nesse ordenamento, habitualmente, vários círculos de hipóteses: por um lado, as remissões para convenções colectivas de trabalho competentes (“*Bezugnahme auf einschlägige Tarifverträge*”) e as remissões para convenções colectivas de trabalho não competentes do ponto de vista material e geográfico (“*Bezugnahme auf nicht einschlägige Tarifverträge*”); por outro lado, a separação entre as remissões parciais (“*Teilverweisungen*” ou “*Einzelverweisungen*”) e as remissões globais (“*Globalverweisungen*”).

No que diz respeito ao primeiro ponto, existe na literatura alemã um amplo consenso no sentido de que as remissões para uma convenção colectiva de trabalho que não é a competente em termos funcionais ou geográficos ficam submetidas ao controlo do conteúdo previsto pelo regime das cláusulas contratuais gerais. Parte-se da ideia de que a garantia de “justeza” que a convenção colectiva de trabalho assegura apenas pode ser presumida dentro do seu âmbito de aplicação do ponto de vista funcional, geográfico e mesmo temporal; já não se o conteúdo da convenção for aplicável a outro ramo de actividade, noutra zona geográfica ou mesmo até noutra

⁷¹² Por razões de clareza na exposição, vamos desconsiderar, por instantes, outras vias pelas quais o conteúdo de uma convenção colectiva de trabalho possa ser estendido a trabalhadores não filiados na associação sindical outorgante da convenção colectiva.

conjuntura⁷¹³. Paralelamente, há quem coloque a ênfase no argumento da ingerência na autonomia colectiva (“Tarifzensur”), considerando que, no caso de remissões para convenções não competentes, a existência de um controlo não consubstanciará uma ingerência indevida na autonomia colectiva, dado que estarão em causa relações laborais que os parceiros sociais não manifestaram a vontade de regular⁷¹⁴.

A propósito das chamadas *remissões parciais*, remissões para apenas uma parte da disciplina colectivamente fixada, é também entendimento prevalecente o de que não se assegura, nesse caso, a garantia de “justeza” das condições colectivamente fixadas, existindo o perigo de o empregador, como parte que detém, de facto, o poder de determinar unilateralmente a disciplina contratual, remeter apenas para algumas disposições da convenção colectiva de trabalho que estabelecem condições mais desfavoráveis para o trabalhador, sem a contrapartida que resulta do jogo de cedências mútuas que a negociação colectiva envolve⁷¹⁵. Mais: na sobreposição de pontos de vista que, como acentuámos, caracteriza este campo temático, alguns autores, afirmam, com base no argumento do perigo de censura indirecta, que este último efeito não se produz se o controlo incidir apenas sobre uma parcela da regulamentação convencional⁷¹⁶. Problemática revela-se, no entanto, a questão de saber quando é que estaremos perante uma remissão parcial sujeita a controlo. Segundo alguns deve haver controlo no caso de remissões para regras isoladas (“Einzelverweisungen”), mas já não no caso de remissões para complexos de disposições colectivas que regulem uma determinada matéria

⁷¹³ Cf., entre muitos, FRANK BAYREUTHER, “Die Rolle des Tarifvertrags...”, *cit.*, pág. 91; REINHARD SINGER, “Arbeitsvertragsgestaltung nach...”, *cit.*, pág. 198; GREGOR THÜSING/THOMAS LAMBRICH, “AGB-Kontrolle arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln...”, *cit.*, pág. 1362; WOLFGANG DÄUBLER in WOLFGANG DÄUBLER/ EBERHARD DORNDORF/BIRGER BONIN/OLAF DEINERT, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht...*, *cit.*, págs. 421 e 422; e THOMAS LAKIES, *Vertragsgestaltung und AGB...*, *cit.*, pág. 44.

⁷¹⁴ ALEXANDER WITT, “Keine AGB-Kontrolle tariflicher Regelungen?”, *NZA*, 3/2004, pág. 137.

⁷¹⁵ Cf. FRANK BAYREUTHER, “Die Rolle des Tarifvertrags...”, *cit.*, págs. 91; GEORG ANNUß, “Grundstrukturen der AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen”, *BB*, 24/2006, pág. 1333; WOLFGANG DÄUBLER in WOLFGANG DÄUBLER/ EBERHARD DORNDORF/BIRGER BONIN/OLAF DEINERT, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht...*, *cit.*, págs. 419 e 420; e THOMAS LAKIES, *Vertragsgestaltung und AGB...*, *cit.*, pág. 46. Entre nós, JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, *cit.*, pág. 475.

⁷¹⁶ ALEXANDER WITT, “Keine AGB-Kontrolle tariflicher...”, *cit.*, pág. 138.

(“Teilverweisungen”)⁷¹⁷; outros consideram que qualquer forma de remissão parcial justifica a necessidade de um controlo, por ser essa a interpretação que melhor apoio encontra nos trabalhos preparatórios ⁷¹⁸. Já no caso das remissões globais (“Globalverweisungen”), isto é, remissões para a totalidade da disciplina de uma convenção, o entendimento geral ⁷¹⁹ é o de que aqueles conteúdos, resultado da remissão, não devem estar sujeitos ao controlo de conteúdo ⁷²⁰, por se entender que nesse caso a garantia de “justeza” que envolve a disciplina convencional se encontra de antemão assegurada ⁷²¹.

⁷¹⁷ FRANK BAYREUTHER, “Die Rolle des Tarifvertrags...”, *cit.*, pág. 90. Uma orientação restritiva é também seguida por ALEXANDER WITT, “Keine AGB-Kontrolle tariflicher...”, *cit.*, pág. 138, o qual conclui que o controlo só se justifica nos casos em que estiver em causa uma remissão para uma parte da convenção colectiva de trabalho que os parceiros sociais não teriam celebrado em termos isolados.

⁷¹⁸ Nestes termos, GREGOR THÜSING/THOMAS LAMBRICH, “AGB-Kontrolle arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln...”, *cit.*, pág. 1363; e WOLFGANG DÄUBLER in WOLFGANG DÄUBLER/ EBERHARD DORNDORF/BIRGER BONIN/OLAF DEINERT, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht...*, *cit.*, pág. 422, este último Autor realçando ainda a dificuldade que haveria em discriminar complexos de regras e disposições isoladas.

⁷¹⁹ Assim, FRANK BAYREUTHER, “Die Rolle des Tarifvertrags...”, *cit.*, págs. 91; WOLFGANG DÄUBLER in WOLFGANG DÄUBLER/ EBERHARD DORNDORF/BIRGER BONIN/OLAF DEINERT, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht...*, *cit.*, pág. 420.

⁷²⁰ Mas mesmo ao nível das remissões globais registam-se hesitações. Alguns sectores doutrinários não afastam o cenário de, em caso de remissões globais para convenções colectivas competentes do ponto de vista material e/ou geográfico, os conteúdos contratuais resultantes da remissão para a convenção colectiva de trabalho poderem ser escrutinados, pelo menos, do ponto de vista do imperativo de transparência (§307 I 2 do *BGB*) – nestes termos, THOMAS LAKIES, *Vertragsgestaltung und AGB...*, *cit.*, pág. 45; ou ALEXANDER WITT, “Keine AGB-Kontrolle tariflicher...”, *cit.*, pág. 138.

⁷²¹ Isto independentemente do controlo que possa incidir sobre *as próprias cláusulas de remissão*, às quais, como quaisquer condições contratuais pré-formuladas, podem aplicar-se as regras relativas a cláusulas surpresa, as regras sobre interpretação onde se acolhe o princípio *in dubio contra stipulatorem*, bem como o imperativo de transparência – assim, THOMAS LAKIES, *Vertragsgestaltung und AGB...*, *cit.*, pág. 33. Distingue também o objecto das remissões (“Bezugobjekt”) das cláusulas de remissão (“Bezugnahmeklauseln”) RÜDIGER KRAUSE in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse...*, *cit.*, pág. 860. Em termos idênticos, entre nós, BRUNO MESTRE, “Cláusulas de remissão...”, *cit.*, pág. 160.

Em suma, os argumentos da garantia de “justeza” e o do perigo de ingerência na autonomia colectiva dão, de novo, as mãos para excluir do controlo, *maxime* do controlo de conteúdo, também algumas das hipóteses de remissões constitutivas. Entre nós, apesar da falta de debate doutrinal sobre o ponto⁷²², e da ausência de qualquer referência à questão nos trabalhos preparatórios que antecederam a entrada em vigor do Código do Trabalho, em 2003, pensa-se que tal exclusão também se impõe, por redução teleológica, atendendo à razão de ser do controlo e aos princípios que norteiam o sistema das relações colectivas.

De todo o modo, do exposto é possível concluir que, ainda ao nível deste segmento final do artigo 105.º do Código do Trabalho, a fórmula legislativa utilizada suscita diversas dificuldades, o que uma vez mais contribui para acentuar as reservas quanto à redacção utilizada.

3. Análise do regime jurídico dos artigos 13.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro

Feitas estas observações acerca da aplicabilidade do regime dos contratos de adesão ao contrato de trabalho, dedicaremos as páginas subsequentes à análise do regime de subsistência dos contratos de adesão perante cláusulas reputadas inválidas seja por violação do princípio geral da boa fé (artigo 16.º), seja por violação das normas de proibição (artigos 18.º, 19.º, 21.º e 22.º)⁷²³. Ocupar-nos-emos, portanto, da disciplina que consta dos artigos 13.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 446/85.

Cuidaremos da disciplina que consta dos artigos 13.º e 14.º, não descurando eventuais controvérsias que a interpretação e aplicação da referida disciplina tem suscitado quando o contrato em causa seja um *contrato de trabalho de adesão*. De facto, o artigo 105.º do Código do Trabalho estabelece uma genérica extensão

⁷²² Excepciona-se o contributo de JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, *cit.*, pág. 475.

⁷²³ Como é sabido, os artigos 18.º e 21.º contêm proibições absolutas que se contrapõem às relativas, previstas nos artigos 19.º e 22.º. As primeiras actuam de plano, com abstracção das circunstâncias do caso, as segundas requerem sempre a prévia valoração dessas circunstâncias no quadro do necessário preenchimento e concretização dos conceitos indeterminados que as integram. Sobre a distinção, ver, por todos, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais...”, *cit.*, págs. 1114 e ss..

aplicativa do regime dos contratos de adesão ao contrato de trabalho. Como se viu, não contém qualquer indicação directa nem indirecta no sentido da não aplicação ao contrato de trabalho de alguma(s) da(s) disposições que integram aquele regime. Dir-se-á, pois, *primo conspectu*, que, em face de uma cláusula violadora dos limites de conteúdo impostos pelos artigos 16.º a 22.º do Decreto-Lei n.º 446/85 vale o disposto nos artigos 13.º e 14.º. A simplicidade aparente desta asserção não impede, contudo, que se levantem algumas dúvidas quanto à *aplicação irrestrita*, sem limites, dos referidos preceitos quando o contrato em questão seja o contrato de trabalho de adesão. Algumas questões têm merecido um amplo debate no sistema alemão, debate que tem na base uma razão suplementar, se tivermos em consideração que o §310 IV do *BGB* determina que são aplicáveis aos contratos de trabalho as disposições sobre cláusulas contratuais gerais *tendo na devida conta a necessidade de as adaptar às especificidades do Direito do Trabalho*⁷²⁴. De algumas dessas questões procuraremos dar conta.

Em segundo lugar, tal significa que não será aqui analisado o regime de subsistência dos contratos perante cláusulas consideradas *excluídas* dos contratos, isto é, o regime contido no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 446/85⁷²⁵. De facto, é sabido que o regime especial de tutela do aderente não se esgota na instituição de um controlo do conteúdo das estipulações contratuais. Incide igualmente sobre outros aspectos, nomeadamente, sobre o próprio processo formativo do contrato, cabendo aí um

⁷²⁴ Alguns autores têm vindo a sustentar que o alcance desta norma não estaria apenas relacionado com especificidades ao nível do controlo do conteúdo das cláusulas, mas também com particularismos que se justificassem ao nível das consequências resultantes de cláusulas ineficazes ou excluídas. Neste sentido, HEINZ JOSEF WILLEMSSEN/TIMON GRAU, “Geltungserhaltende Reduktion und “Besonderheiten des Arbeitsrechts””, *RdA*, 6/2003, pág. 326, refere que o preceito em questão, ao determinar aplicáveis aos contratos de trabalho *as disposições* (“dieses Abschnitts”) sobre cláusulas contratuais gerais, abre caminho ao entendimento de que os particularismos se podem verificar em relação a qualquer ponto do regime.

⁷²⁵ Diversamente se passam as coisas no sistema jurídico germânico. O legislador alemão concentrou num único preceito (o §306 do *BGB*), intitulado “Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit”, um regime unitário para os dois problemas. Ou seja, o §306 do *BGB* trata indistintamente do problema da subsistência dos contratos perante cláusulas ineficazes e o problema da conservação dos contratos perante cláusulas excluídas, enquanto entre nós, o artigo 13.º versa apenas sobre o problema da subsistência dos contratos perante cláusulas inválidas, dedicando-se o artigo 9.º à segunda questão, em termos, sublinhe-se, sensivelmente distintos.

conjunto de medidas cujo denominador comum é o de actuar sobre as condições de uma efectiva e consciente liberdade de decisão, impondo ao utilizador a observância de certos deveres de comunicação e informação (artigos 4.º, 5.º, 6.º) e cuja preterição envolve a exclusão das cláusulas dos contratos singulares (artigo 8.º). Sobre as consequências dessa exclusão não nos ocuparemos, com base numa dupla justificação. Uma vez que o objecto da nossa investigação consiste no problema da invalidade parcial, os núcleos temáticos da exposição orientam-se em torno desse elemento. Reputámos, por isso, mais adequado debruçarmo-nos apenas sobre o regime que arranca justamente desse cenário, o da invalidade. Por outro lado, é a propósito do regime de subsistência dos contratos perante cláusulas contratuais gerais inválidas que têm sido sobretudo suscitadas algumas questões acerca das eventuais especificidades laborais, aspecto esse que também não foi indiferente à nossa escolha.

3.1. Pressuposto: a invalidade parcial do contrato

O regime de subsistência dos contratos de adesão regulados nos artigos 13.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 446/85 pressupõe uma contrariedade parcial do contrato com a lei, uma *invalidade parcial* do contrato^{726 727}. A verificação deste cenário é um

⁷²⁶ No caso do modelo português, podemos dizer que a expressão “invalidade parcial” é inteiramente correcta, uma vez que foi com essa sanção – a da invalidade, *rectius*, a da nulidade – que o legislador português optou por qualificar as cláusulas contratuais gerais proibidas (artigo 12.º do diploma). A norma fixa inequivocamente a consequência da nulidade – à semelhança do que se regista no ordenamento espanhol no artigo 8.º da *Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* – e não qualquer outra, como por exemplo, a da ineficácia, como sucede na experiência jurídica alemã (cf. §306 I, §307 I do *BGB*). Qualquer uma das opções se afigura, em termos abstractos, viável. Ponto é que a invalidade *ou* a ineficácia seja meramente parcial.

Aliás, qualquer um destes enquadramentos se mostra também compatível com o quadro comunitário que nesta matéria optou por uma fórmula “aberta” – o artigo 6.º, n.º 1 da Directiva 93/13/CEE estabelece apenas a regra não vinculatividade das cláusulas abusivas em relação ao consumidor –, conferindo assim margem de autonomia aos Estados-Membros a respeito da categoria jurídica a utilizar para alcançar esse resultado. Imperativo é, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, que “se retirem todas as consequências daí decorrentes de acordo com o direito nacional de cada Estado-membro, de forma a que o consumidor não fique vinculado pelas referidas cláusulas” (assim, o Acórdão *Pohotovost*, de 16 de Novembro de 2010, processo C-76/10; e o Acórdão *Banco Español*, de 14 de Junho de 2012, processo C-618/10, ambos disponíveis em

www.curia.europa.eu). Sobre a referida abertura conferida pela Directiva, vejam-se GUIDO ALPA, “Il recepimento della direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1, 1999, pág. 82; e ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva...*, *cit.*, pág. 23. Considerando que a opção do legislador português é, neste ponto, estruturalmente diversa da do legislador comunitário, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral...*, *cit.*, pág. 444.

Curiosa foi, a este propósito, a evolução registada na experiência italiana. A ineficácia foi também a consequência prevista no artigo 1469-*quinquies* do *Codice Civile*, quando o legislador italiano procedeu à transposição da Directiva 93/13/CEE, tendo em vista a adequação o regime italiano ao nível de protecção do consumidor requerido pela directiva em questão. Para esta escolha final terão pesado, na opinião de alguns autores (assim, ANDREA ORESTANO, “I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note”, *Riv. crit. dir. priv.*, ano X, n.º 3, 1992, pág. 492; SALVATORE MAZZAMUTO, “L’inefficacia delle clausole abusive”, *EuropaDP*, 1/1998, pág. 48), as dificuldades que a doutrina da década de setenta do século passado tinha enfrentado em relação ao enquadramento das cláusulas consideradas *vessatorie* nos termos do artigo 1351 do *Codice Civile*. Um dos inconvenientes de ordem material apontados ao remédio da nulidade prendeu-se com a aplicação do artigo 1419/1 do *Codice Civile* e a nulidade total do contrato que a mobilização daquele preceito com toda a probabilidade acarretaria (cf. GIOVANNI FERRI, “Nullità parziale e clausole vessatorie”, *RDCom*, ano LXXV, parte I, 1977, pág.11 e ss.). Este último argumento foi, todavia, criticado, e a nosso ver, bem, por alguns autores (CARLO CASTRONOVO, “Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive”, *EuropaDP*, 1/1998, pág. 38), já que a qualificação do remédio como nulidade não implicaria necessariamente a aplicação do artigo 1419/1, bastando, para o efeito, que o legislador italiano acautelasse de forma expressa a manutenção do contrato “per il resto”. Aliás, o actual *Codice del Consumo*, no artigo 36/1 separa justamente os dois planos, determinando que “Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto”.

⁷²⁷ Uma questão diferente, que não se confunde com aquela exposta no texto, diz respeito ao regime de arguição da invalidade das cláusulas abusivas. O legislador português optou por consagrar a regra segundo a qual as nulidades são invocáveis nos termos gerais numa clara referência ao regime previsto no artigo 286.º do Código Civil (artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 446/85). Significa dizer, primeiramente, que a nulidade se reconduz à figura da nulidade típica, podendo ser invocável a todo o tempo, por qualquer interessado, inclusive pelo próprio utilizador das cláusulas abusivas ou pelos credores de algumas das partes, e por outro lado, que a nulidade pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal, não carecendo, portanto, de impugnação prévia por parte do aderente.

Quanto a este último aspecto – o do conhecimento oficioso – a opção do legislador não tem suscitado particulares reparos (em sentido contrário, porém, manifestou-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral...*, *cit.*, pág. 444), sendo esse, aliás, um reflexo da compreensão de fundo do diploma português, o qual, sob a influência do modelo germânico, é orientado por uma preocupação de satisfação do interesse geral da colectividade de remover do tráfico

negocial cláusulas contratuais gerais abusivas (assim, ANTONIO ALBANESE, “Le clausole vessatorie nel Diritto Europeo dei Contratti”, *EuropaDP*, 3/2013, pág. 721). Paralelamente, mostra-se em perfeita harmonia com aquela que tem sido também a leitura do Tribunal de Justiça a respeito das disposições da Directiva n.º 93/13/CEE, *maxime* o artigo 6.º. O Tribunal já considerou que a faculdade de o juiz apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula constitui um meio adequado para, simultaneamente, atingir o resultado fixado no artigo 6.º da Directiva, isto é, para impedir que um consumidor individual fique vinculado por uma cláusula abusiva, bem como realizar o objectivo visado no artigo 7.º, uma vez que tal apreciação pode ter um efeito dissuasor que contribua para pôr termo à utilização de cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional (cf. o Acórdão *Océano Grupo Editorial SA*, de 27 de Junho de 2000, processos C-240/98 e C-244/98; o Acórdão *Cofidis*, de 21 de Novembro de 2002, processo C-473/00; e o Acórdão *Mostaza Claro*, de 26 de Outubro de 2006, processo C-168/05, colhidos em www.curia.europa.eu). Ademais, trata-se de uma faculdade considerada necessária para assegurar ao consumidor uma protecção efectiva, nomeadamente tendo em conta o risco não despreciando de aquele ignorar os seus direitos ou de ter dificuldade em exercê-los. Na sua jurisprudência subsequente, tem por isso defendido que se impõe, em nome do princípio da efectividade, um *dever de apreciação oficioso* (e tem vindo a alargar progressivamente o âmbito desse dever da acção declarativa ao processo executivo, da primeira instância ao recurso, como atestam, nomeadamente o Acórdão *Pannon*, de 4 de Junho de 2009, processo C-243/08, o Acórdão *Asturcom Telecomunicaciones*, de 6 de Outubro de 2009, processo C-40/08, e, de novo, o Acórdão *Banco Español*, de 14 de Junho de 2012, processo C-618/10, todos acessíveis em www.curia.europa.eu.) Para uma sinopse desta evolução, ver ANA ISABEL PINTO, “O dever de conhecimento oficioso do Direito da União Europeia – em especial as cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 2, 2013, págs. 367 e ss..

Já no que diz respeito à possibilidade de a nulidade ser invocada por qualquer interessado, inclusive pelo utilizador, essa opção já mereceu críticas na doutrina portuguesa – ver LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *cit.*, pág. 41; e ANA PRATA, *Contratos de Adesão e...*, *cit.*, pág. 591; e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral...*, *cit.*, pág. 444 e 445, este último autor considera mesmo que há margem, no plano *de iure condito*, para sustentar um regime de nulidade “*sui generis*” em caso de controlo incidental –, alegando-se *grosso modo* o fundo teleológico em que assenta o Decreto-Lei n.º 446/85. Acresce que a solução contrasta com as orientações que vêm sendo seguidas, de uma maneira geral, na legislação dirigida à tutela do consumidor – pense-se, por exemplo, no artigo 16.º, n.º 2 da Lei de Defesa dos Consumidores que reconhece apenas ao consumidor a legitimidade para invocar a nulidade. Deste ponto de vista, de facto, a bondade da opção do legislador português suscita maior embaraço. É que mesmo que não se impusesse aqui uma solução semelhante à constante na legislação dirigida à tutela do consumidor – uma vez que a perspectiva do diploma português não foi a de identificar o problema dos contratos de adesão com a protecção do consumidor –, não deixa de ser surpreendente que, sendo a opção global do diploma orientada por uma preocupação de tutela do aderente, haja aqui uma orientação oposta. Procura enquadrar esta opção, com apelo a outras soluções pontuais que no diploma apresentam idêntico “tom neutral” JOAQUIM DE SOUSA

aspecto que, no contexto em questão, não suscita particulares dificuldades⁷²⁸. Na verdade, a típica função das cláusulas contratuais gerais consiste na regulação de elementos acessórios (e não a regulação dos elementos essenciais⁷²⁹), daí que este seja um contexto em que o carácter parcial da invalidade (ou se quisermos, a divisibilidade do negócio) não gere particulares problemas⁷³⁰. O fundamento da invalidade não atinge os elementos essenciais do contrato, mas estipulações acessórias, ou seja, a invalidade é, as mais das vezes, uma invalidade parcial, mais concretamente, uma invalidade parcial na modalidade de invalidade de cláusulas acessórias ou secundárias, estando, portanto, à partida verificado o pressuposto que faz desencadear a aplicação do regime previsto nos artigos 13.º e 14.º.

3.2. Âmbito de aplicação: cláusulas contratuais gerais e cláusulas de uso individualizado; controlo incidental vs. controlo abstracto

O regime de conservação do contrato que se analisará de seguida vigora quer nas hipóteses de contratos celebrados com cláusulas contratuais gerais nulas, quer no caso de contratos com cláusulas pré-formuladas unilateralmente, destinadas a uma única utilização. A genérica extensão aplicativa do regime das cláusulas contratuais gerais aos “contratos individualizados” determinada pelo artigo 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 446/85 depõe fortemente a favor dessa leitura⁷³¹. Poderia porventura

RIBEIRO, *O problema do contrato...*, cit., pág. 233, nota 583.

⁷²⁸ Nem tem sido questionada pela doutrina. Assim, designadamente, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, cit., pág. 421; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, cit., pág. 434, Autor que dá como exemplo da chamada “redução sintagmática” (aquela em que o elemento eliminado coincide com uma cláusula ou circunstância não essencial na composição do tipo) o caso das cláusulas contratuais gerais nulas nos termos do Decreto-Lei n.º 446/85. Estranhando a ausência de debate a este respeito, porém, ANA PRATA, *Contratos de Adesão e...*, cit., pág. 285.

⁷²⁹ Como se viu *supra* (parte II, A, capítulo 4, ponto 2), o entendimento dominante é o de que mesmo quando a pré-formulação atinge as prestações principais estas ficarão subtraídas pelo menos do controlo do conteúdo.

⁷³⁰ Em termos idênticos, no sistema alemão, HARRY SCHMIDT in PETER ULMER/ERICH BRANDNER/HORST-DIETHER HENSEN, *AGB-Recht – Kommentar zu den §§305-310 BGB und zum UKlaG*, 11.ª edição, Dr. Otto Schmidt, Colónia, 2011, pág. 448.

⁷³¹ Já outras ordens jurídicas, como a alemã, manifestaram uma opção de base menos generosa, ou pelo menos, mais reservada, no que respeita a aplicação do regime das cláusulas

questionar-se se esta não seria uma matéria em que se justificaria uma tutela diferenciada para o aderente de contratos integrados por cláusulas contratuais gerais e para o aderente de “contratos individualizados”. Ou melhor, se este poderia ser um caso em que se justificaria uma maior tutela do aderente no domínio das cláusulas contratuais gerais. Não foi, porém, essa – parece-nos – a sensibilidade do nosso legislador. Aliás, de um modo geral, portanto não apenas especificamente no quadrante que nos ocupa, denota-se uma acentuada tendência de base para sujeitar as cláusulas contratuais gerais e as cláusulas não negociadas destinadas a uso individual a um regime *tendencialmente unitário*⁷³².

Este entendimento acerca do âmbito de aplicação dos artigos 13.º e 14.º do diploma estende-se, como é bom de ver, ao universo do contrato de trabalho. Quer isto dizer que o regime de conservação do contrato que se analisará de seguida vigora tanto nas hipóteses de contratos de trabalho celebrados com cláusulas contratuais gerais nulas quanto nas hipóteses de contratos de trabalho com cláusulas pré-formuladas destinadas a um uso individualizado⁷³³. Primeiramente, esta interpretação

contratuais gerais às cláusulas pré-formuladas de uso individualizado. Ao estender a aplicação do regime às cláusulas pré-formuladas mas despidas das notas de generalidade e abstracção, como se lhe impunha por força do imperativo de harmonização com os padrões comunitários, o legislador alemão reportou essa extensão (com adaptações) apenas *aos contratos com consumidores* (cf. §306 III 2 do *BGB*). Daí que, de um modo geral, a doutrina afirma que o regime constante do §306 do *BGB* apenas se aplique no domínio das cláusulas contratuais gerais e já não também no caso de cláusulas pré-formuladas de uso individualizado. Só no caso dos contratos de adesão “individualizados” *celebrados com consumidores*, por força de referida remissão específica, o regime do §306 encontra aplicação – assim, HARRY SCHMIDT *in* ULMER, PETER ULMER/ERICH BRANDNER/HORST-DIETHER HENSEN, *AGB-Recht – Kommentar zu...*, *cit.*, pág. 441; PETER SCHLOSSER *in* JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse...*, *cit.*, pág. 178; DORNDORF/BONIN *in* WOLFGANG DÄUBLER/ EBERHARD DORNDORF/BIRGER BONIN/OLAF DEINERT, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht...*, *cit.*, pág. 147.

⁷³² Isto, sem prejuízo de, por força das diferenças estruturais entre as cláusulas não negociadas individualizadas e as cláusulas contratuais gerais, se justificarem, pontualmente, certos ajustamentos na aplicação de algumas normas. Assim, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “O regime dos contratos de adesão...”, *cit.*, pág. 195 e ss..

⁷³³ Note-se que, no sistema alemão, uma vez que os contratos de adesão individualizados apenas são objecto de tutela *quando celebrados com consumidores* (§310 III 2 do *BGB*), poder-se-ia levantar a questão de saber se o regime previsto no §306 do *BGB* (equiparável ao nosso artigo 13.º do diploma) é aplicável a um contrato de trabalho com cláusulas pré-formuladas mas de uso

é confortada pela leitura do próprio artigo 105.º do Código do Trabalho, o qual, ao remeter para o diploma das cláusulas contratuais gerais, não estabelece qualquer diferenciação no tratamento de cláusulas contratuais gerais e cláusulas de uso individualizado, como vimos. Paralelamente, deve registar-se que, se essa foi a opção (deliberada?) do legislador português no contexto dos contratos de adesão em geral, por maioria de razão, deverá valer neste universo mais específico, já que aqui a fundamentação material para uma tutela extensa – que abranja quer os contratos integrados por cláusulas contratuais gerais, quer os “contratos individualizados” – estará, digamos, facilitada.

No caso de cláusulas contratuais gerais, deve observar-se que os preceitos que se analisarão de seguida só valem, pensa-se, para as hipóteses de cláusulas já integradas em contratos singulares, mas já não, quando em causa estiver a verificação judicial, a título preventivo, da legalidade das cláusulas ainda não integradas em contratos singulares. Dito de outra maneira: as disposições aplicam-se no contexto de um *controlo incidental*, mas já não, quando o controlo for o *controlo abstracto* a exercer através da acção inibitória⁷³⁴. A faculdade de opção que é dada ao aderente (artigo 13.º, n.º 1), o preenchimento de lacunas através das regras de integração do negócio jurídico (artigo 13.º, n.º 2), a alusão ao desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé (artigo 14.º), todas estas referências, em suma, só

individualizado. A questão é, no entanto, superada pelo facto de o trabalhador ser considerado, de acordo com aquela que vem sendo a orientação do *Bundesarbeitsgericht* desde 2005 (não isenta de críticas junto de alguma doutrina – sobre a controvérsia, ver WOLFGANG DÄUBLER in WOLFGANG DÄUBLER/ EBERHARD DORNDORF/BIRGER BONIN/OLAF DEINERT, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht...* cit., págs. 26 e ss.), consumidor para efeitos do §13 do *BGB*, e nesta conformidade, destinatário, da protecção reconhecida no §310 III 2, e também no §306 do *BGB*. De todo o modo, deve registar-se que a noção de contrato com consumidor para efeitos do §310 III do *BGB* pressupõe que o consumidor tenha como contraparte um empresário. Tal acontecerá as mais das vezes no domínio laboral, uma vez que o empregador é na maioria dos casos um empresário, mas não necessariamente, como sublinha RÜDIGER KRAUSE in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse...*, cit., pág. 868.

⁷³⁴ Ver o artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 446/85. Sobre a distinção, ver, por todos, ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva...*, cit., págs. 77 e ss..

fazem sentido quando está em causa um controlo incidental, daí justificar-se plenamente, supomos, esta precisão⁷³⁵.

3.3. A conservação do contrato como opção do aderente

Estatui o artigo 13.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 446/85 que o aderente que subscreva ou aceite cláusulas contratuais gerais pode optar pela manutenção dos contratos singulares quando algumas dessas cláusulas sejam nulas⁷³⁶. O alcance, o sentido útil desta disposição é fácil de intuir: reconhece-se ao aderente o poder de decidir do destino do contrato^{737 738}, vedando-se, deste modo, à parte contrária, ao

⁷³⁵No sistema alemão, PETER SCHLOSSER in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse...*, cit., pág. 180, a respeito do §306 II do *BGB*, também afirma que este só se aplica no caso de processos individuais (“Individualprozess”), já que não interessará ao juiz no âmbito do controlo abstracto decidir o que valerá no lugar das cláusulas ineficazes. O mesmo raciocínio acaba por estender-se ao §306 III do *BGB*.

⁷³⁶Uma solução, em tudo semelhante, podemos encontrar na vasta legislação respeitante à protecção do consumidor, designadamente: o artigo 16.º, n.º 3 da Lei de Defesa do Consumidor (aprovada pela Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, e alterada pela Lei n.º 85/98, de 16 de Dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, e pelas Leis n.ºs 10/2013, de 28 de Janeiro, e 47/2014, de 28 de Julho); o artigo 10.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de Maio, (diploma que estabelece o regime jurídico para a conformidade de bens móveis com o respectivo contrato de compra e venda e que transpõe para o ordenamento jurídico interno a Directiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio); o artigo 26.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho, com as alterações introduzidas pelo Decretos-Lei n.º 72-A/2010, de 17 de Junho e pelo Decreto-Lei n.º 42-A/2013, de 28 de Março de 2013 (diploma relativo ao regime do crédito ao consumo, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2008/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril e a Directiva n.º 2011/90/UE da Comissão, de 14 de Novembro); o artigo 14.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Maio, que aprovou o regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores. Muito provavelmente sob a influência do Decreto-Lei n.º 446/85, em todos se reconhece ao consumidor a faculdade de optar pela manutenção do contrato.

⁷³⁷No modelo português, a questão da subsistência do contrato é deixada ao critério subjectivo do aderente. Já noutras ordens jurídicas, a resposta, embora tenha em consideração o presumido interesse do aderente, escapa à valoração subjectiva do mesmo. No sistema alemão, a orientação seguida foi a de determinar, em princípio, a conservação do contrato *ope legis* (“Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder

unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam” – §306 I do *BGB*). Também a *Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, no seu artigo 10.º, determina que “La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.”), opção, de resto, idêntica à que consta do artigo 83.º da *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”). Na experiência italiana, o primitivo regime dos artigos 1341 e 1342 sobre cláusulas abusivas não continha nenhuma disposição específica sobre o ponto, o que abriu o flanco a dúvidas. Só com a transposição da Directiva 93/13/CEE, a questão passou a estar expressamente tratada, primeiramente, no artigo 1469-*quinques* do *Codice Civile*, e depois no artigo 36/1 do *Codice del Consumo* (diploma que integrou parcialmente as disposições do *Codice Civile*), em ambos se prevendo a conservação do contrato como regra.

⁷³⁸ Também não se mostra totalmente despienda uma reflexão acerca da compatibilidade da solução lusa com a Directiva 93/13/CEE, mais concretamente com a disposição-chave prevista no artigo 6.º, n.º 1, a qual, para lá da regra da não vinculatividade das cláusulas abusivas em relação ao consumidor, determina que os Estados-Membros têm o dever de assegurar que “o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas”. A questão cobra sentido na medida em que o Tribunal de Justiça já foi instado a pronunciar-se sobre os critérios em que deve assentar a apreciação da questão da subsistência do contrato, designadamente se essa apreciação deve realizar-se com base em critérios subjectivos, *maxime* o do interesse do consumidor (cf. o Acórdão *Pereničová e Perenič*, de 15 de Março de 2012, processo C-453/10, disponível em www.curia.europa.eu). Ora, nas conclusões apresentadas em 29 de Novembro de 2011, a Advogada-Geral Verica Trstenjak sublinhava que “a visão subjectiva do consumidor em relação ao resto do contrato não qualificado como abusivo não pode ser considerado como critério decisivo para determinar o destino do mesmo”, posição reiterada pelo Acórdão em questão no qual se entendeu que “o artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 93/13/CEE deve ser interpretado no sentido de que, na apreciação da questão de saber se um contrato celebrado com um consumidor por um profissional e que contém uma ou várias cláusulas abusivas pode subsistir sem as referidas cláusulas, o juiz não se pode basear unicamente no carácter eventualmente vantajoso para uma das partes, neste caso o consumidor, da anulação do contrato em causa no seu todo”.

Contudo, esta afirmação não deve, de todo, remeter-nos para um cenário de incompatibilidade entre o direito interno e o direito comunitário. De facto, se bem percebemos, o problema que aí se pôs foi, sobretudo, o de saber até que ponto a questão da eventual destruição do contrato poderia ficar exclusivamente dependente do interesse e da vontade do consumidor. É nesse contexto que a Advogada-Geral entende que uma tal solução atentaria contra a finalidade da Directiva de reestabelecer o equilíbrio das relações (e não a mera destruição), e revelar-se-ia contrária ao princípio da autonomia

predisponente, a prova de uma vontade hipotética contrária à manutenção do contrato. Consagra-se, portanto, um regime de desvio àquele que resultaria da aplicação das regras gerais do Código Civil, *maxime* a do artigo 292.^{o739}.

O preceito requer alguns esclarecimentos quer quanto à fundamentação material da solução, quer quanto à sua extensão ao contrato de trabalho.

Estamos perante uma solução que encontra a sua justificação no fundo teleológico em que assenta globalmente o Decreto-Lei n.º 446/85. Com efeito, a causa da supra-ordenação das várias normas de proibição é a protecção da posição jurídica do aderente (da sua autodeterminação) contra estipulações de que resulte o

contratual e da própria segurança jurídica dos operadores económicos – desonerando de forma discricionária o consumidor das suas responsabilidades e abalando a confiança dos profissionais. Ora, se atentarmos na solução portuguesa, podemos observar que a singularidade da regime português não se identifica com uma solução que contrarie os objectivos da Directiva e ponha em causa de forma desproporcionada os princípios fundamentais mencionados. Primeiramente, porque o que é reconhecido ao aderente é uma faculdade de optar pela manutenção do contrato, não pela sua destruição. Repare-se que, quando essa faculdade não é exercida, a subsistência do contrato vai ser apreciada à luz do instituto da redução (artigo 14.º do diploma), o qual não só estabelece uma presunção favorável à conservação do negócio, como ao seu funcionamento não é alheia a relevância de uma vontade do utilizador. Depois, em última instância, a lei não descarta, mesmo quando atribui relevância à apreciação subjectiva do aderente que outros factores – *maxime* o desequilíbrio das prestações manifestamente contrário à boa fé – possam ser decisivos na apreciação da questão (artigo 14.º do diploma).

⁷³⁹ ANA PRATA, *Contratos de Adesão e...*, cit., pág. 315 começa por colocar a tónica na circunstância de a redução do negócio não depender, por força desta norma, de apreciação judicial, acabando por concluir que “O que tem como corolário a privação da contraparte do direito de invocar e provar a essencialidade desse elemento, opondo-se assim à redução”. Em sentido idêntico, considerando que a opção do aderente prevista no artigo 13.º, n.º 1 representa, no fundo, um regime de invalidade parcial que afasta a faculdade de demonstração da vontade hipotética do predisponente no sentido da invalidade total do negócio, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., pág. 42. No sistema alemão, sistema que, como se disse, optou por uma solução ligeiramente diferente – já que, ao invés de reconhecer a faculdade de opção ao aderente, determina a conservação *ope legis* do contrato (§306 I do *BGB*) –, tem sido esse também o sentido útil apontado pela doutrina para a consagração daquela regra, que é identificada como uma “Sonderregelung”, como uma *lex specialis* de desvio ao §139 do *BGB*. Com este sentido, HARRY SCHMIDT in PETER ULMER/ERICH BRANDNER/HORST-DIETHER HENSEN, *AGB-Recht – Kommentar zu...*, cit., pág. 445; ANJA SCHLEWING in SUSANNE CLEMENZ/BURGGHARD KREFT/RÜDIGER KRAUSE, *AGB-Arbeitsrecht Kommentar*, Dr. Otto Schmidt, Colónia, 2013, pág. 183; e ainda DORNDORF/BONIN in WOLFGANG DÄUBLER/ EBERHARD DORNDORF/BIRGER BONIN/OLAF DEINERT, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht...*, cit., pág. 147.

favorecimento injustificado da posição jurídica do utilizador. Nesta ordem de ideias, julga-se, a intervenção do sistema em matéria de invalidade parcial, impedindo ao utilizador a prova uma vontade hipotética ou conjectural contrária à manutenção do contrato, é uma vez mais o meio de realizar as finalidade(s) da(s) norma(s) imperativa(s) violada(s), de protecção de um dos sujeitos da relação contra o outro – pois, de outro modo, estar-se-ia a favorecer a posição do contraente forte contra a parte que a lei quis proteger⁷⁴⁰. Encontramos, pois, aqui uma significativa convergência com um dos fundamentos que crismou as hipóteses por nós analisadas até ao momento.

⁷⁴⁰Referindo-se sumariamente a este fundamento, entre nós, ANA PRATA, *Contratos de Adesão e...*, cit., pág. 314 e 315; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Conversão...*, cit., pág. 548. Apresentam já uma justificação e um alcance distintos para a solução em análise MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA/ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas Contratuais Gerais...*, cit., pág. 34. Na experiência germânica, salientam que se trata de uma norma que cumpre uma “Schutzfunktion zu Gunsten des Kunden” HARRY SCHMIDT in PETER ULMER/ERICH BRANDNER/HORST-DIETHER HENSEN, *AGB-Recht – Kommentar zu...*, cit., pág. 440; ANJA SCHLEWING in SUSANNE CLEMENZ/BURGGHARD KREFT/RÜDIGER KRAUSE, *AGB-Arbeitsrecht...*, cit., 183. No sistema italiano, na década de sessenta do século passado, quando a única tutela perante cláusulas abusivas se circunscrevia ao regime do artigo 1341 do *Codice Civile*, esta era já uma argumentação desenvolvida por alguns sectores da doutrina para sustentar a não aplicação do artigo 1419/1 do *Codice Civile* em caso de cláusulas abusivas não aprovadas por escrito – cf., a título ilustrativo, GIORGIO DE NOVA, “Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto”, *RDC*, ano XXII, parte II, 1976, pág. 484. Também no direito comunitário, a realização das finalidades de protecção da Directiva 93/13/CEE é vista como a justificação para que a consequência típica, caso se conclua pelo carácter abusivo de uma cláusula, seja a ineficácia da cláusula e a conservação do contrato. O Advogado-Geral Antonio Tizzano, nas conclusões apresentadas em 22 de Setembro de 2005 (Acórdão *Ynos*, de 10 de Janeiro de 2006, processo C-302/04, também acessível em www.curia.europa.eu) sublinhava que: “Esta interpretação é confirmada pela finalidade da disposição em análise e, mais em geral, da directiva. Como acima recordei, esta destina-se mais a reequilibrar a posição contratual do consumidor, impedindo que fique vinculado por uma “cláusula abusiva”, do que a salvaguardar a autonomia contratual das partes, e ainda menos a do profissional que, pelo contrário, tem todo o interesse em libertar-se das obrigações de um contrato que, uma vez reequilibrado, seria para ele menos vantajoso”. Refere também que as finalidades da Directiva seriam postas em causa se, ao invés da conservação do contrato e do reestabelecimento do equilíbrio, a consequência perante a existência de uma cláusula abusiva fosse, em regra, a da nulidade total do contrato, a Advogada-Geral Verica Trstenjak, nas conclusões apresentadas em 29 de Novembro de 2011, e que antecederam o Acórdão *Pereničová e Perenič*, acima citado.

O aspecto inovador, que surge como uma resposta normativa enriquecedora do sistema, reside na circunstância de a tutela dos interesses do aderente não se traduzir em impor a conservação do contrato *aprioristicamente*, mas em reconhecer ao aderente a faculdade de optar pela conservação do contrato. Para esta resposta diferente terá contribuído certamente a valoração que o legislador faz acerca da situação de debilidade contratual do aderente. Por um lado, deve registar-se que o regime de tutela que tem por objecto os contratos de adesão vale independentemente a desigualdade sócio-económica entre as partes, e que a própria debilidade contratual do aderente é sobretudo encarada de um ponto de vista técnico, intelectual e organizativo⁷⁴¹. Por outro lado, convém ter presente que a perspectiva do legislador português não foi a de identificar o problema dos contratos de adesão com o problema da tutela do consumidor, pois, como observa PINTO MONTEIRO⁷⁴², “se é certo que a necessidade de controlar as condições gerais é maior quando a contraparte da empresa é um consumidor, a verdade é que o problema é mais amplo; não se esgota na protecção do consumidor, evidenciando-se também nas relações contratuais entre empresários.” – aspecto que, a nosso ver, também poderá ter contribuído para que a resposta a este nível não tenha assumido o carácter paternalístico da conservação *ope legis*. Aliás, mesmo quando o aderente assume a veste de consumidor, a verdade é que, mesmo dessa óptica, é de admitir que a essencialidade do bem ou serviço em questão não requeira da parte do sistema jurídico uma resposta apriorística de conservação forçada do contrato, ainda que se reconheça que, as mais das vezes, o interesse do consumidor coincidirá com o da conservação do vínculo contratual. Assim, ainda que a posição de aderente tenda a configurar uma situação de dependência carecida de tutela, tudo leva a crer que o legislador não terá reputado que o grau dessa dependência se cifre – necessariamente ou pelo menos de forma apriorística – na conservação da relação contratual. A valoração dessa *nuance*, alicerçada nas coordenadas acabadas de enunciar, conduziu a que se tenha optado por recorrer a um instrumento mais flexível, o reconhecimento de um direito de opção. Foi esta a resposta que se perfilou mais adequada à equilibrada ponderação dos interesses em presença, e que, a nosso ver, se mostra passível de integrar em termos

⁷⁴¹ Cf. AURELIO GENTILI, “La “nullità di protezione””, *EuropaDP*, 1/2011, 2011, págs. 81 e 82.

⁷⁴² ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores”, *Revista de derecho mercantil*, n.º 219, 1996, pág. 81.

de “convivência correlativa numa totalização integrante”⁷⁴³ com os restantes elementos do sistema⁷⁴⁴.

⁷⁴³ Nas palavras de ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, vol. II, BFDUC, Coimbra, 1979, pág. 99.

⁷⁴⁴ Diversamente, não reconhecemos particular vantagem na solução propugnada por alguma doutrina nacional de reconhecimento de um direito de o aderente optar pela invalidade total do contrato. Segundo LUÍS MENEZES LEITÃO (*Direito das Obrigações, cit.*, pág. 43) “pelo menos no caso em que o uso de cláusulas contratuais gerais conduza a um desequilíbrio das prestações gravemente atentatório da boa fé, deveria permitir-se ao aderente a opção pela invalidade total do contrato, em vez do forçado aproveitamento negocial que a lei lhe impõe. Essa solução da nulidade total é, aliás, admitida no artigo 9.º, n.º 2 LCCG, para um caso de menor gravidade que é a exclusão de cláusulas não comunicadas, ou que não se possam considerar como tendo sido efectivamente conhecidas pelo aderente”.

Temos dificuldade em reconhecer vantagens nesta solução propugnada de *iure condendo*. Primeiramente, cumpre assinalar que o regime não impõe o aproveitamento forçado do negócio ao aderente, mas reconhece-lhe a faculdade de optar pela manutenção do contrato, o que tem um significado distinto. Depois, parece-nos útil estabelecer uma distinção entre dois planos: o do uso de cláusulas contratuais gerais conduzir, pelo conteúdo formulado pelo utilizador, a um resultado atentatório da boa fé e, coisa diferente, o da conservação do contrato na parte válida (portanto, sem cláusulas abusivas) conduzir a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé. Ora, se o que está em causa é o primeiro cenário, não vemos razão para que a solução actual seja criticável. Ante um contrato com cláusulas contratuais gerais abusivas inválidas, o aderente tem a faculdade de optar pela manutenção do contrato. Exercendo essa faculdade, o contrato, expurgado das referidas cláusulas, manter-se-á, à partida, em termos que não lhe são prejudiciais. Se o que está em causa é o segundo cenário – o facto de a manutenção do contrato na parte válida (portanto, expurgadas as cláusulas abusivas) poder conduzir a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé –, essa situação é também acautelada no regime actual através da solução prevista no artigo 14.º, como veremos mais adiante. Não se estabelece a invalidade total do contrato (como sucede no artigo 9.º do diploma), mas desencadeia-se a aplicação do regime comum da redução, o que significa que qualquer das partes, *predisponente e aderente*, podem provar uma vontade hipotética contrária à conservação do contrato. Acresce a estas considerações que esse resultado também não parece imposto pelo próprio direito comunitário em matéria de cláusulas abusivas, já que, como bem observou a Advogada-Geral Verica Trstenjak, nas conclusões apresentadas em 29 de Novembro de 2011, no processo *Pereničová e Perenič* (acima referenciado), “a Diretiva não dá qualquer indicação literal de que se deva produzir a nulidade de todo o contrato quando isso seja mais favorável ao consumidor. Pelo contrário, o modo como esta disposição está redigida permite concluir que o legislador da Diretiva apenas pretendia impor a nulidade do contrato, no seu todo, em determinados casos excepcionais”. Considerando que a

Quanto à aplicação da referida solução no contexto do contrato de trabalho de adesão, muito embora a questão não tenha sequer despertado o interesse da doutrina nacional, pensa-se que a solução em causa é aquela que também vigora neste domínio⁷⁴⁵. Não só a genérica extensão aplicativa do artigo 105.º do Código do Trabalho depõe nesse sentido como igualmente não se descortinam razões substanciais para sustentar *de iure condito* nem *de iure condendo* desvios a esse desfecho. O reconhecimento de um direito de opção do aderente-trabalhador é uma solução com intenção tuteladora que assegura de modo adequado os interesses do aderente-trabalhador.

3.4. O modo de conservação do contrato: conservação+eliminação e conservação+ substituição

O artigo 13.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 446/85 apenas dispõe acerca do critério que decide da conservação do contrato parcialmente inválido. Questão distinta é a de saber em que termos é assegurada essa conservação.

Pode acontecer, hipótese pouco frequente, que a mera eliminação da cláusula inválida se afigure como um cenário adequado e suficiente à execução do contrato. Quando assim for, a expurgação da estipulação inválida sem qualquer regulamentação substitutiva esgota a questão em apreço⁷⁴⁶.

Não é, porém, este o cenário mais comum. As mais das vezes os aspectos regulados através das estipulações nulas constituem aspectos relevantes para a execução do negócio e prossecução dos interesses neles envolvidos, justificando por

protecção do regime actual é a protecção justificada, ainda que com base em pontos de vista não inteiramente coincidentes com os expostos, ANA PRATA, *Contratos de Adesão e...*, cit., pág. 315 a 317.

⁷⁴⁵ Tem sido esta também a orientação na literatura alemã, desde que o sistema estendeu a aplicação do regime das condições contratuais gerais ao contrato de trabalho. Assim, por todos, DORNDORF/BONIN *in* WOLFGANG DÄUBLER/ EBERHARD DORNDORF/BIRGER BONIN/OLAF DEINERT, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht...*, cit., pág. 147.

⁷⁴⁶ Refere-se a esta possibilidade, mas num contexto distinto, o da exclusão de cláusulas por violação dos deveres de comunicação e de informação, RAÚL VENTURA, “Convenção de arbitragem e cláusulas contratuais gerais”, *ROA*, ano 46, 1986, pág. 40. Repare-se que, num certo sentido, amplo, mesmo nestas situações haverá sempre uma “substituição”. O Autor dá o exemplo de uma cláusula compromissória excluída do contrato, caso em que valerá, em alternativa, o regime geral de competência dos tribunais judiciais.

isso a substituição do conteúdo da cláusula nula por um outro conteúdo. É nesse contexto que o n.º 2 do artigo 13.º do diploma é chamado à colação. Dele resulta que a manutenção de tais contratos implica a vigência, na parte afectada, das normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos⁷⁴⁷.

⁷⁴⁷ Solução análoga encontramos no §306 II do *BGB* (“Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften“). Não estamos, pensa-se, perante soluções incompatíveis com o Direito da União, mais concretamente, de novo, com o mandato que decorre do artigo 6.º da Directiva 93/13/CEE, segundo o qual os Estados-Membros têm o dever de assegurar “que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas”. É verdade que esta leitura foi recentemente posta em causa, pelo menos no que respeita aos contratos celebrados com consumidores, pelas pronúncias do Tribunal de Justiça – o Acórdão *Banco Español*, acima citado, e o Acórdão *Dirk Frederic Asbeek Brusse*, de 30 de Maio de 2013, processo C-488/11, também disponível em www.curia.europa.eu. No primeiro caso, o Tribunal da União foi instado a decidir se o artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 93/13/CEE se opõe à legislação de um Estado-Membro, como o artigo 83.º do *Real Decreto Legislativo 1/2007*, de 16 de Novembro (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*), que permite ao tribunal nacional, quando declara a nulidade de uma cláusula abusiva constante de um contrato celebrado entre um profissional e um consumidor, integrar o referido contrato modificando o conteúdo dessa cláusula. No segundo, questionava-se, no essencial, se o artigo 6.º da Directiva pode ser interpretado no sentido de que permite a um juiz nacional, quando tenha determinado o carácter abusivo de uma cláusula penal, em vez de afastar a aplicação da referida cláusula, limitar-se a reduzir o montante da pena por ela prevista, como o autoriza o direito nacional e o consumidor o pediu. Em ambos os casos, o órgão jurisdicional concluiu que o juiz nacional não estaria autorizado a modificar o conteúdo da cláusula. Não cremos, porém, que o sentido destas decisões seja decisivo para se concluir por uma incompatibilidade do direito nacional com o Direito da União. Se atentarmos na argumentação desenvolvida nos acórdãos (e nas conclusões dos advogados-gerais), devemos observar que a exclusão de uma faculdade de modificação judicial encontra, no entender do Tribunal, a sua justificação na realização dos objectivos da Directiva. Pode ler-se no Acórdão *Dirk Frederic Asbeek Brusse*: “se fosse possível ao tribunal nacional modificar o conteúdo das cláusulas abusivas que figuram em tais contratos, tal faculdade poderia afetar a realização do objetivo a longo prazo previsto no artigo 7.º da diretiva, uma vez que enfraqueceria o efeito dissuasivo exercido sobre os profissionais, decorrente da pura e simples não aplicação ao consumidor de tais cláusulas abusivas”. E no Acórdão *Banco Español* “[os profissionais] seriam tentados a utilizar as ditas cláusulas, sabendo que, mesmo que elas viessem a ser invalidadas, o contrato poderia sempre ser integrado, na medida do necessário, pelo tribunal nacional de modo a garantir o interesse dos ditos profissionais”. Pois bem. A nosso ver, essas finalidades seriam postas em causa (ou poderiam ser postas em causa) se o direito nacional autorizasse a chamada “redução conservadora” – cremos que é

Em primeira linha, a lei determina que a substituição do conteúdo da cláusula nula seja feita mediante a adopção das normas à partida qualificadas como supletivas ou dispositivas, aquelas que, de acordo com a classificação que toma como ponto de referência a autonomia privada, podem ser afastadas pela vontade das partes⁷⁴⁸. A respeito deste modo de substituição, não se registam particularidades dignas de nota.

sobretudo com esse alcance que devem ser entendidas as objecções do Tribunal. Mas, como veremos já de seguida, a opção do legislador português foi, justamente, para obviar os efeitos distorcivos de uma operação de redução conservadora, a de vedar essa redução e consagrar como solução alternativa a de aplicação do direito dispositivo. Ora, esta última, como também teremos a oportunidade de dar conta nas páginas subsequentes, distingue-se da redução conservadora, do ponto de vista dos objectivos e dos resultados a que conduz. Assim sendo, e tendo em consideração que o objectivo prosseguido pelo legislador da União no quadro da Directiva 93/13 consiste em restabelecer o equilíbrio entre as partes, mantendo ao mesmo tempo, em princípio, a validade da totalidade do contrato, julgamos que a solução consagrada no nosso direito interno se mostra adequada ao direito comunitário. Assim, também, HARRY SCHMIDT *in* PETER ULMER/ERICH BRANDNER/HORST-DIETHER HENSEN, *AGB-Recht – Kommentar zu...*, *cit.*, pág. 444; e ANJA SCHLEWING *in* SUSANNE CLEMENZ/BURGGHARD KREFT/RÜDIGER KRAUSE, *AGB-Arbeitsrecht...*, *cit.*, 185, a respeito da solução consagrada no §306 II do *BGB*. Neste sentido, veja-se ainda PETER SCHLOSSER *in* JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse...*, *cit.*, pág. 183, o qual considera que a decisão do Tribunal de Justiça deve ser interpretada restritivamente, e apela a uma delimitação entre interpretação complementadora e redução conservadora. Esta orientação foi, aliás, já seguida pelo *Bundesgerichtshof* numa decisão recente de 23 de Janeiro de 2013 (*NJW*, 14/2013, págs. 991 e ss.).

⁷⁴⁸ As expressões são usadas neste contexto como equivalentes, pese embora se reconheça que, segundo algumas classificações doutrinárias, a categoria das normas supletivas surgiria como uma sub-espécie das normas dispositivas – *vide supra*, parte II, A, capítulo 1, ponto 4.2. Mais interessante até, no contexto em que nos movemos, nos parece uma outra diferenciação que, por vezes, vem sendo feita doutrinariamente ao nível das normas supletivas ou dispositivas, segundo a qual importaria distinguir as regras supletivas fundadas em razões de justiça ou razoabilidade objectivas, e aquelas outras fundadas já numa simples presunção de ser essa a mais frequente ou mais provável vontade das partes (sobre a distinção, *vide*, por exemplo, FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos e...*, *cit.*, pág. 123, nota 272). O diploma, ao dispor genericamente sobre as normas supletivas, não parece dar margem para este tipo de distinção. Pode, em todo o caso, questionar-se se não serão sobretudo as primeiras que são tidas em conta para este efeito. Isto se pensarmos que, através de medidas como o regime dos contratos de adesão, o legislador pretende a recuperação de uma certa justiça contratual, e refrear práticas distorcivas que põem em causa a eficácia ordenadora do sistema jurídico (aspecto, então, particularmente visível quando estão em causa cláusulas contratuais gerais), repondo a vigência de uma ordenação legislativamente equilibrada.

Como preceitos dispositivos, incluem-se, desde logo, as normas supletivas dos contratos típicos⁷⁴⁹, assim como as normas supletivas do direito geral das obrigações. Cabe também uma referência às normas interpretativas materiais, normas que fixam o significado das declarações negociais nos chamados “em caso de dúvida”. Também estas, na medida em que as cláusulas contratuais gerais ficcionem o significado das declarações negociais em termos proibidos⁷⁵⁰, podem valer no lugar das estipulações nulas⁷⁵¹.

Subsidiariamente, pode haver lugar à aplicação das regras de integração do negócio jurídico⁷⁵². O recurso às regras da integração pressupõe, nesta conformidade,

⁷⁴⁹ As quais podem ser aplicáveis directamente ou por analogia. Ver CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pág. 455.

⁷⁵⁰ V.g. o artigo 19.º, alínea d) do Decreto-Lei n.º 446/85 que considera proibidas as cláusulas contratuais gerais que imponham ficções de recepção, de aceitação ou de outras manifestações de vontade com base em factos para tal insuficientes.

⁷⁵¹ Referindo as normas interpretativas como normas que configuram elementos de integração do negócio jurídico em geral, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, cit., pág. 460. No sistema alemão, a generalidade da doutrina também reconhece que as “Auslegungsregeln” integram a categoria dos preceitos dispositivos para preenchimento das lacunas no quadro do §306 II do *BGB* – assim, HARRY SCHMIDT in PETER ULMER/ERICH BRANDNER/HORST-DIETHER HENSEN, *AGB-Recht – Kommentar zu...*, cit., pág. 466; ou PETER SCHLOSSER in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse...*, cit., pág. 181.

⁷⁵² O §306 II do *BGB* dispõe apenas que, quando as condições gerais são excluídas ou ineficazes, o conteúdo do contrato orienta-se pelos preceitos legais (“gesetzlichen Vorschriften”), não fazendo menção expressa (contrariamente ao que sucede na ordem jurídica portuguesa) ao recurso às regras da integração. Numa fase inicial, este silêncio legislativo suscitou dúvidas. Enquanto a jurisprudência via com bons olhos que, na ausência de um preceito dispositivo, pudesse o juiz fixar uma solução equilibrada dos interesses através da interpretação complementadora (“ergänzende Vertragsauslegung”), vários autores, entre eles, TRINKNER e LÖWE, consideravam inadmissível o recurso àquelas regras – sobre este dilema, HERMANN-JOSEF BUNTE, “Ergänzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit von AGB-Klauseln”, *NJW*, 20/1984, págs. 1145 e ss.. Já no actual contexto, a orientação maioritária, tanto na doutrina como na jurisprudência, é no sentido de que, na ausência de preceitos dispositivos, o preenchimento da lacuna se pode fazer com recurso às regras da interpretação complementadora, já que este é um expediente que também permite a reposição de uma certa justiça contratual, para além de contribuir para evitar o cenário de destruição total do contrato que sempre se poderá colocar em caso de mera eliminação das cláusulas ineficazes. Apenas subsistem *nuanças* entre aqueles que consideram que tal resultado interpretativo decorre do próprio §306 II – porque através da expressão “gesetzlichen Vorschriften” se estabelece uma remissão para o §157 do *BGB* – e aqueles que

a verificação de dois pressupostos. Por um lado, a ausência de preceitos dispositivos que contenham uma concreta regulação material que possa ser directamente aplicável no lugar das estipulações inválidas – o que, a nosso ver, tanto poderá verificar-se naquelas hipóteses em que não existe de todo um preceito dispositivo mobilizável (imagine-se que a regulação nula prevista pelas partes tenha constituído um aspecto inovador, nem sequer previsto em termos de regulamentação legislativa) como também nas hipóteses em que a lei fornece um critério ou regime supletivo, mas este, pela indeterminação do seu alcance prescricional, não poder funcionar com suficiente precisão como solução que se subroge à previsão contratual nula⁷⁵³. Por outro, e uma vez mais, necessário se torna que a mera eliminação da estipulação nula não permita uma solução adequada, atendendo aos interesses de ambas as partes⁷⁵⁴.

entendem que tal possibilidade, não decorrendo do próprio §306 II, não é por este vedada e não necessita de consagração expressa (sobre o ponto, favorável a este segundo entendimento HARRY SCHMIDT *in* PETER ULMER/ERICH BRANDNER/HORST-DIETHER HENSEN, *AGB-Recht – Kommentar zu...*, *cit.*, págs. 473 e 474). Note-se ainda que o obstáculo tradicionalmente invocado contra a admissibilidade do recurso à interpretação complementadora esteve ligado ao papel que esta última assumiria muito próximo do desempenhado pela redução conservadora, proibida no domínio dos contratos de adesão, como teremos a ocasião de expor já de seguida. Uma reflexão aturada sobre as duas figuras acabaria por permitir estabelecer uma delimitação entre as mesmas e, dessa forma, legitimar uma maior abertura ao funcionamento das regras da integração neste contexto.

⁷⁵³É que, como bem observa PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, *cit.*, pág. 384, “[Na interpretação complementadora] as lacunas que lhe estão na origem são sempre, de certo modo, em simultâneo, subjectivas e objectivas, existem no contrato e no direito dispositivo”.

⁷⁵⁴Tem sido esta a orientação dominante seguida pelo *Bundesgerichtshof* (cf. HARRY SCHMIDT *in* PETER ULMER, PETER/ERICH BRANDNER/HORST-DIETHER, *AGB-Recht – Kommentar zu...*, *cit.*, pág. 471), e, em geral, a posição em que enfileira o *Bundesarbeitsgericht*. Curiosamente, a partir de 2006, vieram a lume um conjunto de decisões deste último tribunal que introduziram um pressuposto mais rigoroso e controverso (com algum eco também no *Bundesgerichtshof*), segundo o qual o recurso à interpretação complementadora só poderia ter lugar quando a conservação do contrato sem a cláusula inválida se apresentasse como um sacrifício inexigível (“unzumutbare Härte”) para o utilizador nos termos do §306 III (cujo conteúdo se aproxima, como veremos mais adiante, sensivelmente do nosso artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 446/85). Uma vez mais, o argumento principal para sustentar esta posição baseou-se na ideia de que, aproximando-se a interpretação complementadora de uma redução conservadora, e sendo esta última contrária ao objectivo de prevenção prosseguido pelo regime das cláusulas contratuais gerais (*vide infra*, parte II, A, capítulo 4, ponto 3.5.), também o recurso à interpretação complementadora deveria ser perspectivada como uma medida de uso excepcional. Trata-se de uma proposta interpretativa que suscitou fortes críticas naquele espaço jurídico (em tom crítico,

Verificadas as referidas condições, a remissão para as regras de integração do negócio jurídico não suscita aqui particulares desenvolvimentos, pelo menos à primeira vista. O ponto de partida é o de que a integração se deve processar em conformidade com as regras gerais aplicáveis aos negócios jurídicos, e portanto, que a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade hipotéticas das partes ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta.

Mas dizer isto não significa que não se possam levantar dúvidas pertinentes a respeito dos critérios com base nos quais esse apuramento é feito, em consonância com a especificidade que aqui se joga. É nesse contexto que surge a questão de saber se a integração se poderá realizar tendo em conta o que as partes concretas teriam querido, tendo em conta as suas representações individuais, ou se esta será uma hipótese em que necessariamente a actividade integrativa é realizada de acordo com o que o seria de atribuir objectivamente a sujeitos honestos e razoáveis, em conformidade com os ditames da boa fé.

Sem prejuízo de uma maior reflexão que o ponto necessariamente exige, supomos que para este efeito particular, deve ser a segunda orientação a ser acolhida⁷⁵⁵. Por um lado, repare-se, não faria muito sentido neste contexto indagar da vontade hipotética das partes concretamente contratantes, quando a vontade efectiva das mesmas – ou melhor, de uma delas, a do utilizador – chegou a ser manifestada na elaboração do regulamento contratual através das cláusulas que foram consideradas

vejam-se as lúcidas observações de KATHARINA UFFMANN, “Die Unzumutbarkeitsschwelle als neue Voraussetzung einer ergänzenden Vertragsauslegung im Arbeitsrecht? Zur Abkehr des BAG von der grundsätzlichen Zulässigkeit richterlicher Vertragsergänzung”, *RdA*, 3/2011, págs. 157 e ss.) e que, mesmo entre nós, enfrentaria alguns obstáculos, desde logo, o de nada no teor do texto legal apontar para a precedência de um desequilíbrio grave entre as prestações para legitimar o recurso às regras da integração, antes o contrário. De todo o modo, e uma vez que o problema se articula com aquele outro da proibição de redução conservadora, que analisaremos nas páginas seguintes, remetemos para esse momento a análise mais aprofundada da questão.

⁷⁵⁵ Com um sentido próximo, na doutrina alemã, HARRY SCHMIDT *in* PETER ULMER, /ERICH BRANDNER/HORST-DIETHER HENSEN, *AGB-Recht – Kommentar zu...*, *cit.*, pág. 469; DORNDORF/BONIN *in* WOLFGANG DÄUBLER/ EBERHARD DORNDORF/BIRGER BONIN/OLAF DEINERT, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht...*, *cit.*, pág. 158. Cf. também as decisões do *Bundesgerichtshof* de 22 de Dezembro de 2003 (*NJW-RR*, n.º 4, 2004, págs. 262 e ss.), de 18 de Julho de 2007 (*NJW-RR*, n.º 24, 2007, págs. 1697 e ss.), ou do *Bundesarbeitsgericht* de 7 de Dezembro de 2005 (*NZA*, n.º 8, 2006, págs. 423 e ss.).

inválidas em razão do controlo do conteúdo⁷⁵⁶. Por outro lado, se tivermos em consideração que o objectivo de uma disciplina que regula as consequências do carácter abusivo das cláusulas é a reposição de um equilíbrio entre os direitos e deveres dos contratantes, a reposição de uma certa justiça contratual, pensa-se que essa é a orientação, numa interpretação teleologicamente comprometida, mais adequada.

3.5. O problema da proibição de redução conservadora: argumentos fundamentais; algumas observações críticas; a aplicação da proibição em Direito do Trabalho

I – Ao estatuir a aplicação do direito dispositivo no lugar das cláusulas inválidas, o legislador português parece ter afastado, à semelhança do sucedido na experiência jurídica germânica (através do §306 II do *BGB*), a possibilidade de a conservação do contrato poder ser viabilizada através da vigência, na parte afectada, de um conteúdo correspondente à medida tolerável ou admissível de acordo com a lei.

De facto, a substituição das cláusulas inválidas pelos preceitos supletivos não constituiria, pelo menos em tese, a única forma de viabilizar a conservação do contrato. Equacionável seria também que essa conservação pudesse ter lugar através de uma operação de substituição da cláusula nula por um conteúdo correspondente à medida tolerável, de acordo com o padrão imperativo violado ou, como outros preferem designar, através de “redução conservadora da eficácia da cláusula” dentro de limites admissíveis, aquilo que vem sendo apelidado genericamente pela literatura alemã de “geltungserhaltende Reduktion”⁷⁵⁷.

⁷⁵⁶ JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse...*, cit., págs. 183 e 184.

⁷⁵⁷ A generalizada utilização da expressão no discurso doutrinal não se tem feito acompanhar de um equivalente empenho na dilucidação do seu exacto alcance jurídico. E a ambiguidade é reconhecida nos quadros da própria doutrina germânica. ANJA SCHLEWING, “Geltungserhaltende Reduktion und/oder ergänzende Vertragsauslegung im Rahmen der AGB-Kontrolle arbeitsvertraglicher Abreden?”, *RdA*, 2/2011, pág. 94, refere que a expressão tanto é utilizada para designar um resultado ou um objectivo, como para descrever o método para alcançar esse resultado (a mesma crítica fora já evidenciada por CHRISTOPH KRAMPE, “Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertagsklauseln – Eine Bestandsaufnahme zur neueren Rechtsprechung und Literatur”, *AcP*, 194, 1994, pág. 18). A falta de uniformidade conceitual é apontada por KATHARINA UFFMANN, *Das Verbot der geltungserhaltenden*

Trata-se de uma alternativa não meramente teórica, mas com efeitos práticos, pelo menos dum determinado círculo de hipóteses. Haja em vista, por exemplo, o caso das cláusulas que limitam ou excluem a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou incumprimento defeituoso, do devedor em caso de dolo ou culpa

Reduktion, Mohr Siebeck, 2010, pág. 212, como prejudicial já que tanto pode contribuir para realçar divergências doutrinárias artificiais, como também ocultar discussões substantivas importantes.

Em termos genéricos, a expressão designa um determinado objectivo, finalidade – o de, no lugar de uma cláusula formulada em termos inadmissíveis e excessivos, permitir ficar uma cláusula com um conteúdo dentro dos limites permitidos pela lei, a fim de proporcionar a conservação do negócio. Mas mesmo a este nível, surgem divergências quanto ao modo como a referida operação é enquadrada dogmaticamente.

Segundo a compreensão dominante na doutrina e jurisprudência alemãs, e de certa maneira acompanhada por alguns autores nacionais, a redução conservadora encerra uma operação de aproveitamento parcial de uma cláusula, uma possibilidade de restringir o alcance da cláusula infractora, por forma a contê-la dentro do admissível, salvaguardando a sua validade. De acordo com este enquadramento, a expressão identifica uma operação (hermenêutica?) de salvar parcialmente a cláusula, afastando um cenário de invalidade total da mesma (e dessa maneira, precludindo o problema da própria conservação do contrato). Em bom rigor, apresenta-se como uma alternativa à invalidade total da própria cláusula, como uma alternativa a um cenário de “Alles-oder-Nichts-Rechtsfolge”. Por vezes, a jurisprudência reconduz a possibilidade de uma redução conservadora ao apuramento da vontade real ou hipotética das partes (com base nos §§ 139, 140 e 157 do *BGB*); outras vezes considera que a mesma resultará de uma prescrição legal. Referindo-se à redução conservadora como uma alternativa à invalidade total da cláusula, WOLFGANG HROMADKA, “Schuldrechtsmodernisierung und Vertragskontrolle...”, *cit.*, pág. 2529; JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade e garantia...”, *cit.*, pág. 120, nota 36; ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva...*, *cit.*, pág. 264; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral...*, *cit.*, pág. 447; e ainda SÓNIA DE CARVALHO, “A Redução Conservadora da Eficácia das Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Face ao Regime das Cláusulas Contratuais Gerais”, *Prémio Dr. Lopes Cardoso – Trabalhos premiados*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 542.

Já numa visão dogmática ligeiramente distinta, a expressão descreve o processo através do qual uma cláusula reputada inválida – porque formulada em termos excessivos – é substituída por um conteúdo em dentro dos limites permitidos pela lei. Note-se que, nesta visão, os termos excessivos, desproporcionados com que a cláusula é formulada determinam a invalidade da mesma. A redução conservadora encerra o processo de substituição da cláusula inválida por um conteúdo dentro dos limites toleráveis de acordo com a lei, alternativo, portanto, à substituição da cláusula inválida pela aplicação do direito dispositivo.

grave, proibidas nos termos do diploma⁷⁵⁸. Se se fizesse valer uma solução de redução conservadora, tal significaria que a cláusula de exclusão da responsabilidade estipulada seria substituída por uma que admitia a exclusão ou a limitação da responsabilidade dentro dos limites toleráveis, leia-se, em caso de culpa leve. Fazendo apelo à aplicação do direito dispositivo, o predisponente passará a ter de responder segundo o regime geral, isto é, qualquer que seja o grau de culpa.

Ora, em face destas duas possibilidades, o legislador português, sob influência do sistema alemão, terá julgado preferível a aplicação do direito dispositivo, travando o funcionamento da redução conservadora⁷⁵⁹.

⁷⁵⁸Cf. o artigo 18.º, alínea c) do Decreto-Lei n.º 446/85. Ou ainda o artigo 18.º, alínea d) do mesmo diploma, respeitante às cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade por actos de representantes ou auxiliares.

⁷⁵⁹ Sobre a interacção sistemática entre o §306 II do *BGB* e a proibição de redução conservadora, ver, designadamente, HEINZ JOSEF WILLEMSSEN/TIMON GRAU, “Geltungserhaltende Reduktion...”, *cit.*, pág. 324; STEFAN LINGEMANN, “Allgemeine Geschäftsbedingungen...”, *cit.*, pág. 186. Entre nós, essa relação é estabelecida, ainda que de modo não totalmente explícito, por JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade e garantia...”, *cit.*, pág. 120; e também por ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva...*, *cit.*, pág. 265, quando o Autor observa que “o recurso à redução da cláusula iludiria a ordenação legal do efeito jurídico das proibições que aponta para a aplicação do direito dispositivo como consequência normal da nulidade, pois impediria, na maior parte dos casos, que surgisse uma lacuna necessitada de preenchimento pela via do direito dispositivo”. Já por exemplo, SÓNIA DE CARVALHO, “A Redução Conservadora da Eficácia...”, *cit.*, págs. 543 e ss., não vê obstáculos no direito vigente à possibilidade de redução conservadora da eficácia (no caso das cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade). Considerando como não decisivos os argumentos invocados contra a redução conservadora, a solução que a Autora propõe é a de aplicar o disposto sobre a subsistência dos contratos singulares (artigos 13.º e 14.º do diploma) “não a um nível macro, como quando está em causa a nulidade de uma cláusula face ao contrato em que esta se insere, mas a um nível micro, estando em causa a nulidade de uma cláusula por ter ultrapassado os seus limites legais”. Escreve: “Assim, perante uma cláusula destas, deve ser operada, por força do n.º 2 do artigo 13.º e 14.º, do regime das Cláusulas Contratuais Gerais, a sua redução à parte válida, e à semelhança do regime geral de redução previsto no art. 292.º do CC para o qual o art. 14.º remete, tal redução é automática, mantendo-se o ónus da prova do lado de quem se opõe à redução, com a possibilidade de o aderente, ao opor-se, ver o seu direito afastado por abuso de direito, por essa oposição se traduzir numa violação da boa fé” (pág. 544). Ora, mesmo que se possa vir a reconhecer que alguns dos argumentos contrários à redução conservadora padecem de fragilidades (aspecto que, a nosso ver, não foi suficientemente explicitado pela Autora), temos sérias dúvidas em admitir que a solução proposta possa caber no texto dos artigos 13.º e 14.º do nosso diploma.

II – Quanto às razões que terão estado na base desta opção de rejeição da redução conservadora no contexto dos contratos de adesão, a doutrina e a jurisprudência germânicas – mais uma vez, foi no seio desta experiência jurídica que o debate foi originariamente lançado – tendem a relacioná-la sobretudo com os objectivos de política legislativa perseguidos através da intervenção normativa neste domínio da contratação.

Em primeiro lugar, invoca-se que a redução conservadora de uma cláusula até à medida admissível se mostra pouco conciliável com o objectivo que subjaz ao regime das cláusulas contratuais gerais de impedir o recurso a condições gerais iníquas. Se um predisponente soubesse com segurança que, caso formulasse cláusulas contratuais gerais abusivas, desproporcionadamente gravosas para a contraparte, a consequência seria apenas a recomposição do conteúdo da cláusula dentro dos limites toleráveis, dentro dos limites máximos permitidos, então ele teria poucas razões e escasso incentivo para evitar o uso de cláusulas abusivas. O risco que suportaria seria apenas o de ver reduzida a cláusula à medida admissível, e nessa medida, o objectivo visado pelo diploma de manter o tráfico jurídico livre de condições abusivas seria posto em causa. Ou seja, a redução conservadora não produziria o efeito dissuasor desejado pelo legislador, o *objectivo de prevenção* (“Präventionszweck”), como é habitualmente denominado na doutrina e jurisprudência alemãs, pondo em causa a finalidade visada⁷⁶⁰. A aplicação do direito dispositivo no lugar das cláusulas

⁷⁶⁰Sobre este argumento, ver, entre muitos, HARRY SCHMIDT in PETER ULMER/ERICH BRANDNER/HORST-DIETHER HENSEN, *AGB-Recht – Kommentar zu...*, cit., pág. 456; BERND OHLENDORF/ERWIN SALAMON, “Die Aufrechterhaltung unwirksamer Formulararbeitsbedingungen – das Verhältnis des Verbots geltungserhaltender Reduktion zur ergänzenden Vertragsauslegung im Arbeitsrecht“, *RdA*, 5/2006, págs. 282 e 283; HEINZ JOSEF WILLEMSSEN/TIMON GRAU “Geltungserhaltende Reduktion...”, cit., pág. 322; DORNDORF/BONIN in WOLFGANG DÄUBLER/EBERHARD DORNDORF/BIRGER BONIN/OLAF DEINERT, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht...*, cit., pág. 152; ou ainda, WOLFGANG HROMADKA, “Schuldrechtsmodernisierung und Vertragskontrolle...”, cit., pág. 2529. Entre nós, ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva...*, cit., pág. 265, observa que “O utilizador retiraria mesmo daqui um estímulo para inserir nas suas condições gerais, cláusulas claramente contrárias à lei, pois saberia de antemão que, uma vez reduzida a cláusula, se manteria, de qualquer modo, numa posição mais benéfica do que aquela que em princípio resultaria da aplicação do direito dispositivo.” Em parte, esta argumentação contrária à redução conservadora é aquela que podemos retirar do Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Junho de 2012, *Banco Español*, processo C-618/10, acima indicado. De referir, que embora se trate de um tópico amplamente

inválidas afigura-se, nesta ordem de ideias, como uma consequência mais adequada a produzir o efeito dissuasor e preventivo e, portanto, a realização do objectivo do legislador de erradicar do tráfico jurídico condições gerais iníquas. É que tendo o utilizador presente a ideia de que a consequência perante a formulação de cláusulas abusivas será a aplicação do direito dispositivo – normas que visam assegurar uma equilibrada composição entre os interesses tipicamente em presença⁷⁶¹ –, será impellido a não formular cláusulas excessivamente gravosas para a contraparte, justamente para evitar a aplicação de uma solução através da qual os seus interesses poderão não ficar cabalmente acautelados.

Num segundo plano, ganha algum relevo a interacção entre a proibição da redução conservadora e o *imperativo de transparência* (“Transparenzgebotes”) no tratamento jurídico das cláusulas contratuais gerais. Como é sabido, o pensamento da transparência assume-se como um dos pontos de vista determinantes no tratamento jurídico das cláusulas contratuais gerais, seja dando corpo às normas que visam assegurar a cognoscibilidade do conteúdo das cláusulas e que caracterizam o chamado “controlo da inclusão” seja como factor de apreciação da validade do conteúdo das próprias cláusulas, particularmente naqueles casos em que a insuficiência na concretização dos termos de uma estipulação vantajosa para o utilizador acaba por abrir a porta à prossecução arbitrária de vantagens indevidas e gerar insegurança e imprevisibilidade quanto aos termos em que vai processar-se a relação⁷⁶². Ora, a

difundido na literatura sobre contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais, não estamos perante uma objecção exclusiva deste domínio, como observa KATHARINA UFFMANN, *Das Verbot der geltungserhaltenden...*, cit., pág. 271: mesmo antes fora já utilizado pela jurisprudência a respeito dos empréstimos usurários e pela doutrina civilista a respeito das estipulações violadoras dos bons costumes.

⁷⁶¹ Sobre esta dimensão, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, cit., pág. 98; e JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato...*, cit., pág. 461.

⁷⁶² Cf., entre nós, artigos 5.º, 6.º, 8.º e 11.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 446/85; e os §§ 305 II, 305c I e II do *BGB*. Destacando os diferentes planos, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato...*, cit., pág. 383. Na experiência jurídica alemã, a relevância do imperativo de transparência é levada ainda mais longe, já que a “intransparência” é considerada em si mesma um factor autónomo de contrariedade ao princípio da boa fé, podendo conduzir, independentemente do conteúdo da regulação da cláusula, à ineficácia da estipulação. É o que resulta do §307 I 2 do *BGB* – “Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist”.

verdade é que também este imperativo – nas suas diferentes projecções – acabou por ser mobilizado como argumento com impacto para justificar a proibição de redução conservadora⁷⁶³.

Alguns autores, como foi o caso de HEINRICHS⁷⁶⁴, partindo do significado formal do imperativo de transparência, desenvolveram o seguinte raciocínio: (i) o imperativo de transparência impõe ao utilizador o dever de formular as cláusulas de forma clara e compreensível de modo a que o aderente possa tomar consciência das condições negociais e informar-se correctamente dos seus direitos e deveres; (ii) esse objectivo é posto em causa se uma cláusula de conteúdo proibido puder ser reconduzida à medida admissível ou tolerada pelo ordenamento, uma vez que nesse caso só já durante o processo (judicial) o aderente terá conhecimento da extensão dos seus direitos e deveres. Já outros avançam com a ideia de que a redução conservadora colide com o objectivo de transparência que o sistema também procura alcançar ao nível das consequências jurídicas de uma cláusula reputada proibida⁷⁶⁵. Assumindo que o mandato de transparência também se estende a este domínio – e que, como tal, o aderente deve poder conhecer com clareza as consequências jurídicas de uma cláusula desproporcionada –, sustenta-se que, se se permitisse uma redução conservadora, esse objectivo seria frustrado, porquanto, nessas circunstâncias, o aderente não teria como conhecer antecipadamente o conteúdo correspondente à medida admissível, algo que já não sucederá, argumenta-se, quando a consequência for a substituição da cláusula ineficaz pelas normas dispositivas aplicáveis. Num

⁷⁶³ Fazem referência genérica a este tópico, na literatura alemã, HARRY SCHMIDT *in* PETER ULMER, PETER/ERICH BRANDNER/HORST-DIETHER HENSEN, *AGB-Recht – Kommentar zu...*, *cit.*, pág. 456; WOLFGANG HROMADKA, “Schuldrechtsmodernisierung und Vertragskontrolle...”, *cit.*, pág. 2529; DORNDORF/BONIN *in* WOLFGANG DÄUBLER/ EBERHARD DORNDORF/BIRGER BONIN/OLAF DEINERT, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht...*, *cit.*, pág. 153. Indirectamente também JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, em *O problema do contrato...*, *cit.*, págs. 384 e 385, nota 342, em “Responsabilidade e garantia...”, *cit.*, pág. 120, acaba por fazer alusão a este tópico, ao afirmar, no contexto específico das cláusulas exoneratórias e limitativas de responsabilidade, que “Quando disponha, como nesta matéria, de uma previsão rigorosa do âmbito da proibição, o predisponente deverá orientar por ela as suas estipulações derogatórias, evitando formulações imprecisas ou maximalistas, onde possam caber transferências de riscos não consentidas. O que significará restringir, de forma transparente, a isenção ou limitação de responsabilidade aos casos de negligência ligeira”.

⁷⁶⁴ *Apud* KATHARINA UFFMANN, *Das Verbot der geltungserhaltenden...*, *cit.*, pág. 281.

⁷⁶⁵ WITTE *apud* KATHARINA UFFMANN, *Das Verbot der geltungserhaltenden...*, *cit.*, pág. 283.

terceiro quadrante, há quem relacione a proibição de redução conservadora com a relevância que o pensamento da transparência assume como factor de apreciação da validade do conteúdo das próprias cláusulas⁷⁶⁶. Neste último caso, a intransparência, enquanto falta de clareza ou de concretização da disciplina jurídica, dá azo a um juízo de inadequação material, no sentido de uma repartição excessivamente desequilibrada dos direitos e deveres entre as partes. Impõe-se, pois, ao utilizador um dever de clareza na concretização dos termos de uma estipulação que lhe seja vantajosa. Ora, tendo presente esta ideia, argumenta-se nos seguintes termos: se, perante formulações vagas e imprecisas, o utilizador pudesse contar com a possibilidade de recomposição do conteúdo da cláusula na medida permitida por lei, também desse ponto de vista teria poucos motivos para adoptar uma conduta diferente na redacção unilateral dos termos contratuais.

Por fim, contra a admissibilidade da referida operação sustenta-se ainda que dessa forma o juiz acabaria por se transformar num *advogado ao serviço dos interesses do utilizador* (“Sachwalterargument”) ⁷⁶⁷ e, mais ainda, estaria a criar cláusulas, como se de um “Vertragsarchitekt” se tratasse, extravasando os poderes que lhe são concedidos de controlo puramente negativo, de cassação e invadindo a esfera da autonomia privada ⁷⁶⁸.

III – Sem pretender avançar pela apreciação crítica de toda esta querela doutrinal, a qual visivelmente excede os limites desta investigação, não queremos, todavia, deixar de indicar *algumas fragilidades* em que nos parece assentar o “dogma” da proibição da redução conservadora.

Primeiramente, já se questionou até que ponto o argumento da prevenção constitui um argumento plausível fora do contexto do controlo abstracto, partindo da percepção de que, na maior parte das vezes em que o utilizador abusa da sua posição contratual e formula cláusulas valoradas como proibidas, o aderente raramente

⁷⁶⁶ LINDACHER *apud* KATHARINA UFFMANN, *Das Verbot der geltungserhaltenden...*, *cit.*, pág. 284.

⁷⁶⁷ ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva...*, *cit.*, pág. 266.

⁷⁶⁸ STOFFELS *apud* KATHARINA UFFMANN, *Das Verbot der geltungserhaltenden...*, *cit.*, pág. 267.

acabará por reagir judicialmente⁷⁶⁹. Mas esta não parece ser uma objecção acertada, ainda que fundada em dados empíricos. Houve também quem já tenha colocado em dúvida se o objectivo de prevenção é aquele que principalmente orienta o conjunto de normas que disciplinam as consequências jurídicas das cláusulas abusivas. Efectivamente, há quem observe pertinentemente – é o caso de KATHARINA UFFMANN⁷⁷⁰ – que, no âmbito do controlo incidental, a realização do objectivo de prevenção se exprime fundamentalmente pela existência de um controlo de conteúdo (leia-se, pela fixação de limites de conteúdo, sobretudo através de listas de cláusulas proibidas), e que subjacente ao capítulo que disciplina as consequências jurídicas das cláusulas abusivas estará sobretudo em causa, não tanto uma finalidade de prevenção, mas a recuperação de uma justiça contratual objectiva (“Wiederherstellung objektiver Vertragsrechtigkeit”). Esta ideia poderia contribuir, pelo menos, para enfraquecer o peso da argumentação centrada no objectivo de prevenção como justificação para a proibição de redução conservadora. Pela nossa parte, parece-nos que o objectivo de prevenção faz-se sentir nos dois planos, ainda que nos pareça que a sua eficácia no

⁷⁶⁹ Pode, para além disso, questionar-se se o objectivo de tutelar o tráfico jurídico, mantendo-o limpo de cláusulas abusivas – expressão máxima da ideia fundamentadora da proibição de redução conservadora – não é uma solução que assume sobretudo particular significado quando se valora a dimensão colectiva do fenómeno das cláusulas contratuais gerais, e já não quando estão em causa contratos “individualizados”. Isto se atendermos ao facto de ser sobretudo nesse caso que nos situamos perante uma resposta normativa enérgica à instauração, por iniciativa privada, de uma ordem contratual significativamente divergente dos critérios legais de uma equilibrada composição de interesses, em prejuízo de um amplo círculo de contraentes, isto é, a tónica é posta neste dado quantitativo e nas consequências típicas, distorcivas, que resultariam da circunstância de o predisponente reivindicar para si competência reguladora de uma ordem contratual que sistematicamente afasta os critérios legais de uma equilibrada composição de interesses previstos nas normas dispositivas, em prejuízo de um amplo círculo de contraentes. Vistas as coisas a esta luz, a substituição das cláusulas inválidas por esses preceitos como que opera uma reposição da vigência da ordenação legislativamente equilibrada, ordenação essa cuja integridade e efectividade foram postas em causa por regulamentações de origem privada. Pela nossa parte, estamos em crer que, mesmo admitindo que o uso de cláusulas contratuais gerais traz mais obstáculos à realização dos valores essenciais do ordenamento – da autodeterminação, da concorrência e da justiça –, podendo legitimar uma resposta mais enérgica da parte do sistema, não nos parece que esse dado seja suficiente para afirmar que o objectivo de prevenção também não encontra justificação no contexto de contratos individualizados.

⁷⁷⁰ “Die Unzumutbarkeitsschwelle als neue Voraussetzung...“, *cit.*, pág. 161; e também em *Das Verbot der geltungserhaltenden...*, *cit.*, págs. 276 e 277.

plano das consequências não possa desligar-se do plano do controlo do conteúdo. É que o efeito dissuasor produzir-se-á sobretudo se o predisponente, no momento da configuração dos termos contratuais, medir como elevada a probabilidade de aplicação da sanção, e será menor caso ele valore como remota a aplicação da sanção. Ora, esse juízo de maior probabilidade na aplicação de uma sanção tenderá a ocorrer se o predisponente dispuser de uma previsão rigorosa do âmbito das proibições, leia-se, se puder traçar uma fronteira nítida entre os conteúdos proibidos e os conteúdos admissíveis, e não tanto se essa fronteira se apresentar equívoca. Ou seja, chama-se a atenção para o facto de nem sempre o efeito de prevenção conhecer o mesmo tipo de eficácia, podendo mesmo eventualmente ser incerto.

Também a ligação que se procura estabelecer entre o mandato de transparência e a redução conservadora não se afigura totalmente convincente. Aqueles que entendem que o mandato de transparência se estende ao domínio das consequências jurídicas das cláusulas abusivas arrancam da premissa, pouco crível, segundo a qual os não juristas têm facilidade em conhecer o direito dispositivo como forma de ficarem esclarecidos antecipadamente sobre as consequências jurídicas de uma cláusula reputada abusiva. Mas mais: bem vistas as coisas, o raciocínio que esgrimem também se deveria aplicar quando o método é a interpretação complementadora ou a integração, pois, nesse caso, igualmente, o aderente não estará em condições de conhecer antecipadamente, de forma precisa, o *quid* que irá substituir a cláusula reputada abusiva⁷⁷¹. Já aqueles que relacionam a proibição de redução conservadora com o mandato de transparência enquanto factor de apreciação da validade do conteúdo das cláusulas acabam por não desenvolver um discurso substancialmente autónomo daquele baseado na ideia de prevenção. Mais uma vez, sob a aparência de um tópico diferente, o que está em causa é fundamentalmente a ideia de que se um predisponente soubesse com segurança que, caso formulasse cláusulas contratuais gerais abusivas, desproporcionadamente gravosas para a contraparte, a consequência seria apenas a recomposição do conteúdo da cláusula dentro dos limites toleráveis, dentro dos limites máximos permitidos, então ele teria poucas razões e escasso incentivo para evitar o uso de cláusulas abusivas.

Quanto ao último argumento, importa ter presente um aspecto. As reservas apresentadas em relação à redução conservadora assentam no pressuposto de que a

⁷⁷¹ KATHARINA UFFMANN, *Das Verbot der geltungserhaltenden...*, cit., pág. 283.

aquela se concretiza numa operação de recomposição do conteúdo da cláusula *judicial*. E, de facto, cumpre reconhecer que, numa área de intervenção como a dos contratos de adesão, a recomposição do conteúdo da cláusula dentro de limites toleráveis, a admitir-se, assumirá, as mais das vezes, a veste de uma reconfirmação judicial, justamente porque nos situamos num horizonte em que o sistema legal não estabelece indicações precisas quanto aos limites do admissível na modelação do regime contratual. Quer dizer, os padrões imperativos violados padecem, amiúde, de uma certa indeterminação, o que leva a que a recomposição do conteúdo da cláusula dentro de limites toleráveis assuma, por essa razão, a veste de uma reconfirmação judicial. É o que sucede quando o legislador na fixação dos limites de conteúdo utiliza expressões como “prazos excessivos”, “cláusulas desproporcionadas”, “horários despropositados”, entre outros. Mas, tal não significa que não possa haver nichos onde existem indicações legais implícitas quanto aos limites do admissível, e nessas hipóteses, a redução à medida do admissível já não configurará qualquer criação judicial⁷⁷². Descontada esta precisão, e admitindo que, as mais das vezes, a redução conservadora se salda numa actividade judicial, remetemos para as considerações feitas *supra*⁷⁷³ a respeito das cláusulas de mobilidade geográfica inválidas porque violadoras da ordem pública. Julga-se que a objecção, como foi dito, não é decisiva, e acima de tudo assenta num preconceito duvidoso de que o juiz actua como defensor dos interesses do utilizador⁷⁷⁴.

Uma última nota. A questão da proibição da redução conservadora tem suscitado outro tipo de debate, mais uma vez, no panorama germânico. Discute-se se fará sentido falar da existência de uma proibição de redução conservadora no direito vigente ou se a referida operação se reconduz, afinal, ao expediente da integração ou da “interpretação complementadora”, que tem vindo a ser aceite como vimos na

⁷⁷² Pense-se na matéria da exclusão e limitação da responsabilidade. Nos termos do artigo 18.º, alíneas c) e d) do diploma, são proibidas cláusulas contratuais gerais que excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou incumprimento defeituoso, *em caso de dolo ou culpa grave* e a responsabilidade por actos de representantes ou auxiliares, *em caso de dolo ou culpa grave*. Trata-se de uma hipótese em que a lei estabelece uma previsão rigorosa do âmbito da proibição, da qual se decantam indicações precisas quanto aos limites do admissível – exclusão da responsabilidade em caso de negligência ou culpa leve.

⁷⁷³ Vide *supra* parte II, A, capítulo 3, ponto 3.2.

⁷⁷⁴ Sobre este ponto, ver, também, KATHARINA UFFMANN, *Das Verbot der geltungserhaltenden...*, *cit.*, págs. 268 e 269.

doutrina alemã e que, entre nós, resulta explicitamente do artigo 13.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 446/85. Alguns autores duvidam da existência de uma verdadeira proibição de redução conservadora ou, pelo menos, procuram atenuar o alcance da referida proibição à luz do direito vigente, reconduzindo a redução conservadora ao funcionamento do expediente de integração⁷⁷⁵. Já outros realçam a distinção entre as figuras sob diferentes pontos de vista. Distinguem-se, afirmam, as duas figuras, em primeiro lugar, do lado dos pressupostos que legitimam a respectiva intervenção. A redução conservadora é perspectivada como uma alternativa à aplicação do direito dispositivo. Já o recurso às regras de integração assume carácter subsidiário em relação à aplicação do direito dispositivo, o mesmo é dizer que este último tem prioridade lógica sobre o primeiro. Só no caso de se concluir pela inexistência de um critério dispositivo legal, pode ter cabimento averiguar da determinação do conteúdo através da aplicação das regras da integração⁷⁷⁶. Por outro lado, não existe similitude, afirma-se, do ponto de vista do objectivo que os dois processos pretendem alcançar e dos resultados a que conduzem⁷⁷⁷. Na redução conservadora está em causa uma recomposição do conteúdo da cláusula dentro dos limites permitidos pela lei; já através do recurso às regras da integração, trata-se de averiguar uma regulação que atenda de modo equilibrado aos interesses de ambas as partes. A medida adequada não deriva da regulação legal, mas da consideração do plano de regulação das partes, dos seus interesses. Em termos de resultado pode uma redução conservadora levar ao mesmo resultado que a integração, o mesmo é dizer, pode a medida adequada de acordo com as regras da integração coincidir num caso concreto com os limites legais de admissibilidade. No entanto, esta identidade de resultados, dizem, não é forçosa⁷⁷⁸.

Pela nossa parte, a discussão que tem vindo a ser travada neste plano denota uma confusão entre dois estratos do problema. Uma coisa é saber se a solução de redução conservadora se identifica com a solução de aplicação das regras de

⁷⁷⁵ Neste sentido pronunciou-se CLAUS-WILHELM CANARIS, “Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen”, *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, organização de Jürgen F. Bauer/Rolf O. Belke, Gruyter, Berlim/Nova Iorque, 1990, págs. 550 e 551.

⁷⁷⁶ HEINZ JOSEF WILLEMSSEN/TIMON GRAU “Geltungserhaltende Reduktion ...”, *cit.*, pág. 325.

⁷⁷⁷ BERND OHLENDORF/ERWIN SALAMON, “Die Aufrechterhaltung unwirksamer Formulararbeitsbedingungen...”, *cit.*, pág. 282.

⁷⁷⁸ HEINZ JOSEF WILLEMSSEN/TIMON GRAU “Geltungserhaltende Reduktion ...”, *cit.*, pág. 325.

integração do negócio jurídico. A nosso ver, estão em causa soluções distintas, pelo que a distinção entre as duas figuras continua a fazer algum sentido *pelo menos num círculo de hipóteses*⁷⁷⁹. Questão diferente é a de saber se a redução conservadora de cláusulas *enquanto processo*, a admitir-se, não se analisa, as mais das vezes, numa certa actividade integrativa, mercê da indeterminação ou do carácter pouco preciso dos padrões imperativos violados. Na verdade, como referimos *supra*, numa área de intervenção como a dos contratos de adesão, os padrões imperativos violados padecem, amiúde, de uma certa indeterminação. Quer isto dizer que, a admitir-se uma solução de reconformação da cláusula dentro dos limites legais, o apuramento da solução substitutiva da cláusula nula implica, amiúde, uma actividade criadora da solução para o caso. Algo sensivelmente idêntico ao que, bem vistas as coisas, pode suceder quando, à luz do sistema vigente, a lei determina a aplicação do direito dispositivo no lugar da cláusula nula com recurso, se necessário, às regras de integração do negócio jurídico. É que, também nesse caso, podem os padrões supletivos padecer de uma indeterminação, justificando, por isso, uma certa actividade integrativa. Desse ponto de vista, já nos parece plausível estabelecer uma certa afinidade.

IV – Cabe, por fim, equacionar um outro problema que se prende com a aplicação da proibição da redução conservadora *no contexto do contrato de trabalho de adesão*. Discute-se, na verdade, se o princípio da proibição da redução conservadora, princípio que, como vimos, reúne algum consenso doutrinal e jurisprudencial na doutrina geral sobre contratos de adesão, e tem de resto tradução no plano do direito positivo através da remissão que aí é feita para a aplicação do direito dispositivo, discute-se, dizíamos, se essa proibição actuará nos mesmos termos, em toda a sua extensão, quando a cláusula abusiva esteja inserida num contrato de trabalho de adesão, ou se, antes, pelo contrário, se justifica, neste particular, um aliviar da referida proibição.

Trata-se, mais uma vez, de uma questão não meramente teórica, mas com alguns efeitos práticos relevantes. Pense-se, por exemplo, no caso das cláusulas de mobilidade geográfica. Supondo que uma cláusula de mobilidade geográfica é

⁷⁷⁹ Veja-se o exemplo das cláusulas de exclusão de responsabilidade.

considerada inválida nos termos do diploma das cláusulas contratuais gerais⁷⁸⁰, qual a consequência que daí resulta? A cláusula é substituída pelo regime dispositivo previsto no artigo 194.º do Código do Trabalho ou haverá espaço para uma reconformação do conteúdo da cláusula dentro dos limites toleráveis?

Como vimos, à luz do direito português vigente, dir-se-á que o problema exposto terá merecido da parte do nosso legislador uma resposta de sentido negativo. Nem no artigo 105.º do Código do Trabalho nem no regime jurídico do Decreto-Lei n.º 446/85 é feita qualquer ressalva à aplicação do artigo 13.º, n.º 2 daquele último diploma, quando a estipulação inválida se encontre inserida num contrato de trabalho. Importa, todavia, indagar se fará sentido aplicar semelhante regime em sede de contrato de trabalho, ou se antes haverá razões que justifiquem um entorse àquela solução.

Na doutrina alemã, sistema onde a questão se colocou logo após a entrada em vigor da *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, alguns sectores da doutrina (uma minoria, sublinhe-se) viram em certas particularidades do Direito do Trabalho a razão para um certo “enfraquecimento” do objectivo de prevenção e, nessa conformidade, para uma legítima utilização (ocasional) do expediente da redução conservadora⁷⁸¹. Os tópicos de debate foram, no entanto, vários, não sendo possível avançar com uma compreensão unitária.

Nesse quadro, invoca-se o menor peso do objectivo de prevenção numa área como a laboral, atendendo ao facto de o trabalhador obter, contrariamente ao que se verificaria noutras áreas contratuais, uma protecção adequada através de normas que

⁷⁸⁰ Como vimos *supra*, não nos parece que esta seja a única via de controlo das referidas cláusulas – *vide* parte II, A, capítulo 3, ponto 3.

⁷⁸¹ Importa não esquecer que na experiência jurídica alemã essa questão suscitou um amplo debate por dois factores suplementares: (i) um relacionado com o facto de o §310 IV do *BGB* determinar que são aplicáveis aos contratos de trabalho as disposições sobre cláusulas contratuais gerais *tendo na devida conta a necessidade de as adaptar às especificidades do Direito do Trabalho*; (ii) outro associado ao facto de corresponder a uma prática corrente na jurisprudência do *Bundesarbeitsgericht*, anterior a 2002, o uso do expediente de “redução conservadora” a propósito de certas cláusulas (*v.g.* pactos de não concorrência celebrados em violação dos limites temporais, geográficos e materiais prescritos no §74a do *HGB*), o que, compreensivelmente, terá gerado alguma controvérsia a partir de 2002.

limitam o exercício unilateral das prerrogativas patronais⁷⁸². Ora, se é certo que esse foi um tópico mobilizado, em tempos, para justificar a não aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais ao contrato de trabalho, a verdade é que, a partir do momento em que a extensão aplicativa foi expressamente consagrada, uma argumentação deste tipo assume, naturalmente, menor peso⁷⁸³, não fazendo sentido invocar-se que, pelo facto de o trabalhador gozar dessa rede de protecção, o objectivo de prevenção não se justifica ou se faz sentir menos num domínio como o do contrato de trabalho.

Uma outra linha de pensamento procura sustentar a pertinência da aplicação da redução conservadora em Direito do Trabalho, salientando *o carácter duradouro do vínculo laboral*, mais concretamente, a impossibilidade ou elevada dificuldade que o empregador tem de prever, com precisão, no momento da celebração do contrato, como é que determinados aspectos da relação se irão configurar no futuro. Este dado deveria ter, segundo alguns, reflexos do lado das consequências jurídicas do controlo das cláusulas inválidas. A admissibilidade de uma redução conservadora das cláusulas à medida permitida seria uma solução justificada pelas exigências empresariais (“betrieblichen Erfordernissen”)⁷⁸⁴. Verdadeiramente, parece-nos, o impacto das exigências empresariais não se faz sentir tanto no plano das consequências jurídicas – ao ponto de justificar a admissibilidade de uma redução conservadora –, mas no momento prévio, o do controlo do conteúdo, não denegando validade a cláusulas de determinação unilateral da prestação e/ou de reserva de modificação com uma certa amplitude e indeterminação na respectiva formulação.

Já outros modelos discursivos o que fazem é evidenciar a perda de significado que o objectivo de prevenção e o imperativo de transparência, subjacentes ao regime, assumem em sede de contrato de trabalho, *num cenário de escassez de normas de direito dispositivo*. O Direito do Trabalho contém, observam, poucas normas de

⁷⁸² FRANK BAYREUTHER, “Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion im Arbeitsrecht”, *NZA*, 17/2004, pág. 954; e HEINZ JOSEF WILLEMSSEN/TIMON GRAU “Geltungserhaltende Reduktion ...”, *cit.*, pág. 327.

⁷⁸³ Assim, GREGOR THÜSING/TOBIAS LEDER, “Gestaltungsspielräume bei der Verwendung vorformulierter Arbeitsvertragsbedingungen – Allgemeine Grundsätze”, *BB*, 17/2005, pág. 944.

⁷⁸⁴ Nestes termos, ALFRED SÖLLNER, “Zur Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsrecht”, *ZfA*, 2/2003, pág. 159; e HEINZ JOSEF WILLEMSSEN/TIMON GRAU “Geltungserhaltende Reduktion ...”, *cit.*, pág. 327.

direito dispositivo. Daí resulta, sustentam alguns autores, que o aderente não está, a maior parte das vezes, em condições de poder conhecer com clareza e antecipadamente as consequências jurídicas de uma cláusula considerada proibida, pelo que falecem razões de transparência para proibir a realização da redução conservadora. Por outro lado, realça-se o facto de o utilizador, perante a escassez de normas dispositivas, não dispor de um critério de controlo seguro que lhe permita orientar a sua conduta no momento da configuração unilateral da relação. Não dispondo de normas dispositivas através das quais possa orientar a sua conduta por uma regulamentação considerada equilibrada, corre o risco, dir-se-á, razoável, de formular cláusulas abusivas. Quando assim for, advoga-se, o efeito de prevenção subjacente ao diploma perde eficácia e, conseqüentemente, diminuem as razões para proibir uma solução de redução conservadora⁷⁸⁵.

Esta última argumentação, sobretudo aquela centrada no argumento da prevenção, merece alguma ponderação, embora, diga-se, não nos convença inteiramente. Aliás, afigura-se-nos que o “nó górdio” em termos de prevenção não se relaciona (tanto) com a escassez de normas de direito dispositivo, mas com o facto de ser particularmente difícil, num domínio como o do Direito do Trabalho, o empregador-utilizador dispor de uma previsão rigorosa do âmbito das proibições, o que torna o efeito preventivo incerto. De facto, esse efeito dissuasor produzir-se-á, repete-se, se o predisponente, no momento da configuração dos termos contratuais, medir como elevada a probabilidade de aplicação da sanção, o que tenderá a ocorrer (apenas) se ele dispuser de uma previsão rigorosa dos limites das proibições, leia-se, se puder traçar uma fronteira nítida entre os conteúdos proibidos e os conteúdos admissíveis. Mas essa não é uma interrogação, como vimos, especificamente laboral ou que pelo menos deva ser analisada desde uma óptica estritamente laboral. A assumir relevância, terá um impacto mais extenso, e não funciona como uma verdadeira especificidade laboral.

Em suma, à luz do direito vigente, repita-se, o problema vindo de equacionar mereceu uma resposta de sentido negativo. Nem no artigo 105.º do Código nem no

⁷⁸⁵ ALFRED SÖLLNER, “Zur Anwendung der gesetzlichen Vorschriften...”, *cit.*, pág. 158, alerta que não seria justo que nessas hipóteses em que o empregador-utilizador não pode orientar a sua conduta por uma regulamentação considerada equilibrada pelo legislador tivesse que suportar o risco da invalidade total da cláusula. Em termos coincidentes, HEINZ JOSEF WILLEMSSEN/TIMON GRAU “Geltungserhaltende Reduktion ...”, *cit.*, pág. 328.

regime jurídico do Decreto-Lei n.º 446/85 é feita qualquer ressalva à aplicação do artigo 13.º, n.º 2, quando a estipulação inválida se encontre inserida num contrato de trabalho. Dir-se-á que, na ponderação feita pelo legislador, os objectivos visados pelo diploma das cláusulas contratuais gerais não se fazem sentir menos, ou com menor acuidade, no universo juslaboral⁷⁸⁶. Também se analisarmos as linhas argumentativas gizadas no sentido da bondade, *de jure constituendo*, de um tal desvio, não encontramos aí nenhum ponto que se afigure suficientemente convincente para inverter esse posicionamento. *As reservas e fragilidades em relação a uma proibição de redução conservadora subsistem, mas não se afiguram especificamente laborais.*

3.6. A conservação do contrato com recurso ao regime comum da redução; a aplicabilidade da solução ao contrato de trabalho de adesão (remissão)

I – O artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 446/85 cura das situações em que à questão da conservação do contrato é aplicável o regime comum da redução dos negócios jurídicos, o mesmo é dizer, em que a conservação do contrato fica dependente da aplicação do regime previsto no artigo 292.º do Código Civil: a invalidade cujo fundamento apenas atinge alguma(s) cláusula(s) do contrato não determina a invalidade total, salvo se alguma das partes – *aderente* ou *predisponente* – demonstrar que não teria concluído o contrato sem a parte viciada. Desse ponto de vista, o preceito opera como uma restrição à solução de conservação forçada do contrato (solução forçada, entenda-se para apenas uma das partes) contida na disposição antecedente.

Estatui o artigo 14.º que, no caso de a faculdade de manutenção do contrato não ter sido exercida pelo aderente ou, sendo-o, conduzir a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé, vigora o regime comum da redução dos negócios jurídicos. Da leitura do preceito torna-se possível recortar *dois círculos de*

⁷⁸⁶ Na experiência jurídica alemã, é essa a conclusão retirada pela maioria dos autores – BERND OHLENDORF/ERWIN SALAMON, “Die Aufrechterhaltung unwirksamer Formulararbeitsbedingungen...”, *cit.*, pág. 283; DORNDORF/BONIN in WOLFGANG DÄUBLER/EBERHARD DORNDORF/BIRGER BONIN/OLAF DEINERT, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht...*, *cit.*, pág. 154; REINHARD SINGER, “Arbeitsvertragsgestaltung nach...”, *cit.*, pág. 203; STEFAN LINGEMANN, “Allgemeine Geschäftsbedingungen...”, *cit.*, pág. 187; GREGOR THÜSING, “Was sind die Besonderheiten...”, *cit.*, pág. 594.

hipóteses em que a aplicação do regime comum da redução do negócio jurídico passa a ter lugar.

Em primeiro lugar, o regime comum da redução vigora, dir-se-á, *ab initio*, naquelas hipóteses em que o aderente tenha optado por não exercer a faculdade de manter o contrato, isto é, *na ausência do exercício da faculdade prevista no artigo 13.º, n.º 1*. Como vimos *supra*, o artigo 13.º, n.º 1 do diploma reconhece ao aderente a faculdade de optar pela manutenção do contrato. Ora, ante essa possibilidade, três cenários são, à partida, de equacionar: (i) ou o aderente opta pela manutenção do contrato; (ii) ou o aderente declara não pretender a manutenção do contrato; (iii) ou o aderente não se pronuncia sobre a questão. O primeiro corresponde ao exercício da faculdade que a lei reconhece. Os dois outros – tanto o comportamento positivo como o omissivo – consubstanciam o não exercício da faculdade de manter o contrato⁷⁸⁷, e, portanto, desencadeiam a aplicação do regime comum da redução.

O apelo ao regime comum da redução tem aqui uma justificação material evidente: a constatação de que o aderente não reconhece na conservação do contrato o modo adequado ou necessário de tutela dos seus interesses. Quer dizer, num primeiro momento, cabe ao aderente valorar o modo como quer que a tutela de que é beneficiário se efective, reconhecendo-se-lhe, num desvio ao regime comum da redução, o direito de optar pela subsistência do contrato. Quando o aderente não faz uso dessa prerrogativa que lhe assiste, aplicar-se-á o regime comum da redução, permitindo-se *a qualquer uma das partes* – aderente e predisponente – a prova de uma vontade hipotética contrária à conservação do contrato.

Em segundo lugar, o regime comum da redução vigora, *em termos sucessivos*, naqueles casos em que, tendo o aderente optando pela manutenção do contrato, a conservação do contrato, *na sequência do exercício desta faculdade*, conduza a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé^{788 789}. Esta segunda

⁷⁸⁷ Assim, também, ANA PRATA, *Contratos de Adesão e...*, cit., pág. 321.

⁷⁸⁸ Também na experiência jurídica alemã, o legislador revelou sensibilidade em relação a eventuais efeitos distorsivos provocados pela conservação do contrato mediante a aplicação das regras do direito dispositivo (e/ou integração negocial). É o que resulta do §306 III, norma segundo a qual “Der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde”.

Se cotejarmos as duas soluções, logo por aí se verifica não haver inteira coincidência entre as leis portuguesa e a alemã. Desde logo, o §306 III do *BGB* trata indistintamente do problema da

subsistência dos contratos perante cláusulas ineficazes e o problema da conservação dos contratos perante cláusulas excluídas, enquanto, entre nós, o artigo 13.º versa apenas sobre o problema da subsistência dos contratos perante cláusulas inválidas, dedicando-se o artigo 9.º à segunda questão. A opção do legislador português afigura-se-nos mais acertada. A norma germânica apenas dá relevância ao desequilíbrio entre as prestações que pode advir da subsistência do contrato em resultado da exclusão ou da invalidade das cláusulas. Já o ordenamento jurídico português, ao tratar separadamente os questões relacionadas com a invalidade e com a exclusão de cláusulas, deu relevância neste segundo caso, a um outro problema que pode resultar da exclusão de cláusulas e que não se confunde com o do desequilíbrio: o da indeterminação insuprível de aspectos essenciais. De facto, podendo o controlo sobre o processo formativo do acordo incidir sobre elementos essenciais do contrato – uma vez que não se colocam aí as dificuldades registadas ao nível do controlo de conteúdo (*vide supra*, parte II, A, capítulo 4, ponto 2) – pode justamente a exclusão conduzir a um cenário de indeterminação. Sobre esta insuficiência na lei alemã, em termos críticos, ver PETER SCHLOSSER in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse...*, cit., pág. 198.

Em segundo lugar, enquanto na norma nacional a intervenção correctora opera em caso de desequilíbrio entre prestações gravemente atentatório da boa fé, no caso da experiência alemã, o legislador preferiu referir-se em termos mais amplos a um “unzumutbare Härte” (sacrifício inexigível) para uma das partes, sem que seja aí feita referência expressa a um desequilíbrio ao nível das prestações. Decerto, na densificação das hipóteses de “unzumutbare Härte”, a doutrina germânica tem apontado de modo unânime que o preceito tem em vista situações em que o equilíbrio contratual, a relação de equivalência entre as prestações principais é perturbado (cf. HARRY SCHMIDT in PETER ULMER/ERICH BRANDNER/HORST-DIETHER HENSEN, *AGB-Recht – Kommentar zu...*, cit., pág. 488 e ss.), embora sejam reconhecidas outras hipóteses legitimadoras).

Por fim, no caso da solução alemã, o legislador optou num processo mais sintético por reconhecer como remédio para as situações de “unzumutbare Härte” a ineficácia total do contrato. No caso do modelo português, em termos que se nos afiguram tecnicamente mais rigorosos, o legislador entendeu que o remédio para as situações de turbacão da equivalência seria a de devolver às partes a possibilidade de recurso ao regime de redução comum, podendo, portanto, em termos abstractos, o desfecho ser a invalidade parcial ou total do contrato. É claro que, em termos práticos, o funcionamento do artigo 14.º do diploma acabará por redundar, as mais das vezes, na invalidade total do contrato. Estando em causa um cenário em que a conservação forçada do contrato conduziu a um desequilíbrio gravoso das prestações, havendo uma remissão para o regime comum da redução, tal significa que não será difícil a algumas das partes alegar e provar que não teria celebrado o negócio sem a parte viciada.

Recorde-se que também na experiência jurídica espanhola, na redacção original da *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, era feita uma ressalva à conservação do contrato quando as cláusulas subsistentes “determinassem uma situação não equitativa na posição das partes na relação contratual”. Contudo, depois da possibilidade de reconstrução equitativa do contrato ter sido declarada contrária ao Direito da União (*vide* o Acórdão *Banco Español*, acima mencionado), o

hipótese distingue-se da anterior na medida em que nela a faculdade de opção pela manutenção do contrato conferida pelo artigo 13.º, n.º 1 chega a ser exercida pelo aderente.

Analisando os pressupostos que justificam o recurso ao regime da redução comum neste segundo círculo de hipóteses, começaríamos por dizer que o dispositivo entra em cena justamente quando, por impossibilidade de recurso às regras do direito supletivo (e/ou às regras da integração do negócio jurídico) ou pelos resultados através delas obtidos, se verifica um *desequilíbrio entre as prestações, leia-se, entre as obrigações assumidas pelas partes*.

A lei limita-se a aludir a um desequilíbrio entre as prestações *sem especificar qual o sujeito “lesado” pela referida alteração*. Quer isto dizer que, *prima facie*, o cenário de desequilíbrio, tanto poderá dizer respeito à posição jurídica do utilizador como à do aderente, embora, tipicamente, tudo aponte para que seja, em primeira linha, uma turbação que afecta a posição jurídica do utilizador que estará em causa. Sendo o juízo de nulidade das cláusulas contratuais um juízo que se funda justamente na actuação do utilizador que procura realizar a todo o custo, na conformação do contrato, os seus próprios objectivos, sem atender de forma minimamente razoável

preceito deixou de fazer referência a essa possibilidade, limitando-se, desde 2014, a estatuir que o contrato manter-se-á obrigatório para as partes nos mesmos termos, sempre que possa subsistir sem a(s) cláusula(s) entretanto declarada(s) nula(s).

⁷⁸⁹ Uma solução próxima foi, aliás, preconizada por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (*Cláusulas Limitativas e de Exclusão...*, *cit.*, pág. 1014, nota 445), a propósito das hipóteses de cláusulas de exclusão da responsabilidade consideradas nulas quando a exclusão da responsabilidade abrangesse casos de dolo ou culpa grave do devedor (ou dos seus auxiliares). De facto, como vimos *supra*, tem o Autor entendido – sendo esta também, de resto, a posição largamente dominante – que a nulidade da cláusula exoneratória não deve impedir a validade do contrato no restante conteúdo. Trata-se de uma hipótesese em que a conservação (leia-se a redução) do contrato deve ter lugar, mesmo que a vontade hipotética das partes, *maxime* do devedor, seja no sentido da invalidade total. Invalidada a cláusula exoneratória, esta deverá ser automaticamente substituída por um conteúdo admissível. Contudo, acrescenta PINTO MONTEIRO que: “Não nos repugna aceitar, todavia, excepcionalmente, que outra possa ser a solução mais indicada – nulidade de todo o contrato – se a nulidade da cláusula exoneratória, ou limitativa sobretudo, afectar gravemente a correspectividade do contrato, por o credor ter já beneficiado, aceitando a inclusão da dita cláusula, de apreciáveis contrapartidas.” Quer dizer, admite-se, ainda que a título excepcional, que, quando a intervenção conservadora-substitutiva venha a conduzir a um desequilíbrio gravoso, a solução mais adequada nessas hipóteses seja *a da destruição total do negócio*.

aos legítimos interesses do cliente, e tendo em consideração que são essas cláusulas nulas que são substituídas pelos preceitos supletivos (ou com recurso às regras de integração), é curial pensar que um eventual desequilíbrio que esta última operação possa eventualmente acarretar incida primordialmente sobre a esfera do utilizador⁷⁹⁰.

Trata-se, por outro lado, de um remédio que o legislador encara como de uso excepcional⁷⁹¹. O desequilíbrio relevante entre as prestações tem de se revelar manifesto, isto é, tem de se verificar uma gravidade particular na desproporção, o que, aliás, se compreende bem, sob pena de, de outro modo, se frustrar a teleologia – de protecção dos interesses do aderente – subjacente ao regime de nulidade das cláusulas proibidas. Mais concretamente, pressupõe-se um desequilíbrio entre as prestações *gravemente atentatório da boa fé*⁷⁹². Eis, pois, mais uma disposição do diploma em que os pontos de vista relacionados com o desequilíbrio normativamente relevante e a boa fé se destacam, como *um binómio incindível*. De facto, já no controlo do conteúdo, é patente o papel deste binómio, aí como padrão de ineficácia de cláusulas⁷⁹³. Ao utilizador incumbe não lesar desmesuradamente os interesses da

⁷⁹⁰Neste sentido, também HARRY SCHMIDT in PETER ULMER/ERICH BRANDNER/HORST-DIETHER HENSEN, *AGB-Recht – Kommentar zu..., cit.*, pág. 483; e DORNDORF/BONIN in DAUBLER, DORNDORF, BONIN, DEINERT, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht..., cit.*, pág. 160, embora se reconheça que um cenário de “Unzumutbare Härte” também possa excepcionalmente produzir-se na esfera do aderente designadamente quando ocorre uma mudança significativa de um elevado número de cláusulas através do preenchimento de lacunas. No entanto, tem a doutrina rejeitado que o aderente possa recorrer ao §306 III apenas para se desvincular de uma estipulação que lhe seja inoportuna.

⁷⁹¹Também na doutrina germânica, o §306 III do *BGB* é perspectivado como um instrumento de utilização excepcional, de “ultima ratio” – com este sentido, ver HARRY SCHMIDT in PETER ULMER/ERICH BRANDNER/HORST-DIETHER HENSEN, *AGB-Recht – Kommentar zu..., cit.*, pág. 483; ANJA SCHLEWING in SUSANNE CLEMENZ/BURGGHARD KREFT/RÜDIGER KRAUSE, *AGB-Arbeitsrecht..., cit.*, pág. 184; e PETER SCHLOSSER in JULIUS VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse..., cit.*, pág. 199.

⁷⁹²Na jurisprudência a fórmula “desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé” é referida como uma grave distorção lesiva dos princípios da boa fé e lisura contratuais – assim, por exemplo, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Maio de 2007, processo n.º 07A1337, disponível em www.dgsi.pt.

⁷⁹³Embora na lei portuguesa a cláusula geral de controlo do conteúdo se limite a declarar proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé, sem uma referência expressa à ideia de um significativo desequilíbrio, tal leitura acaba por resultar da articulação do critério geral com os critérios suplementares concretizadores – nestes termos, ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais*

contraparte através de cláusulas de conteúdo significativamente desequilibrado, correspondendo a inobservância desse dever a uma contrariedade à boa fé⁷⁹⁴. Neste particular contexto, porém, o binómio coloca-se, parece-nos, num plano sensivelmente diferente. Não se trata de ajuizar da validade de uma cláusula pelo teor objectivo do seu conteúdo; nem a contrariedade à boa fé se relaciona com o dever de não lesar desmesuradamente os interesses da contraparte, no contexto da liberdade de estipulação do conteúdo contratual⁷⁹⁵. Trata-se, antes, de avaliar se, perante uma alteração dos termos do contrato, a exigência de cumprimento das obrigações dele emergentes se revela, para uma das partes, um sacrifício manifestamente desproporcionado⁷⁹⁶.

II – *Quid iuris* quando, tendo o trabalhador-aderente optado pela manutenção do contrato, a conservação do contrato, na sequência do exercício desta faculdade, conduza a um desequilíbrio de prestações manifestamente ofensivo da boa fé?

e Directiva..., *cit.*, 72; e JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “A boa fé como norma de validade”, *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 271.

⁷⁹⁴ Mesmo neste contexto, a solução portuguesa revela peculiaridades, já que o princípio geral de proibição de cláusulas contrárias à boa fé, fixado no artigo 15.º, manifesta-se de duas formas distintas: uma, enquanto fundamento e critério de limites à liberdade de estipulação, de acordo com o que vimos assinalando; outra, relacionada com a tutela da autodeterminação e da confiança do aderente – nestes termos, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “A boa fé como norma de validade”, *cit.*, págs. 273 e 274.

⁷⁹⁵ Há, no entanto, na doutrina portuguesa quem se refira de forma praticamente indistinta aos dois cenários de desequilíbrio, como é o caso de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Cláusulas contratuais gerais...”, *cit.*, pág. 293.

⁷⁹⁶ Daí que nos pareça que se trata de uma “intervenção” que obedece a uma linha de pensamento não idêntica, mas pelo menos “afim” daquela que está na base da solução consagrada no artigo 437.º, n.º 1, do Código Civil. Em ambos os casos estamos perante uma resposta dirigida à tutela de uma certa economia do contrato. Registam-se, no entanto, diferenças. Nas hipóteses que integrem a previsão do artigo 437.º do Código Civil, dá-se a possibilidade de modificação ou resolução do contrato. No caso em apreço, a turbação da equivalência dá lugar a aplicação do regime comum da redução do negócio jurídico, logo, apenas, a uma decisão acerca da manutenção ou não do negócio em questão. A explicação desta solução de alcance mais limitado pode muito bem relacionar-se, a nosso ver, com o modo reservado e excepcional como, no quadro do Direito dos Contratos, o corpo doutrinal e legislativo tende a perspectivar a admissibilidade de intervenções judiciais correctivas, ou melhor, a possibilidade de um factor de invalidade dar lugar a uma intervenção judicial correctiva, a uma modificação dos termos do negócio.

Aplicar-se-á o regime comum da redução, permitindo-se *a qualquer uma das partes* – aderente e predisponente – a prova de uma vontade hipotética contrária à conservação do contrato?

Questão idêntica já foi colocada no espaço jurídico germânico, atendendo à existência de uma solução próxima daquela contida do nosso artigo 14.º, o §306 III do *BGB*. Certo é que a dúvida que aqui se levanta vem sendo por muitos desvalorizada, com base na ideia de que os casos de aplicação daquela norma seriam pouco equacionáveis em relação ao contrato individual de trabalho. Sublinham alguns autores que o interesse do empregador numa eventual destruição total se coloca, em regra, a respeito de acordos acessórios ou laterais da relação de trabalho (e não a respeito da relação laboral propriamente dita) e que, em todo o caso, na maioria das vezes, os interesses do empregador são suficientemente assegurados através do funcionamento das regras da integração⁷⁹⁷. Já segundo outras orientações, o remédio que a lei fornece não terá aplicação em relação ao vínculo laboral, atendendo ao facto de o empregador estar munido de um poder de modificação-resolução do vínculo laboral que lhe permite de modo gradual fazer face a situações de desequilíbrio grave⁷⁹⁸.

Estas duas perspectivas não eliminam, a nosso ver, liminarmente a razão de ser da pergunta por nós formulada. A desvalorização da questão, por serem poucos os casos equacionáveis, não afasta propriamente o dilema da eventual aplicação da norma ao contrato de trabalho. Mesmo o argumento de ao empregador ser reconhecido pelo sistema juslaboral um conjunto de prerrogativas que lhe permitem, durante a execução da relação de trabalho, alterar unilateralmente o teor contratual, atenuando assim o impacto do desequilíbrio, não consubstancia um ponto de vista decisivo, já que, como tivemos oportunidade de referir anteriormente⁷⁹⁹, pelo menos no sistema português, o uso de tais prerrogativas obedece a requisitos substanciais exigentes, o que mostra que essa possibilidade de adaptação contratual não deva ser perspectivada como uma evidência. Daí que nos pareça que, pelo menos, em termos teóricos, a pergunta ganha sentido.

⁷⁹⁷ A esse propósito DORNDORF/BONIN *in* WOLFGANG DÄUBLER/ EBERHARD DORNDORF/BIRGER BONIN/OLAF DEINERT, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht*,... *cit.*, pág. 161.

⁷⁹⁸ THOMAS LAKIES, *Vertragsgestaltung und AGB...*, *cit.*, págs. 88 e ss..

⁷⁹⁹ *Vide supra*, parte II, A, capítulo 1, ponto 7.2.

Ora, *prima facie*, seríamos tentados a pensar não haver aqui qualquer particularidade digna de nota. Uma vez mais, nem no artigo 105.º do Código nem no regime jurídico do Decreto-Lei n.º 446/85 é feita qualquer ressalva à aplicação do artigo 14.º deste último diploma quando a estipulação inválida se encontre inserida num contrato de trabalho. Estabelecendo o artigo 105.º do Código do Trabalho uma genérica remissão para o regime jurídico dos contratos de adesão e contendo este último uma regra aplicável para aquele tipo de situações – *maxime* a solução contida no artigo 14.º – , valerá também no contexto em questão a resposta aí prevista, isto é, a aplicação do regime geral da redução do negócio jurídico.

Temos sérias dúvidas em subscrever esta compreensão, possível de um ponto de vista puramente exegético-hermenêutico, mas de afastar pela consideração do contexto teleológico e valorativo que inspira o relacionamento entre o sistema juslaboral e o regime dos contratos de adesão⁸⁰⁰. Na verdade, resulta das considerações expendidas a propósito do debate em torno da aplicação do regime dos contratos de adesão ao contrato de trabalho que a opção pela aplicação daquele regime ao contrato de trabalho se traduz no reconhecimento de uma disciplina que “acresce” à disciplina laboral⁸⁰¹. Quer isto dizer que se trata de uma disciplina que se compreende e ganha sentido enquanto disciplina que reforça a tutela reconhecida ao trabalhador pelo bloco normativo laboral.

Ora, julga-se que este aspecto não pode ser desvalorizado quando se procura determinar o alcance e traçar os limites de uma remissão como aquela feita pelo artigo 105.º do Código do Trabalho. Nesta ordem de ideias, afigura-se-nos, que a referida remissão terá lugar *se e na medida* em que a aplicação do regime dos contratos de adesão se saldar numa tutela dos interesses do trabalhador-aderente. Quando esse pressuposto deixar de se verificar, isto é, quando a aplicação do regime dos contratos

⁸⁰⁰ Nos casos, pouco prováveis, em que trabalhador-aderente não exerça a faculdade de optar pela manutenção do contrato, aplicar-se-á, parece-nos, o regime previsto no artigo 14.º, ou seja, o regime jurídico comum da redução. Não se vislumbram razões materiais relevantes que justifiquem nesse círculo de hipóteses uma exclusão do comando do artigo 14.º.

⁸⁰¹ Daí, aliás, em parte, a discussão em torno do carácter necessário ou dispensável daquela tutela numa área como a da contratação laboral. Desde uma certa perspectiva, o pensamento de que o regime de tutela dos contratos de adesão é um regime que acresce a outros regimes, uma disciplina que reforça a disciplina constante de outros acaba por encontrar eco noutras áreas – assim, a propósito, por exemplo das estipulações de juros – sobre este último ponto, ver JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade e garantia...”, *cit.*, pág. 141, nota 91.

de adesão der origem à aplicação de regras que se traduzam (ou possam vir a traduzir) numa desprotecção dos interesses do aderente-trabalhador, deixam de subsistir razões para a referida extensão applicativa, já que falecerá o suporte valorativo para a referida remissão.

Considerando este postulado e referindo-o ao recortado problema decidendo, propendemos a considerar que a hipótese prática descrita é uma daquelas em que a aplicação do regime dos contratos de adesão não tem lugar, uma daquelas em que a remissão para o regime jurídico dos contratos de adesão não pode ser tomada à letra. A opção do legislador do diploma das cláusulas contratuais gerais foi a de determinar para a categoria de casos em questão – aqueles em que a conservação do contrato se traduza num desequilíbrio das prestações gravemente atentatório da boa fé – a aplicação do regime comum da redução. Não valendo para essa categoria de casos uma solução de protecção dos interesses do aderente – mas antes, pelo contrário, um regresso ao regime comum do Direito Civil –, falecem razões para que essa solução se estenda também ao contrato de trabalho de adesão. Em termos metodológicos, dir-se-á que se impõe neste caso uma restrição teleológica da norma laboral que estabelece a remissão genérica para o regime dos contratos de adesão e consequentemente da norma do artigo 14.º do diploma, restrição essa que encontra a sua justificação no conteúdo valorativo que ilumina e inspira a própria solução de remissão.

Ora, admitindo, como nos parece, não dever haver lugar na situação descrita à aplicação da solução prevista no diploma das cláusulas contratuais gerais⁸⁰², só restará, de acordo com a lógica diádica estabelecida entre o regime dos contratos de adesão e o sistema normativo laboral, que a questão volte a ser analisada no quadro

⁸⁰² Este tem sido também o resultado – o da exclusão do §306 III – proposto pela doutrina germânica, ainda que se note, em nosso entender, alguma hesitação na fundamentação. Por um lado, invoca-se que, da mesma forma que, noutros contextos, se tem entendido não ser aplicável o §139 do *BGB* aos casos de invalidade parcial do contrato de trabalho, o mesmo raciocínio deverá valer a propósito da aplicação do §306 III. Por outro lado, refere-se que, por regra, no caso do contrato de trabalho, a ponderação dos interesses deve conduzir a que o interesse do trabalhador na conservação da relação prevaleça sobre o interesse do empregador na ineficácia total. O interesse do trabalhador na conservação da relação assume, em princípio, um maior peso, o que é, acrescentam, reconhecido pela ordem jurídica através da protecção do despedimento... Sobre esta argumentação, *vide* DORNDORF/BONIN *in* WOLFGANG DÄUBLER/ EBERHARD DORNDORF/BIRGER BONIN/OLAF DEINERT, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht*, *cit.*, pág. 161.

daquele que é, para este efeito, o regime comum, o sistema normativo laboral. Tratar-se-á, pois, de saber qual o tipo de resposta que o sistema normativo laboral apresenta para resolver o problema.

Em momento anterior desta exposição, fomos confrontados com um problema próximo daquele agora enunciado em sede de contrato de trabalho. Referimo-nos aquelas hipóteses que denominámos de “acumulação de vantagens excessivas decorrentes da intervenção correctora-substitutiva”⁸⁰³. Como ficou então dito, a lei laboral não faz qualquer menção a esse aspecto, o que, no nosso entender, pode muito bem querer significar que não reconhece relevância à questão. Vale dizer: a cláusula inválida é substituída pelo regime legal constante da norma imperativa, mantendo-se intacto o conteúdo da(s) outra(s) cláusulas que tenham sido acordadas. Admitiu-se, no entanto que, pelo menos naqueles casos em que se demonstre que alguma cláusula contratual foi estipulada em função ou por causa da estipulação inválida, a invalidade desta segunda cláusula implica ou arrasta a invalidade da primeira. Ora, também no domínio das contratos de adesão, afigura-se ser esse, no plano *de iure constituto*⁸⁰⁴, o enquadramento jurídico da questão. Significa isto que, se se apurar que uma determinada cláusula que atribui uma vantagem ao trabalhador-aderente foi estipulada por causa, em função da cláusula pré-formulada e inserida sem negociação inválida⁸⁰⁵ – exprimindo, portanto, com ela uma certa unidade negocial –, deve a invalidade da segunda determinar a invalidade da primeira.

⁸⁰³ *Vide supra*, parte II, A, capítulo 1, ponto 7.2.

⁸⁰⁴ Num plano do direito a constituir, admite-se que a tutela possa vir a ser outra – *vide supra*, parte II, A, capítulo 1, ponto 7.2.4.

⁸⁰⁵ Sem prejuízo de se reconhecer que, por vezes, a própria estipulação de uma determinada importância como contrapartida pela estipulação de uma cláusula pré-formulada pode constituir uma circunstância relevante para excluir o carácter abusivo da cláusula em si mesma.

B – Hipóteses de aplicação do regime comum da redução

1. Considerações prévias. Critério de exposição

Após termos empreendido o estudo das hipóteses de manutenção obrigatória do contrato de trabalho, importa, neste outro título que compõe a segunda parte da nossa investigação, que nos detenhamos sobre a questão da aplicabilidade do regime comum da redução ao contrato de trabalho. De facto, uma das várias insuficiências do saber que prejudicam a compreensão do tema da invalidade parcial do contrato de trabalho prende-se com a questão da aplicabilidade do regime jurídico comum da redução ao contrato de trabalho, *maxime* do artigo 121.º, n.º 1 do Código do Trabalho⁸⁰⁶. O entendimento generalizado na doutrina juslaboral é o de que a aplicação do instituto assume um carácter meramente residual no contexto do contrato de trabalho, sem que daí decorram desenvolvimentos ou concretizações ulteriores particularmente consistentes. Afigura-se, contudo, possível ir um pouco mais além e seleccionar de forma sistematizada exemplos de aplicação do instituto.

A exposição será feita adoptando como critério a sistematização das diferentes modalidades de invalidade parcial acolhida na primeira parte desta investigação⁸⁰⁷. Sublinhámos, então, que a aplicação do regime constante do artigo 292.º do Código Civil pressupõe o carácter meramente parcial da invalidade, e que este atributo se reconduz basicamente a uma ideia de divisibilidade do negócio. A partir daí foram identificadas várias modalidades de divisibilidade, *maxime*, de invalidade parcial, que a doutrina vem agrupando em três categorias: (i) invalidade parcial na modalidade de decomposição parcial do objecto/prestação; (ii) invalidade parcial na modalidade de

⁸⁰⁶ Optámos por não fazer no início deste segundo título qualquer referência *ad-hoc* à evolução histórica do preceito laboral que reproduz o regime jurídico comum da redução do negócio jurídico. Ao contrário do que considerámos a propósito da solução substitutiva da parte geral da lei laboral, não vemos neste caso particular vantagem em semelhante rubrica. De todo o modo, importa ter presente que dessa evolução se foi dando nota, em termos breves, quando procedemos detalhadamente à revisão dos antecedentes históricos da solução substitutiva no primeiro capítulo (*vide supra*, parte II, A, capítulo 1, ponto 2).

⁸⁰⁷ *Vide supra*, parte I, ponto 2.2.

invalidade de cláusulas secundárias ou acessórias; (iii) invalidade parcial na modalidade de invalidade de declarações negociais. É, pois, seguindo essa mesma sistematização que passaremos a analisar a questão da aplicabilidade do regime comum da redução ao contrato de trabalho. Na parte final, optámos por tratar separadamente dois outros grupos de hipóteses. Não configurando propriamente modalidades de invalidade parcial, fazem-se aí ressaltar algumas especificidades. Um primeiro acervo de situações pela intersecção que aí se dá entre a figura do erro-vício e o problema da invalidade parcial (iv). De outra parte, hipóteses em que a invalidade parcial não diz respeito ao contrato de trabalho propriamente dito, mas a outros pactos ou negócios de natureza laboral que podem ser celebrados por ocasião da conclusão do contrato de trabalho, durante a execução do contrato ou mesmo aquando da sua extinção, e outros que constituem eles próprios formas de extinção do vínculo laboral (v)⁸⁰⁸.

2. Explicitação de algumas hipóteses de aplicação do regime jurídico comum da redução

2.1. Hipóteses de invalidade parcial por decomposição do objecto/prestação

I – Conforme se observou na fase inicial desta exposição, pode suceder que o carácter parcial da invalidade se traduza numa desconformidade parcial da cláusula principal com a lei. A expurgação da invalidade obtém-se, vimo-lo, através da eliminação de uma parte da prestação, tornando possível o aproveitamento e conservação do negócio dentro dos limites da lei. Ora, também no particular contexto em que nos movemos, afigura-se possível equacionar situações em que o carácter

⁸⁰⁸ Uma vez mais, importa referir que, tal como na primeira parte deste estudo, no nosso horizonte estarão em causa hipóteses em que intervém uma operação negocial simples, um contrato de trabalho. Não temos em vista hipóteses em que o fundamento da invalidade negocial se reporte apenas a uma parcela contratual de uma formação contratual complexa que integre simultaneamente elementos laborais e elementos pertencentes a outros tipos – v.g. contratos mistos ou formações contratuais mistas – nem mesmo, tipicamente, hipóteses de diversos contratos aparentemente autónomos mas entre si conexiados. Algumas dessa hipóteses são identificadas, no entanto, por FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos e...*, cit., págs. 376 e ss..

parcial da invalidade se salda numa desconformidade parcial de uma das cláusulas principais com a lei, ou melhor, a expurgação da invalidade obtém-se através de um redimensionamento do objecto/da prestação. Vejamos algumas hipóteses.

Considere-se, desde logo, à hipótese de alguém ter sido contratado, através de contrato de trabalho, para exercer as funções de caçador, tendo em vista a captura de duas espécies de animais, sucedendo, no entanto, que a caça de uma das espécies animais se encontra proibida por lei.

Afigura-se-nos que, em hipóteses como aquela acabada de descrever, o objecto do contrato de trabalho, porque viola uma disposição legal imperativa, é contrário à lei, pelo que a consequência não poderá deixar de ser a da nulidade, nos termos do artigo 280.º, n.º 1 do Código Civil⁸⁰⁹.

⁸⁰⁹ Quando se fala em objecto (mediato) do contrato de trabalho fala-se fundamentalmente da prestação que o trabalhador se obriga a realizar e não tanto na remuneração que a outra parte, o empregador, se obriga a prestar. Contudo, não está excluído que também ao nível da remuneração se possam configurar hipóteses de falta de idoneidade, ainda que revestindo hoje mais a natureza de exemplos de escola, puramente académicos, do que outra coisa. Pense-se na hipótese amplamente discutida no passado, no espectro da doutrina italiana, a propósito de trabalho prestado mediante uma promessa de adopção, de casamento ou disposições *mortis causa*. Assumindo – questão que por si só não é, de todo, pacífica – que as partes gozam de liberdade para criar *relações de trabalho subordinado* através de esquemas contratuais caracterizados por uma onerosidade diferente daquela que é a típica (a esse propósito, veja-se o aresto do Tribunal da Relação de Coimbra de 28 de Janeiro de 2005, Proc. n.º 2387/04, em que, a propósito de um litígio em que a Autora aceitara prestar serviços domésticos em troca da promessa da beneficiária de lhe deixar, a ela e ao marido, todos os seus bens, o tribunal decidiu que o caso era da competência do tribunal judicial, e não do tribunal de trabalho por aquela promessa não preencher o conceito de retribuição), perguntava-se se uma prestação prometida com aquelas características preencheria os requisitos de idoneidade do objecto negocial. Ora, a esse respeito, foram várias os percursos argumentativos sugeridos na jurisprudência e doutrina italianas para alicerçar a invalidade do objecto negocial. Algumas pronúncias dos tribunais italianos optaram por fundamentar a invalidade do acordo sobre a retribuição com base na ilicitude da causa. Foram, no entanto, mais significativas as vozes que chamaram a atenção para o facto de não estar em causa um problema de ilicitude da causa ou do objecto, mas sim um problema de impossibilidade de realização da prestação no plano normativo. A objecção fundamental residiria no facto de tanto os actos de disposição *mortis causa* como a constituição de relações de casamento e adopção deverem ser livres de qualquer vínculo obrigatório ou contratual. Nestes casos, portanto, a compensação não poderia ser considerada válida na medida em que, pelo seu conteúdo, não seria apta a constituir uma relação jurídica obrigatória, podendo falar-se, segundo alguma doutrina, de um objecto juridicamente impossível – sobre esta discussão, ver TIZIANO TREU, *Onerosità e corrispettività...*, *cit.*, págs. 168 e ss..

Trata-se, no entanto, parece-nos, de uma hipótese de invalidade parcial, pelo que surge como equacionável um cenário de eventual aproveitamento do negócio na parte em que não haja contradição directa com a lei. Na verdade, a lei veda a caça de uma das espécies, mas já não a outra, donde resulta que se o objecto for reduzido àquela segunda espécie já não será sujeito a um juízo de invalidade. A questão que se coloca é, portanto, a seguinte: em que circunstâncias será de admitir a conservação do contrato? Ou, vistas as coisas sob um outro ângulo, como saber se a violação da norma em questão produz a nulidade apenas da parte em que haja contradição directa ou se estende a todo o contrato?

A resposta a esta questão passará, pensa-se, pelo recurso à regra do n.º 1 do artigo 121.º do Código do Trabalho – coincidente com a patente no 292.º do Código Civil – ou seja, pela aplicação da disciplina comum da redução do negócio jurídico segundo a qual a invalidade parcial não determina a invalidade total salvo se alguma das partes – neste caso, muito provavelmente, o empregador – provar que, sem a parte viciada, o contrato de trabalho não teria sido celebrado⁸¹⁰.

⁸¹⁰ Um outro exemplo de invalidade parcial por decomposição do objecto próximo daquele que se refere no texto pode ser colhido em MILENA SILVA ROUXINOL, *A vinculação autoral do trabalhador jornalista, cit.*, pág. 227 e ss., no contexto específico do contrato de trabalho jornalístico. Partindo do entendimento segundo a qual a celebração do contrato de trabalho jornalístico acarreta naturalmente a concessão ao empregador de uma autorização de utilização das obras criadas em execução do mesmo, a Autora analisa um conjunto de situações em que essa posição jus-autoral detida pelo empregador conflitua com a posição de um terceiro também ele titular de um direito que lhe confira poderes de exploração das obras em causa. Um dos cenários equacionados prende-se justamente com aqueles casos em que o direito em favor do terceiro se constituiu anteriormente ao do empregador. A prevalência do direito do terceiro nesses casos tem como consequência a invalidade da disposição autoral em benefício do empregador (por violação do princípio *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*), e na óptica da Autora, saldará-se numa hipótese de invalidade do contrato por impossibilidade legal do objecto, atenta a conexão entre a declaração de conclusão do contrato de trabalho tendente à produção intelectual e a permissão de exploração da mesma. Admite-se, no entanto, que o juízo possa não ser *a priori* o de uma invalidade total, mas de invalidade meramente parcial, naqueles casos em que o direito do terceiro, anterior ao contrato de trabalho, incida não sobre a globalidade das obras produzidas pelo autor, mas apenas sobre uma obra ou uma parcela definida. Nesses casos, operaria, segundo a Autora, a regra do n.º 1 do artigo 121.º do Código do Trabalho, leia-se, o regime comum da redução do negócio jurídico.

II – Haja em vista, agora, um outro conjunto de situações.

Pense-se na hipótese de A ter sido contratado para desempenhar as funções de segurança num estabelecimento de B, bem como, quando necessário, funções de motorista. Suponha-se, no entanto, que o trabalhador em causa não era detentor de carta de condução. Considere-se a hipótese de A ter sido contratado pela empresa B – empresa de veículos pesados de mercadorias – para exercer as funções de motorista de veículos pesados de mercadorias da categoria x (com massa máxima total até x Kg). Suponha-se então que A, detentor de título para a condução de veículos pesados da categoria y (massa máxima total até y Kg), não estava habilitado a conduzir veículos pesados da categoria x ⁸¹¹. Pense-se também no caso de ter sido celebrado um contrato de trabalho entre a empresa A e B, através do qual B se vinculou a exercer as funções advogado, a praticar todos os actos próprios da advocacia⁸¹². Imagine-se, no entanto, que B não é detentor da cédula profissional como advogado, mas possui apenas a cédula como advogado estagiário, o que nos termos do Estatuto da Ordem dos Advogados acarreta limitações quanto aos actos próprios da advocacia, estando-lhe vedado o exercício da advocacia em processos penais da competência de tribunal colectivo assim como a intervenção em processos não penais quando o respectivo valor seja superior à alçada da primeira instância⁸¹³. Ou ainda o caso de alguém ter

⁸¹¹ Cf. actualmente o Decreto-Lei n.º 138/2012, de 5 de Julho que, entre outros aspectos, aprova o Regulamento da Habilitação Legal para Conduzir, onde são definidas as diferentes modalidades de cartas e licenças de condução. Dentre as cartas de condução que habilitam a condução de veículos pesados estabelecem-se diferenças consoante a categoria de veículo em questão, leia-se, consoante a massa total do veículo.

⁸¹² Não oferece hoje particular discussão a ideia segundo a qual a actividade de advogado, muito embora tradicionalmente exercida em regime liberal através de contrato de prestação de serviço, pode também, por princípio, ser objecto de contrato de trabalho. Na verdade, sustenta-se, a autonomia técnico-executiva que a actividade pressupõe – e que caracteriza igualmente outras profissões de acesso regulamentado – não é incompatível com um estado de subordinação jurídica, muito embora, nesses casos, aquela última acabe por ficar reduzida a aspectos externos à própria prestação de trabalho. Este entendimento é confirmado pelo Código do Trabalho, no seu actual artigo 116.º, e pelo próprio Estatuto da Ordem dos Advogados que admite contratos de exercício da profissão em regime de subordinação jurídica, ainda que reservando à Ordem um poder de controlo da salvaguarda dos princípios deontológicos que a regem. Sobre a questão, com amplas referências jurisprudenciais e doutrinárias, ver JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “As fronteiras juslaborais e a (falsa) presunção de laboralidade”, *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 357 e 359, em especial, nota 27.

⁸¹³ Cf. o artigo 189.º do Estatuto da Ordem dos Advogados.

sido contratado por uma empresa de exploração de embarcações pesqueiras para exercer as funções de “arrais de pesca”, sendo apenas detentor de cédula marítima correspondente à categoria de “arrais de pesca local” que permite o governo de embarcações de pesca com dimensões inferiores àquelas que pode exercer um profissional na categoria de arrais de pesca⁸¹⁴.

Em todas as situações apresentadas, dá-se o não preenchimento de um requisito de validade do contrato, dependente simultaneamente, do trabalhador e do objecto do contrato: o trabalhador não se encontra devidamente habilitado com o título profissional necessário ao desempenho de uma certa profissão (carteira profissional, cédula profissional, etc.) ou não é titular da autorização ou licença necessária ao exercício de determinada actividade⁸¹⁵.

Dogmaticamente, surgem hesitações quanto ao enquadramento deste requisito: há quem, colocando a ênfase no sujeito-trabalhador, se refira a um requisito de validade relativo aos sujeitos⁸¹⁶, outros optam por sustentar tratar-se de um requisito de idoneidade do objecto⁸¹⁷, surgindo ainda leituras intermédias que aludem a um pressuposto de idoneidade negocial do trabalhador⁸¹⁸.

⁸¹⁴ Cf. actualmente o Decreto-Lei n.º 280/2001, de 23 de Outubro, o qual aprova o regime aplicável à actividade profissional dos marítimos e à fixação da lotação das embarcações, e donde consta que o exercício da referida actividade se encontra condicionado à posse de cédula marítima na respectiva categoria. Nos termos do regulamento anexo ao referido diploma, o arrais de pesca pode exercer o governo de embarcações de pesca de comprimento entre perpendiculares inferior a 12 metros ou de arqueação bruta até 35, enquanto o arrais de pesca local apenas pode exercer o governo de embarcações de pesca de comprimento entre perpendiculares inferior a 9 metros.

⁸¹⁵ Cf. o Decreto-Lei n.º 92/2011, de 27 de Julho, que instituiu o Sistema de Regulação de Acesso a Profissões, e que revogou o Decreto-Lei n.º 358/84, de 13 de novembro.

⁸¹⁶ Sobre o enquadramento do título profissional como um requisito de validade relativo aos sujeitos, ver, JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, vol. II, *cit.*, pág. 49.

⁸¹⁷ Nestes termos, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, *cit.*, pág. 439, referindo, em todo o caso, tratar-se de um pressuposto negocial não genérico, mas que apenas cabe averiguar em relação a certos casos em concreto.

⁸¹⁸ Assim, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, *cit.*, pág. 131, que distingue esse requisito do pressuposto da idoneidade do objecto negocial. Ainda assim, a Autora acaba por integrar o requisito na categoria dos pressupostos objectivos do negócio laboral.

Independentemente desta última questão que por si só reveste complexidade (e não é, de todo, isenta de relevância prática⁸¹⁹), de acordo com a lei laboral (artigo 116.º, n.º 1 do Código do Trabalho), sempre que o exercício de determinada actividade se encontre legalmente condicionado à posse de título profissional⁸²⁰, a

⁸¹⁹ Na verdade, o enquadramento, à luz da sistematização tradicional, como um requisito de idoneidade do objecto, acaba por se repercutir noutras matérias. A questão suscitou, no passado, algum interesse no seio da doutrina juslaboral italiana. O relevo da discussão terá estado relacionado com a circunstância de o artigo 2116 do *Codice Civile* (entre nós, com uma redacção próxima, mas não totalmente coincidente, o já referido artigo 122.º do Código do Trabalho), segundo o qual a nulidade ou anulação do contrato de trabalho não produz efeitos em relação ao período durante o qual a relação foi executada, prever na parte final uma ressalva para as hipóteses de a invalidade derivar da ilicitude do objecto ou da causa. Perante esta limitação, alguma doutrina e jurisprudência italianas manifestaram a preocupação de evitar uma interpretação demasiado lata do conceito de ilicitude do objecto que tivesse como efeito negar protecção legal ao trabalhador em toda e qualquer situação em que a prestação de trabalho contrastasse com normas legais. Um dos grupos de casos que suscitou divergências foi justamente aquele de trabalhadores desprovidos de habilitações, autorizações, licenças impostos por lei para o exercício de determinada actividade. Enquanto alguns sustentaram que estariam em causa hipóteses de ilicitude do objecto, outros entendiam tratar-se de uma mera ilegalidade por violação de normas imperativas – sobre este ponto, TIZIANO TREU, *Onerosità e crrispettività...*, *cit.*, pág. 188 e ss., em especial, nota 45.

Entre nós, o artigo 122.º do Código do Trabalho não faz qualquer exclusão, ao contrário do que sucede no sistema italiano. Contudo, uma restrição acaba por operar por obra de um outro preceito, o artigo 124.º. Aí se determina que, se o contrato de trabalho *tiver por objecto ou fim uma actividade contrária à lei ou à ordem pública*, a parte que conhecia a ilicitude perde a favor do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social todas as vantagens auferidas decorrentes do contrato de trabalho. Surge então o interesse em identificar o tipo de hipóteses susceptíveis de desencadear a perda das vantagens a favor dessa terceira entidade. Favorável a uma interpretação restritiva da norma já se manifestou JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, *cit.*, pág. 525 (mesmo antes RAÚL VENTURA, “Regime das nulidades do contrato de trabalho”, *cit.*, pág. 57 sustentara fazer sentido uma distinção entre ilicitude por motivos de protecção do trabalhador e ilicitude por motivos genéricos), mostrando, no entanto, o Autor abertura para nela incluir hipóteses como a do contrato de trabalho celebrado sem a respectiva habilitação.

⁸²⁰ De um modo geral, tem a doutrina entendido que a nulidade aí prevista não tem de resultar apenas da falta de titularidade de carteira profissional mas igualmente da falta de qualquer outro título de que dependa o exercício de uma determinada actividade profissional, dando justamente o exemplo do título válido para conduzir veículos – neste sentido, PEDRO MADEIRA DE BRITO, Anotação ao artigo 117.º do Código do Trabalho, *in AA.VV., Código do Trabalho Anotado*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, pág.310; e MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, *cit.*, pág. 132.

falta deste determina a consequência da nulidade⁸²¹. Faz-se notar, de resto, que o fundamento de invalidade aqui identificado se verifica independentemente do eventual erro em que estivesse algum ou ambos os contratantes. A haver erro da parte de algum dos contratantes, esse erro, porque incide ele mesmo sobre um requisito legal de validade do negócio, dir-se-á impróprio⁸²².

Pois bem. Identificado o fundamento da invalidade do contrato, pode depois equacionar-se a questão da sua eventual conservação, do seu eventual aproveitamento. Na verdade, muito embora o não preenchimento do requisito legal tenha como consequência a nulidade, admite-se que, mediante uma determinada operação ortopédica de limitação do objecto, ele possa configurar, afinal, um negócio válido.

No caso do trabalhador contratado para exercer funções de segurança e motorista, a invalidade atinge um dos *quid in obligatio*, podendo, no entanto, o contrato de trabalho ser aproveitado se o objecto for reconduzido apenas ao da actividade de segurança. No caso do contrato celebrado com o motorista, o contrato padece de uma invalidade na medida em que, estando o trabalhador desprovido de carta de condução para pesados da categoria *x*, encontra-se impossibilitado de exercer essa actividade; mas o mesmo já não se verifica se for considerado apenas para o exercício de funções de motorista de pesados da categoria *y*. No caso do contrato celebrado para o desempenho de actividade de advogado, não sendo o trabalhador titular da cédula de advogado, encontra-se impossibilitado de desempenhar actos de

⁸²¹ Independentemente desta previsão legal específica, há quem sustente que já seria essa também a consequência por aplicação do artigo 280.º do Código Civil, respeitante aos requisitos de validade do objecto negocial – assim, PEDRO MADEIRA DE BRITO, Anotação ao artigo 117.º do Código do Trabalho, *in AA. VV., Código do Trabalho..., cit.*, pág. 310, que alude a uma impossibilidade jurídica de exercício da actividade; e PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho, cit.*, pág. 436.

⁸²² Como é sabido, de acordo com os ensinamentos da teoria geral do direito civil, o erro diz-se próprio quando versa sobre outro elemento que não seja a existência de qualquer requisito legal da validade. De contrário, isto é, se incidir sobre um requisito desse tipo será impróprio. *Vide*, por todos, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral..., cit.*, pág. 509. Neste último caso, e de acordo com os ensinamentos da doutrina civilista, esse erro não será relevante, sustentam alguns (MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral..., cit.*, pág. 239; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral..., cit.*, pág. 509; e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral, cit.*, pág. 90) ou, embora relevante, não poderá ser invocável, na opinião de alguns autores (preferindo distinguir a relevância do erro da invocabilidade dos seus efeitos, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, *cit.*, págs. 206 e 207; e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil..., cit.*, pág. 139).

advocacia em acções cujo valor seja superior a alçada da primeira instância; mas o mesmo já não sucederá se o contrato valer apenas para o exercício de actos de advogado-estagiário.

Não temos dúvidas em afirmar que em hipóteses como aquelas acabadas de expor deva ser atribuída à autonomia privada um papel fundamental na decisão acerca do aproveitamento do contrato com um objecto mais limitado. Por outras palavras, quer-nos parecer que deverá relevar aí a vontade hipotético-conjectural de ambas as partes. Contudo, já não teremos idêntica certeza quanto ao instituto pelo qual será de equacionar o referido aproveitamento. Se atentarmos nas situações em análise, teremos de reconhecer que em algumas delas a referida decomposição do objecto assume um significado qualitativo e não meramente quantitativo: o *quid in obligatio*, a actividade a que trabalhador se vincula, não é exactamente um *minus*, mas algo diferente. Daí que, muito embora com dúvidas, propendamos a considerar que as hipóteses em vista caberão melhor na categoria da conversão ou pelo menos constituem uma situação particular à qual se afigura preferível a aplicação do regime comum da conversão (artigo 293.º do Código Civil).

2.2. Hipóteses de invalidade parcial na modalidade invalidade de cláusula acessória ou secundária

Consideremos agora a outra modalidade de invalidade parcial, aquela em que o fundamento invalidante atinge uma cláusula acessória ou secundária do contrato⁸²³.

Como é sabido, dentro do universo de cláusulas acessórias de limitação da liberdade de trabalho, contam-se os chamados pactos de não concorrência, actualmente reguladas entre nós, no artigo 136.º do Código do Trabalho. Imagine-se então que é celebrado um contrato de trabalho entre A e B, ao qual é aposta uma cláusula de não concorrência nos termos da qual B se vincula a não exercer, em termos concorrentes, uma determinada actividade. Sucede, no entanto, que A não se apercebe que a declaração relativa à cláusula de não concorrência tem um conteúdo

⁸²³ RAÚL VENTURA, “Nulidade total e nulidade parcial...”, *cit.*, pág. 268, dá o exemplo de alguém prestar trabalho domiciliário numa actividade em que isso seja proibido. Entende o Autor que numa hipótese desse tipo a manutenção do contrato pode deixar de corresponder à vontade dos contraentes, que só queriam contratar para trabalho domiciliário e não para trabalho no estabelecimento do patrão, sustentando assim a invalidade total do contrato.

divergente da sua vontade real, por exemplo, declarando que a actividade vedada seria a actividade *x*, quando na verdade queria reportar-se à actividade *y*.

Admitindo tratar-se de uma hipótese de erro na declaração, mais concretamente, de erro sobre o conteúdo da declaração, uma vez que o declarante (A) pretendia estipular uma cláusula de não concorrência, mas tinha em vista um conteúdo ou objecto diverso daquele que aparece exteriorizado na declaração⁸²⁴, e dando por preenchidos os requisitos de relevância do erro como motivo de anulabilidade, a cláusula de não concorrência seria, pois, anulável nos termos previstos no artigo 247.º do Código Civil⁸²⁵.

Sendo o erro restrito à referida cláusula, produz-se, da perspectiva da operação negocial em causa, uma invalidade parcial, pelo que cumpre saber se a parte anulável arrasta ou não consigo a destruição do negócio no seu todo. Ora, nesta hipótese, há que tomar em conta, parece-nos, o artigo 292.º do Código Civil. Dir-se-á, pois que, em regra, a parte anulável não arrasta a parte restante, excepto se alguma das partes provar que sem o referido pacto não teria celebrado o contrato de trabalho⁸²⁶. Quer dizer, em regra, a referida invalidade não determinará a invalidade do contrato de trabalho, muito embora se admita que algumas das partes – *rectius*, o empregador – prove a essencialidade do pacto de não concorrência no momento da celebração do contrato de trabalho. Tudo dependerá, naturalmente, do circunstancialismo de cada

⁸²⁴ Assim, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, *cit.*, pág. 221; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *cit.*, pág. 493. Considera-se que essa divergência, por sua vez, possa resultar de lapso de actividade (erro mecânico: “*lapsus linguae*” ou “*lapsus calami*”) – hipótese em que há um desvio na própria vontade de acção –, ou por “*error in iudicando*”, não se apercebendo o declarante de que a declaração tem um conteúdo divergente da sua vontade real (*aliud dixit, aliud voluit*) – hipótese em que existe um desvio na vontade negocial.

⁸²⁵ Determina o artigo 247.º do Código Civil que “Quando, em virtude de erro, a vontade declarada não corresponde à vontade real do autor, a declaração negocial é anulável, desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro”.

⁸²⁶ Julga-se que na hipótese em causa a invalidade da cláusula de não concorrência possa ser concebida como uma hipótese de erro essencial parcial, na medida em que restrito a certa cláusula do negócio, que de outro modo não teria sido celebrada, acompanhando aqui os ensinamentos de MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, *cit.*, pág. 238, nota 1. Segundo o Autor, o erro essencial parcial, preenchidos que estejam os requisitos de relevância, produz uma invalidade parcial, sendo que por sua vez a referida invalidade parcial pode arrastar consigo a nulidade total, nos termos próprios da redução dos negócios jurídicos.

caso, e da conclusão a que se chegue, no caso concreto, acerca da essencialidade daquele pacto de não concorrência para a prossecução dos interesses do empregador.

2.3. Hipóteses de invalidade parcial na modalidade invalidade de alguma das declarações negociais

I – Uma outra “modalidade” de invalidade parcial que identificámos é aquela que é passível de ser registada perante uma pluralidade de declarações negociais no lado único de um negócio unilateral ou num dos lados de um negócio plurilateral ou bilateral. Nesse cenário, como vimos, a invalidade que atinge apenas uma dessas declarações dir-se-á parcial na medida em que, do ponto de vista estrutural, a sua eliminação não impeça a subsistência do negócio.

Pois bem. Pode igualmente equacionar-se a possibilidade de uma invalidade parcial deste género no âmbito do contrato de trabalho. Mais concretamente, considere-se a hipótese de *um contrato de trabalho celebrado com uma pluralidade de empregadores*, sendo a participação de um deles considerada inválida ou, em alternativa, o cenário de uma relação jurídica laboral caracterizada por um vínculo laboral que liga *uma entidade empregadora a uma pluralidade de trabalhadores*, atingido a invalidade a participação de um dos trabalhadores.

A cabal formulação de uma hipótese prática deste tipo pressupõe, contudo, que se analise, em termos preliminares, a admissibilidade, à luz do direito positivo, da constituição de relações laborais com este tipo de complexidade no seu “âmbito” subjectivo. Questão que, como veremos, não merece uma resposta idêntica em face dos dois tipos de situações retratadas.

II – No que diz respeito à admissibilidade de um único contrato de trabalho com pluralidade de trabalhadores, a resposta parece ser negativa. A verdade é que, muito embora não exista na lei laboral portuguesa uma proibição expressa nesse sentido, nem por isso o nosso ordenamento deixa de emitir sinais a esse respeito.

Se atentarmos na noção de contrato de trabalho ínsita no artigo 11.º do Código do Trabalho, aí se lê que: “Contrato de trabalho é aquele pelo qual *uma pessoa* singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade *a outra ou outras*

peçoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.” Ou seja, desde 2003⁸²⁷, o legislador tem o cuidado de esclarecer que, do ponto de vista do âmbito subjectivo, o contrato de trabalho supõe que apenas um sujeito se obrigue a realizar a prestação da actividade enquanto no polo oposto poderá estar apenas um empregador como vários, indiciando com isto que a pluralidade subjectiva do lado do trabalhador não está contemplada^{828 829}.

Esta leitura não se altera, julga-se, no contexto dos contratos de trabalho com regime especial. Com efeito, o diploma que regula entre nós o contrato de trabalho dos profissionais de espectáculo⁸³⁰ permite ao empregador celebrar um contrato de trabalho com pluralidade de trabalhadores para a prestação de uma actividade artística em grupo⁸³¹. Decorre da mencionada disciplina jurídica que o contrato pode ser outorgado directamente pelos trabalhadores ou através de representante comum (chefe do grupo), com a indicação individualizada de todos os trabalhadores. Contudo, acrescenta-se, da celebração do contrato decorrem tantos vínculos laborais quantos os trabalhadores que integram o grupo. Em razão deste último dado, dever-se-á também

⁸²⁷ Com a entrada em vigor do Código do Trabalho. Anteriormente, cf. o artigo 1.º da LCT.

⁸²⁸ Nestes termos, ver, também, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, *cit.*, pág. 66.

⁸²⁹ Uma questão que mereceu já alguma discussão em França foi a da admissibilidade do sugestivo “*contrat de couple*” ou “*contrat conjonctif*”, entendendo-se como tal a convenção através da qual se pretende o recrutamento de dois trabalhadores que vivem em comum, casados, em união de facto ou apenas em economia comum. Alguns sectores doutrinários duvidam da compatibilidade do “*contrat de couple*” com o quadro normativo laboral. Por vezes, invoca-se a dificuldade em conciliar o direito ao respeito da vida privada e familiar com a invasão que o “*contrat de couple*” produz na vida do casal, a partir do momento em que todas as modificações das condições de trabalho têm consequências na vida dos dois trabalhadores. Há também quem considere que a celebração de um “*contrat de couple*” é incompatível com as disposições legais respeitantes ao despedimento por motivos económicos, na medida em que aquele pressupõe um exame individual dos critérios de escolha da pessoa a despedir, ou mesmo com os preceitos sobre modificação substancial das condições de trabalho, uma vez que perante um cenário de declarações de vontade opostas dos dois trabalhadores, um deles teria de renunciar à protecção garantida por lei (assim, ERIC MOUVEAU, “*Le contrat de couple et le droit du travail*”, Dalloz, 1998, pág. 386). Dá-se ainda nota da dificuldade em conjugar a estipulação de uma remuneração global com a norma de ordem pública que estabelece a livre disponibilidade do salário por parte do trabalhador – é o caso de JEAN MOULY, Anotação à decisão da *Cour d’Appel de Limoges*, de 17 de Dezembro de 1990, *D.*, n.º 41, 1991, pág. 597.

⁸³⁰ Cf. a Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro.

⁸³¹ Cf. o artigo 9.º da Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro.

por aqui concluir que o legislador português não pretendeu reconhecer a possibilidade de um único contrato de trabalho com pluralidade de sujeitos do lado passivo⁸³².

Ora, estando afastado o cenário de um único contrato de trabalho com uma pluralidade de trabalhadores, daí também resulta que um problema de uma invalidez parcial, entendendo-se como parte, a declaração negocial de um dos trabalhadores, fica excluído⁸³³.

III – Atentemos agora na situação de um contrato de trabalho com pluralidade de empregadores. A pluralidade de sujeitos do lado activo de uma relação laboral única com o trabalhador é clara e pacificamente admitida entre nós, tal como ocorre no direito das experiências jurídicas que nos estão próximas. Antes da entrada em vigor do Código do Trabalho, a admissibilidade deste tipo de configurações não resultava de uma norma expressa. Contudo, a doutrina entendia que uma solução favorável decorria do princípio da liberdade contratual e da não oposição de nenhuma

⁸³² Também propende a afastar a ideia de que se está perante um genuíno contrato de trabalho de grupo JÚLIO VIEIRA GOMES, “Da fábrica à fábrica de sonhos...”, *cit.*, pág. 217. Referindo-se a esta hipótese como um caso de trabalho de grupo externo, sem que daí decorra propriamente a existência de um único contrato de trabalho, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, *cit.*, pág. 249.

⁸³³ O que por ora afastamos é a ideia de um único contrato de trabalho com pluralidade de trabalhadores e, conseqüentemente, a hipótese de a invalidez parcial corresponder à invalidez da declaração negocial de um deles. Hipótese distinta a considerar será a da admissibilidade de formações contratuais complexas, de dois (ou mais) vínculos laborais, resultando a complexidade da circunstância de intercederem conexões juridicamente relevantes entre eles, designadamente quando esses contratos se integrem num mesmo processo de composição de interesses ou propendam para a realização da mesma função complexiva. Podem assumir relevância nesse contexto fenómenos como o *job sharing* (aquele em que o mesmo posto de trabalho é dividido por vários trabalhadores, sendo a forma dessa repartição decidida pelos próprios trabalhadores), o “contrat de couple” ou “contrat conjonctif” (já que a expressão é ambígua e vem sendo utilizada para se reportar quer à convenção através da qual se pretende o recrutamento de dois trabalhadores que vivem em comum, casados, em união de facto ou apenas em economia comum, quer para exprimir a presença de dois contratos de trabalho ligados através de uma cláusula de indivisibilidade ou que participam de um mesmo “ensemble contractuel”, como afirma JEAN MOULY, em anotação ao aresto da *Cour de Cassation*, de 18 de Novembro de 1998, *D.*, n.º 31, 1998, pág. 443) ou outros fenómenos de trabalho em grupo. Não se exclui que da análise dos interesses em jogo nessas formações contratuais se venha a concluir pela existência de um quadro negocial unitário, como sublinha, num contexto mais amplo, FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos e complexos...*, *cit.*, págs. 173 e 215.

norma ou princípio juslaboral⁸³⁴. A partir de 2003, o contrato de trabalho celebrado com uma pluralidade de empregadores passou a contar com uma disciplina legal própria⁸³⁵. À luz desse regime, a admissibilidade de celebração de um contrato de trabalho entre um trabalhador e uma pluralidade de empregadores encontra-se dependente do preenchimento cumulativo de um conjunto de requisitos substantivos e formais. Por um lado, as entidades empregadoras têm de estar coligadas numa relação societária de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, ou ainda possuírem estruturas organizativas comuns. Em segundo lugar, o legislador impõe ao respectivo contrato constitutivo não apenas a forma escrita mas também um conteúdo mínimo – identificação, assinaturas e domicílio das partes, identificação da actividade a prestar, do local e do período normal de trabalho, e indicação do empregador que representa os demais no cumprimento dos deveres e no exercício dos direitos emergentes do contrato de trabalho.

À inobservância de alguns destes requisitos de validade liga a lei consequências jurídicas específicas, como aquela que confere ao trabalhador o direito de optar pelo empregador ao qual fica vinculado (artigo 101.º, n.º 5 do Código do Trabalho). Do mesmo modo, a constituição de um contrato de trabalho com pluralidade de empregadores suscita problemas específicos no que toca ao modo como a execução da relação laboral se desenvolve, do ponto de vista dos direitos e deveres das partes, dentre os quais se destaca com particular acuidade a questão do tipo de responsabilidade que cada um dos empregadores assume perante o trabalhador, questão que a lei laboral procura igualmente enfrentar⁸³⁶.

⁸³⁴ Antes pelo contrário. Como curiosamente observa CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, “Contrato de trabalho e pluralidade de empregadores”, *QL*, ano XII, n.º 26, 2005, pág. 227, o reconhecimento de uma configuração contratual deste tipo era, de certa forma, o expediente gizado até pela jurisprudência para garantir a efectividade das normas laborais, evitando fenómenos de interposição na relação de trabalho susceptíveis de permitir a uma entidade obter todas as vantagens inerentes à posição de empregador sem ser onerada com os respectivos encargos.

⁸³⁵ Cf. o artigo 92.º do Código do Trabalho de 2003; e o artigo 101.º do Código do Trabalho de 2009.

⁸³⁶ Note-se que a principal preocupação principal do legislador ao regular figura da pluralidade de empregadores foi a de disciplinar o lado passivo da situação jurídica do empregador, afirmando para isso a regra da responsabilidade solidária passiva em face do trabalhador e de terceiros, como observa JOANA VASCONCELOS, “Contrato de trabalho com pluralidade de empregadores”, *RDES*, ano XLVI, n.ºs 2, 3 e 4, 2005, pág. 285.

Mas pode suceder que, em termos mais gerais, a propósito da celebração de um contrato de trabalho com pluralidade de empregadores, se verifique um vício originário invalidante que atinja uma das declarações negociais, uma das declarações negociais de um dos sujeitos que irá integrar a posição de empregador. Pense-se na hipótese de um dos empregadores ter emitido a sua declaração negocial numa situação de erro, de coacção, de incapacidade acidental, etc.. Perante a invalidade de uma das declarações negociais dos sujeitos que integram a “parte” empregadora, e não sendo esta essencial à subsistência estrutural do contrato de trabalho, coloca-se a questão de saber se o contrato de trabalho remanescente deve poder ser conservado ou não. Ora, não vislumbramos razões para que se exclua neste tipo de hipóteses o recurso à disciplina comum da redução do negócio jurídico. Vistas as coisas a esta luz, cabe, de acordo com o critério aí estabelecido, que o juízo sobre a redução do negócio jurídico seja formulado com base no apuramento da vontade hipotética das partes.

Com uma nota. Uma vez que no sistema jurídico português, o legislador optou pela consagração de uma *presunção* favorável à redução do negócio, caberá à parte (entidade(s) empregadora(s) ou trabalhador) interessada na invalidade total afastar a presunção, provar o contrário, *rectius*, a existência de uma vontade hipotética contrária à redução. Pense-se na hipótese de ter sido decisivo para o declarante-empregador cuja declaração não é inválida a participação do outro empregador no contrato – por ser ele o detentor do *know-how* específico a transmitir ao trabalhador, por ser ele o detentor dos meios de produção, etc..

2.4. Hipóteses de erro-vício em relação às quais se admite o recurso ao regime jurídico da redução

I – Cabe, nesta sede, uma incursão por um grupo de situações que não configuram uma “quarta” modalidade de invalidade parcial propriamente dita, (pelo menos atendendo ao critério formulado) mas que surgem, amiúde, formuladas num discurso autónomo, por uma certa intersecção entre a figura do erro-vício e o problema da invalidade parcial.

Referimo-nos àquela categoria de situações em que declarante celebra um negócio em erro, mas se não estivesse em erro, teria querido celebrar o mesmo negócio, embora em termos diferentes, *rectius*, teria querido celebrar *parte do*

negócio: o mesmo negócio, embora amputado num seu elemento essencial em termos quantitativos ou o mesmo negócio embora diferente quanto a algum dos seus elementos acessórios, suprimindo-o.

Talvez seja útil começar por esclarecer que existe na doutrina civilista portuguesa alguma divergência quanto ao enquadramento dogmático das hipóteses acabadas de descrever, ainda que sem resultados práticos significativos para a questão que nos ocupa, como veremos.

Alguma doutrina civilista considera que a situação descrita constitui uma hipótese de *erro incidental*, não essencial, portanto. De acordo com esta compreensão, diz-se essencial o erro que foi decisivo na determinação da vontade do declarante, por maneira que, se aquele conhecesse o verdadeiro estado das coisas, não teria querido, de todo em todo, concluir o negócio. Já será incidental o erro que apenas influi nos termos do negócio, por maneira que o errante sempre estaria disposto a concluir o negócio, embora noutras condições⁸³⁷.

Já segundo uma outra classificação, proposta por CASTRO MENDES⁸³⁸, estaremos perante hipóteses de *erro essencial parcial*, no primeiro caso, e *erro incidental*, no segundo. Na verdade, o Autor admite que, paralelamente àquelas hipóteses em que o erro exerceu uma intervenção tal no processo formativo da vontade que se o declarante não estivesse em erro, não teria celebrado negócio nenhum (erro essencial absoluto), se possam equacionar outros cenários, a saber: (i) poderia o errante estar disposto a realizar negócio essencialmente diferente ou diferente em algum elemento essencial (erro essencial relativo); (ii) poderia o errante estar disposto a realizar parte do negócio, amputado num seu elemento essencial em termos quantitativos (erro essencial parcial); (iii) ou a realizar negócio diferente em algum elemento acessório (erro incidental); (iv) ou ainda a realizar o mesmo negócio (erro acidental ou indiferente).

⁸³⁷ Sobre a distinção, ver, designadamente, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, cit., pág. 238; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pág. 508; e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, cit., pág. 143.

⁸³⁸ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Civil...*, cit., pág. 166 e ss..

Ainda segundo uma outra compreensão⁸³⁹, as situações expostas configuram casos de *erro causal ou essencial*. Segundo esta leitura, diz-se causal ou essencial, o erro quando, a não haver ignorância ou falsa representação de certo motivo que interferiu no processo volitivo, o declarante não quereria celebrar qualquer negócio, ou quereria celebrar negócio diferente, quer quanto ao seu tipo, quer quanto a algum dos seus elementos essenciais ou acidentais. Já será indiferente ou acidental o erro, sempre que o declarante, sem erro, estivesse disposto a celebrar o mesmo negócio.

Independentemente das diferentes classificações acabadas de expor, à luz de qualquer uma das compreensões, estamos perante hipóteses em que se suscita um problema de invalidade, *rectius*, anulação parcial⁸⁴⁰ do negócio, a analisar nos termos do artigo 292.º do Código Civil⁸⁴¹.

Assim, para a primeira orientação, muito embora esteja em causa uma hipótese de erro incidental, a incidentalidade do erro não determina sua irrelevância. Reconhece-se que seria injusto deixar o errante sem qualquer protecção, e como forma de remediar a situação, propugna-se basicamente e em termos genéricos, *a ideia de se poder fazer valer o negócio nos termos em que ele teria sido concluído se não fosse o erro*. Admite-se, pois, estarmos perante um cenário de divisibilidade do

⁸³⁹ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, *cit.*, pág. 206 e ss.. Em sentido próximo, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, *cit.*, pág. 85, distingue a essencialidade absoluta da essencialidade relativa, que se contrapõem ao erro indiferente.

⁸⁴⁰ Cf. os artigos 251.º e 252.º do Código Civil. Recorde-se que no sistema português, o artigo 292.º contempla expressamente quer o cenário de nulidade quer o de anulação parcial, o que constitui um factor não dispiciendo para que as hipóteses de erro-vício que incidam sobre uma parte do negócio possam ser analisadas com base no princípio *utile per inutile non vitiatur*. A mesma opção não foi seguida, por exemplo, pelo legislador italiano, que apenas se refere explicitamente à nulidade parcial. Este elemento, a par de outros, contribuiu para que uma minoria da doutrina tivesse já defendido a exclusão das hipóteses de vícios parciais da vontade do âmbito de aplicação do artigo 1419/1 do *Codice* – assim, DALMARTELLO *apud* GIOVANNI CRISCUOLI, “*Precisazioni in tema di annullabilità parziale...*”, *cit.*, págs. 374 e ss.

⁸⁴¹ Na jurisprudência, considerando que a certas hipóteses de erro-vício se aplica o regime jurídico da redução, vejam-se, entre muitos, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Fevereiro de 2007, processo n.º 06A4766, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Maio de 2007, processo n.º 07A1066, e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Junho de 2009, processo n.º 08B3202, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

negócio, de invalidade parcial, que convoca o regime do artigo 292.º do Código Civil⁸⁴².

Também CASTRO MENDES⁸⁴³ considera que nas hipóteses em causa – de erro essencial parcial e erro incidental, na classificação adoptada pelo Autor – tudo se passa como se, da perspectiva do errante, houvesse uma parte do negócio que não havia sido determinada pelo erro e que ele sempre teria celebrado e outra parte, essa sim, determinada pelo erro, anulável, pelo que, colocando-se um problema de invalidade parcial, haveria depois de atender ao artigo 292.º do Código Civil.

Por fim, segundo LUÍS CARVALHO FERNANDES⁸⁴⁴, estão em causa hipóteses de erro essencial ou causal, o qual gera sempre anulabilidade; contudo, uma vez que o erro incide apenas sobre parte do negócio, a anulabilidade gerada pelo erro é apenas parcial, suscitando-se neste caso um problema de invalidade parcial a analisar nos termos da regra geral do Código Civil.

II – Retornando, depois destas necessárias clarificações, à questão central, cabe agora dar conta de hipóteses no universo do contrato de trabalho que ilustrem a categoria de situações em análise.

Pense-se na situação de A ter sido contratado por B, para sob as suas ordens e direcção, desempenhar as funções de animador musical num bar-teatro. B contratou A por supor que A era C, um conhecido e experiente cantor, detentor do mesmo nome artístico. Se B soubesse que A não era C, teria concluído o contrato de trabalho noutros termos, distinguindo-se, a este nível, três sub-hipóteses: (i) teria acordado o salário do trabalhador em *x* e não em *y*; (ii) não teria apostado ao contrato de trabalho uma cláusula de não concorrência ou uma cláusula de exclusividade; (iii) teria celebrado um contrato de trabalho a termo resolutivo, e não por tempo

⁸⁴² MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, cit., pág. 238, nota, 3; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pág. 508, precisando que deverá ter lugar a anulabilidade quando se não possa ajuizar desses termos com segurança, ou pelo menos, com bastante probabilidade, e ainda quando se prove que a outra parte os não teria acolhido.

⁸⁴³ *Direito Civil...*, cit., pág. 169 e ss..

⁸⁴⁴ *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, cit., pág. 205.

indeterminado⁸⁴⁵. Ou seja, a vontade conjectural do errante (o empregador) – isto é, a vontade que ele formaria se tivesse conhecido a realidade que ignorou – não teria sido no sentido de não celebrar qualquer contrato de trabalho, mas o de concluir ainda assim o mesmo contrato de trabalho *em termos diferentes*. Numa primeira sub-hipótese, teria celebrado apenas parte do contrato – reduzindo o montante da retribuição (i)⁸⁴⁶; numa segunda situação, estaria disposto a celebrar o contrato, mas teria suprimido uma parte – *rectius*, teria eliminado uma cláusula acessória, a cláusula de não concorrência ou a cláusula de exclusividade (ii); por fim, num terceiro cenário estaria disposto a celebrar um contrato de trabalho a termo resolutivo – “substituindo” a cláusula que estabelece a duração indeterminada do vínculo pela que fixa um termo resolutivo, ou melhor dizendo, aditando ao contrato de trabalho uma cláusula de termo resolutivo, alterando a modalidade contratual (iii).

Decerto, relevando a hipótese enquanto erro-vício⁸⁴⁷, sempre se imporia perguntar, antes de mais, que tipo de erro estaria em causa, tendo em conta a diversidade de regimes previstos nos artigos 251.º e 252.º do Código Civil, consoante o *quid* sobre o qual incida a suposição errónea condicionante da vontade negocial. Caberia averiguar se estaríamos perante uma hipótese de erro sobre a pessoa a pessoa do declaratório, mais concretamente, sobre as qualidades da pessoa do declaratório ou se ante uma hipótese de erro sobre a base do negócio⁸⁴⁸. O interesse da delimitação prender-se-ia, *in casu*, com o facto de, sendo o erro qualificado como erro sobre a base do negócio (enquadrado portanto na previsão do artigo 252.º, n.º 2 do Código Civil), daí resultar a aplicação do disposto sobre a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias (artigo 437.º do Código Civil). Ora, alguma

⁸⁴⁵ Para o trabalhador comum, cf. os artigos 139.º e ss. do Código do Trabalho; estando em causa um contrato de trabalho, sujeito ao regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espectáculos, aprovado pela Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro, cf. o artigo 7.º desse diploma.

⁸⁴⁶ Supondo, evidentemente, que a diferença remuneratória encontra justificação numa causa objectiva.

⁸⁴⁷ Naturalmente, poderia equacionar-se que tivesse havido dolo por parte do candidato ao emprego, nos termos do artigo 253.º do Código Civil.

⁸⁴⁸ Admitindo que o erro que incide sobre a base do negócio se projecte sobre qualquer elemento do negócio, nomeadamente, sobre a pessoa do declaratório. Assim, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, *cit.*, pág. 219. Trata-se, porém, de um aspecto que suscita dúvidas, como aponta JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Civil...*, *cit.*, pág. 221.

doutrina⁸⁴⁹ tem entendido que sendo o erro sobre a base do negócio relevante, a sanção poderá ser a anulabilidade⁸⁵⁰, mas também *a modificação dos termos do negócio*, segundo juízos de equidade, possibilidade que já estaria excluída em caso de erro sobre a pessoa do declaratório. Ora, em relação a este aspecto, a situação em análise deveria recair, atenta a factualidade avançada, parece-nos, na categoria do erro sobre a pessoa do declaratório.

A ser assim, quanto às duas primeiras sub-hipóteses (i) e (ii), nas duas é possível equacionar um cenário de invalidade parcial. Há uma parte do contrato de trabalho que não foi determinada pelo erro e que o empregador sempre teria celebrado e outra parte, separável – num caso, por amputação de uma parte dos efeitos respeitantes ao valor da retribuição, no outro, por eliminação de uma estipulação acessória – essa sim, determinada pelo erro, anulável. Ora, colocando-se, naturalmente, a questão de saber se o vício que afecta apenas parte do contrato se estende ou não a todo o contrato de trabalho, uma vez mais deverá fazer-se apelo ao critério previsto no artigo 292.º do Código Civil⁸⁵¹. Vale isto por dizer que, em princípio, o contrato de trabalho será aproveitado de acordo com o que teria sido acordado se o empregador estivesse devidamente esclarecido acerca das qualidades do trabalhador – leia-se, com um valor da retribuição inferior; sem a cláusula de não concorrência ou de exclusividade –, salvo quando se prove que o trabalhador não teria concluído o contrato de trabalho sem a parte viciada.

A este propósito, devem, não obstante, ser feitas duas observações.

Uma primeira para dizer que, tendo presente, por um lado, que a norma em questão estabelece uma presunção favorável à redução do negócio, e por outro, que,

⁸⁴⁹ Cf. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, *cit.*, pág. 220; JOANA VASCONCELOS, *A Revogação do Contrato de Trabalho*, *cit.*, pág. 370, nota 1688; PEDRO NUNES DE CARVALHO, “Considerações acerca do erro em sede de patologia da declaração negocial”, *ROA*, ano 52 1992, pág. 175.

⁸⁵⁰ E não a resolução, como resultaria de uma aplicação directa e irrestrita do citado artigo 437.º. Quanto a este aspecto, há hoje um amplo consenso, como resulta das indicações bibliográficas colhidas em CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *cit.*, pág. 514, nota 703.

⁸⁵¹ Claro que é possível novo acordo entre A e B. Esse ponto está fora de causa. Só nos interessam os efeitos do erro de B. E também não se olvida que, estando em causa um contrato de trabalho, a faculdade de denúncia *ad nutum* durante o período experimental (artigo 111.º do Código do Trabalho), a menos que tivesse sido excluída contratualmente (artigo 112.º, n.º 5 do Código do Trabalho), seria sempre um instrumento que poderia acautelar os interesses do empregador.

estando o trabalhador tipicamente interessado na conservação do contrato de trabalho, será a redução, com bastante probabilidade, o desfecho comum. De todo o modo, não se justifica um empolamento deste juízo, não estando de todo em todo excluído que a relevância da vontade hipotética do trabalhador possa inquinar esta presunção jurídica e de base empírica. Pense-se na hipótese de ter sido fixada como contrapartida pela cláusula de exclusividade uma compensação económica de determinado montante⁸⁵² que assumiu valor decisivo para o trabalhador concluir o contrato. Em segundo lugar, não se olvida que num quadro normativo como aquele em que nos movemos, quadro esse em que, em nome da liberdade de trabalho constitucionalmente consagrada, a denúncia *ad nutum* do trabalhador é conformada em termos particularmente generosos, a eventual redução do contrato de trabalho, mesmo que contrária à vontade hipotética do trabalhador, acabará por não se saldar num constrangimento significativo para este contraente, que poderá sempre, optar por exercer o seu direito de desvinculação (demissão) sem particulares ónus ou encargos⁸⁵³.

Já no que respeita à ultima sub-hipótese (*iii*), a situação é distinta. Na verdade, a doutrina civilista tem sublinhado a ideia de que a relevância do erro tem um alcance meramente destrutivo, o erro tem uma eficácia meramente anulatória. Nas sugestivas palavras de JOÃO DE CASTRO MENDES, “O erro só destrói, não constrói; só apaga, não escreve⁸⁵⁴. Ora, *in casu*, a correcta representação da realidade teria levado o empregador não propriamente a celebrar parte do negócio, destruindo outra (amputado em termos quantitativos um elemento essencial ou suprimindo um elemento acessório), mas a substituir, a alterar, uma cláusula. Levando em consideração este aspecto, propendemos a considerar que esta seja uma hipótese em

⁸⁵² Recorde-se que a previsão de uma compensação económica configura um requisito de validade das cláusulas de exclusividade. Na verdade, a propósito da questão da (in)admissibilidade das cláusulas de exclusividade apostas ao contrato de trabalho tem-se entendido deverem as mesmas, em princípio, ser aceites, conquanto sujeitas a requisitos de admissibilidade, nomeadamente a previsão de uma compensação económica. Assim, JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, vol. II, *cit.*, pág. 65; e MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, *cit.*, pág. 242 e ss..

⁸⁵³ Apenas o constrangimento do prazo de pré-aviso/indemnização (cf. os artigos 400.º e 401.º do Código do Trabalho).

⁸⁵⁴ *Direito Civil...*, *cit.*, pág. 168: “O erro só destrói, não constrói; só apaga, não escreve. A discrepância entre a vontade negocial e a conjectural só pode ter eficácia destrutiva. A vontade conjectural pode invalidar a negocial; mas não pode ser, ela, elemento do negócio jurídico (salvo no caso muito particular do erro sobre a base do negócio...)”.

que o contrato de trabalho tal como foi concluído ou se mantém ou é anulável todo ele com base em erro (verificados, claro, os restantes requisitos de relevância do erro), não se podendo falar de uma hipótese de invalidade parcial nem havendo espaço para equacionar o seu eventual aproveitamento nos termos do artigo 292.º do Código Civil ou do artigo 121.º, n.º 1 do Código do Trabalho.

3. Algumas observações finais e breve alusão a outras hipóteses de aplicação do regime comum de redução: a invalidade parcial *de outros negócios jurídicos de natureza laboral*

I – O quadro acabado de traçar não pretende exaurir todas as hipóteses de aplicação do regime comum da redução ao contrato de trabalho. Ainda que tivéssemos semelhante ambição, sempre os casos reais seriam em maior número do que a nossa capacidade de os excogitar. Cremos, em todo o caso, que se deu conta, de forma mais consistente e sistematizada das hipóteses teóricas em que a aplicação do instituto ganha sentido e razão de ser.

Se é certo que mercê deste esforço, a aplicabilidade do instituto em caso de invalidade parcial do contrato de trabalho se torna mais inteligível, pode, todavia, questionar-se a necessidade da reprodução de um regime como este na lei laboral⁸⁵⁵. Por um lado, porque mesmo na ausência dessa norma na lei laboral, sempre haveria lugar a aplicação daquele regime por aplicação subsidiária das disposições do Código Civil. Por outro lado, bem vistas as coisas, se atentarmos nas hipóteses em que se justifica o recurso ao regime-regra do Direito Civil, concluir-se-á que elas correspondem a hipóteses que não pressupõem a violação da normatividade laboral, o que constitui mais um elemento que faz duvidar da bondade da previsão daquele regime no sistema juspositivo laboral. Afigura-se-nos, ainda assim, que a opção pela reprodução da regra na legislação laboral portuguesa terá sido fortemente influenciada pelo contexto histórico em que o legislador laboral decidiu dedicar um bloco

⁸⁵⁵ Recorde-se, por exemplo, que não foi nesse sentido a opção do legislador espanhol que apenas fez constar do *Estatuto de los Trabajadores* aquela que é a solução de conservação autoritária. Num contexto mais alargado, confrontem-se as orientações seguidas a propósito de regimes especiais por contraposição com o direito geral (cláusulas contratuais gerais, diplomas sobre tutela do consumidor, etc.).

normativo à disciplina da invalidez parcial, entenda-se, pela proximidade que se fez sentir entre a entrada em vigor da LCT e o Código Civil, o qual consagrou pela primeira vez o instituto da redução em termos gerais.

II – A par da questão acabada de tratar, pode perguntar-se *ainda* se cobrará sentido a aplicação do regime da redução comum noutras hipóteses de invalidez parcial não propriamente *do* contrato de trabalho, mas *de outros pactos ou negócios de natureza laboral* que podem ser celebrados por ocasião da conclusão do contrato de trabalho, durante a execução do contrato ou aquando da sua extinção – v.g. pacto de não concorrência⁸⁵⁶ – ou que constituem eles próprios formas de extinção do vínculo laboral – *maxime* o acordo de revogação do contrato de trabalho. Pode suceder que que a norma que determina a invalidez negocial se reporte apenas a uma parte desse pacto ou negócio de natureza laboral e seja possível equacionar a redução do mesmo. Referir-nos-emos aqui, de forma sumária, a duas manifestações.

Tomemos em consideração, primeiramente, *o pacto de não concorrência*⁸⁵⁷,

⁸⁵⁶ Que o pacto de não concorrência pode ser firmado no momento da celebração do contrato de trabalho ou em momento posterior é aspecto que hoje não levanta dúvidas (artigo 136.º, n.º 2, alínea a) do Código do Trabalho) e reúne particular consenso junto da doutrina nacional – assim, MARIA IRENE GOMES, “Questões a propósito dos requisitos exigidos para a lícita constituição da cláusula de não concorrência...”, *cit.*, pág. 246; JOÃO ZENHA MARTINS, “Os pactos de não concorrência...”, *cit.*, págs. 320 e ss.; e JOANA VASCONCELOS, *A Revogação do Contrato de Trabalho*, *cit.*, pág. 195. Se este aspecto genericamente não merece reparos, menos evidente nos parece que o tratamento jurídico do pacto deva ser totalmente idêntico, pelo menos em relação a certos aspectos, independentemente da fase em que seja subscrito, atendendo às especificidades que a subscrição do mesmo apresenta quando firmado na fase de celebração e/ou execução do contrato de trabalho por contraposição com a subscrição após a extinção da relação laboral.

⁸⁵⁷ É controvertida a configuração que a doutrina juslaboral dá ao pacto de não concorrência quando firmado por ocasião da celebração e/ou execução do vínculo laboral. A questão pode ter interesse prático, desde logo para o problema da redução. Para certos sectores, o pacto é visto como mais uma cláusula do contrato de trabalho (assim por exemplo, na literatura espanhola, ALBERTO VALDÉS ALONSO, “Pacto de no competencia postcontractual y acto de conciliación. Sobre la supuesta “accesoriedad” de la obligación de no competencia respecto del contrato de trabajo (comentario a la STS, Sala cuarta, de 21 de marzo de 2001)”, *RL*, I, 2002, págs. 828) que apenas tem a particularidade de desencadear os seus efeitos após a cessação do contrato de trabalho. Já a doutrina italiana orienta-se consistentemente no sentido de considerar o pacto como um contrato distinto e autónomo, que não obstante ter no contrato de trabalho o antecedente lógico, é dotado de uma causa e função económico-

entre nós admitido e disciplinado no artigo 136.º do Código do Trabalho. Imagine-se a hipótese de ter sido celebrado um pacto de não concorrência em cujos termos o trabalhador se compromete a não exercer uma actividade concorrente, após a cessação do contrato de trabalho, durante um período de quatro anos. A fixação de um período de duração de quatro anos excede o limite máximo de duração previsto na lei para o referido vínculo – dois anos para a generalidade dos trabalhadores, e três anos, no caso de trabalhador afecto ao exercício de actividade cuja natureza suponha especial relação de confiança ou que se tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência (artigo 136.º, n.ºs 2 e 5 do Código do Trabalho)⁸⁵⁸ – pelo que, verificando-se a violação de uma disposição legal de carácter imperativo, a consequência será então a da nulidade, nos termos gerais. Admitindo tratar-se de uma invalidade meramente parcial⁸⁵⁹, na medida em que o vício invalidante em questão

social próprias – assim, ALESSANDRO BOSCATI, *Patto di non concorrenza*, Giuffrè, Milão, 2010, pág. 130, com amplas referências bibliográficas. Há quem se refira a uma cláusula-negócio (por contraposição à cláusula-parte), a uma coligação meramente ocasional ou mesmo quem chegue a afastar de todo que se possa colocar, em caso de invalidade do pacto, o problema da eventual extensão da invalidade ao contrato de trabalho, *rectius*, um problema de invalidade parcial (ALFONSO ALIBRANDI, “Fondamento, contenuto e limiti del patto di non concorrenza ex art. 2125 c.c.”, *AC*, 1991, pág. 1270). Curiosamente, na doutrina portuguesa, a questão não tem tido particulares desenvolvimentos, tanto quanto sabemos. Mesmo sendo qualificado como “contrato” por uns – assim, por exemplo, JOÃO ZENHA MARTINS, “Os pactos de não concorrência...”, *cit.*, págs. 320 e 354, – ou sendo referida a sua natureza sinalagmática, por outros (cf. JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, *cit.*, pág. 617), a verdade é que a doutrina ao determinar, em diversas ocasiões, que a invalidade do pacto não se estende ao contrato de trabalho, parece admitir implicitamente estarmos perante uma *parte* de um contrato de trabalho.

⁸⁵⁸ No sistema jurídico italiano, a duração máxima permitida é de três anos para a generalidade dos trabalhadores e cinco anos para os dirigentes (artigo 2125 do *Codice Civile*). Na vizinha Espanha, o artigo 21 do *Estatuto de los Trabajadores* determina que o pacto não poderá ter uma duração superior a dois anos para os “técnicos” e de seis meses para os restantes trabalhadores. Já o §74a I 3 do *HGB* prescreve indiferenciadamente o prazo máximo de dois anos.

⁸⁵⁹ Há com certeza vícios que atingem radicalmente a totalidade do pacto, inutilizando todos os seus efeitos, não havendo margem sequer para equacionar um cenário de invalidade parcial. Pense-se na hipótese de ser estipulada uma cláusula de não concorrência em relação a uma actividade cujo exercício não causa prejuízo ao empregador. Ou então, a hipótese de o pacto ser celebrado oralmente. MARIA IRENE GOMES, “Questões a propósito dos requisitos exigidos para a lícita constituição da cláusula de não concorrência...”, *cit.*, pág. 258, refere ainda a hipótese de o pacto não prever de todo qualquer compensação económica.

atinge apenas uma estipulação do pacto respeitante à sua duração ou mais correctamente, atinge o objecto do pacto, em termos quantitativos, no seu aspecto temporal, colocar-se-á então a questão da eventual redução⁸⁶⁰. Ora, esta será uma hipótese em que, a nosso ver, fará sentido a aplicação do regime jurídico comum da redução, *rectius*, artigo 292.º do Código Civil, e já não uma solução conservadora de tipo autoritário.

Uma resposta deste tipo, julgamos, afigura-se legítima desde logo se estiver em discussão a validade de um pacto de não concorrência *perante uma relação laboral já extinta*. Muito embora a norma imperativa em questão tenha por escopo a tutela dos interesses do trabalhador – desde logo, mas não exclusivamente, o de evitar vinculações que contendam com o direito fundamental do trabalhador de liberdade de trabalho e de iniciativa económica⁸⁶¹ –, a verdade é que o funcionamento do critério

Na experiência alemã, regista-se também uma diferenciação ao nível das consequências que resultam da violação dos limites impostos pelos §§ 74 e 74a do *HGB*. Se por exemplo a não previsão de contrapartida financeira em benefício do trabalhador ou a celebração de um pacto de não concorrência com um trabalhador menor constituem fundamentos de invalidade (“Nichtigkeitsgründe”) que determinam a nulidade do pacto, já a preterição de outros limites apresentam-se como fundamentos de não vinculação (“Unverbindlichkeitsgründe”) que, em certos casos, nomeadamente no caso de preterição de limites temporais ou espaciais, poderão conduzir a uma conservação parcial do acordo – assim, KARSTEN SCHMIDT, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, Erstes Buch. Handelsstand, §§ 1 – 104 a*, 3.ª edição, C.H. Beck, Munique, 2010 (beck-online), págs. 2 e ss., em especial, pág. 14; e HELGE LASKAWY, “Die Tücken des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots im Arbeitsrecht – Stets gebliebt und doch verkannt!”, *NZA*, 18/2012, pág. 1013.

⁸⁶⁰ A propósito do pacto de não concorrência, SOFIA SILVA E SOUSA, *Obrigações de não concorrência com efeitos post contractum finitum*, cit., pág. 46, desvenda uma outra situação em que se justifica aplicar o mecanismo previsto no artigo 292.º do Código Civil. É o que sucede na hipótese de ter sido celebrado um pacto de não concorrência com uma pluralidade de empregadores, concluindo-se que a actividade que se limita ao ex-trabalhador não causa prejuízo a um deles, contrariando o disposto no artigo 136.º, n.º 2, alínea b) do Código do Trabalho.

⁸⁶¹ É sabido que as limitações impostas à admissibilidade deste tipo de vinculações contratuais vêm sendo sustentadas não apenas atendendo aos relevantes interesses da pessoa do trabalhador que de outro modo ficariam seriamente comprometidos, mas igualmente em razão do interesse público que com elas pode conflitar (o incentivo à formação profissional e à inovação, e, simultaneamente, interesse para a economia em aproveitar a experiência e a perícia dos quadros técnicos de um país). Sobre o ponto, com valiosas indicações bibliográficas, JÚLIO VIEIRA GOMES, “As cláusulas de não concorrência no Direito do Trabalho – Algumas questões”, *RDES*, ano XXXX, n.º 1, 1999, págs. 9 e ss..

da vontade hipotética não frustra a finalidade de protecção da norma em questão. Caso o empregador, hipótese pouco provável, acrescente-se, faça prova de que a sua vontade hipotética, no momento da conclusão do pacto, era no sentido da invalidação total (se soubesse que a duração do pacto não poderia ser de quatro anos⁸⁶²), tal desfecho não põe em causa as finalidades de protecção do trabalhador visadas pela norma imperativa em questão. Tal redundará na eliminação do pacto, não se vendo aí uma frustração da finalidade visada pela norma violada. No cenário alternativo, isto é, não se concluindo pela verificação de uma vontade hipotética contrária à conservação do pacto, este manter-se-á, mas a sua vigência é reduzida ao limite máximo legalmente permitido. Impõe-se a observância do limite previsto na lei, sendo corrigida a estipulação acerca da duração do pacto pela duração máxima prevista na norma imperativa violada^{863 864}. Haverá, portanto, lugar a uma *solução de tipo misto*

⁸⁶² Pense-se, na hipótese, porventura remota, de aquele prazo ter sido acordado tendo em consideração muito particularmente a previsível data de abertura de um estabelecimento concorrente que ocorreria apenas passados três anos da data da cessação do contrato de trabalho. Observe-se a posição de algum modo flexível de ALESSANDRO BOSCATI, *Patto di non concorrenza, cit.*, pág. 245, o qual, embora comece por afirmar que a violação do prazo legal não determina a invalidade do pacto *ex vi* artigo 2125/2 do *Codice Civile*, acaba por admitir um cenário de invalidade total no caso de o empregador demonstrar que uma certa duração teria constituído a única ou principal razão para a subscrição do pacto.

⁸⁶³ Sublinhe-se, aliás, que esta última operação de substituição automática chegou a constar do Parecer n.º 45/VII à Proposta de Lei n.º 517, onde se sugeria uma previsão legal expressa dessa operação substitutiva-reduativa. Com efeito, nos termos do artigo 70.º do Parecer: “(1) O acordo pelo qual se limita a actividade do prestador de trabalho, com relação ao período subsequente à cessação do contrato, só será válido se constar de documento, se nele se pactuar uma retribuição a favor do prestador de trabalho e se a limitação de actividade não for além de certa medida, quanto ao objecto, ao tempo e ao lugar; (2) Quanto ao tempo, a limitação de actividade não poderá exceder seis, quarto ou dois anos, conforme se trate de dirigentes, empregados ou assalariados. Se se convencionarem prazos mais largos, serão reduzidos a esses. (3) Quanto ao objecto e ao lugar, a medida da limitação será apreciada pelo tribunal, segundo o seu prudente critério e em harmonia com as circunstâncias do caso.”

⁸⁶⁴ No caso do sistema italiano a referência a essa correcção-redução é feita explicitamente no artigo 2125 do *Codice Civile*: “La durata del vincolo non può essere superiore a cinque anni, se si tratta di dirigenti, e a tre anni negli altri casi. Se è pattuita una durata maggiore, essa si riduce nella misura suindicata”. Uma redução a levar a cabo pelo juiz é igualmente a solução actual do artigo 340 do *Code des Obligations*, no direito suíço. Na experiência jurídica alemã, conquanto o §74a do *HGB* não mencione explicitamente essa operação, alguns sectores doutrinários salientam que a fórmula legal “Das Wettbewerbsverbot ist insoweit unverbindlich...” indicia claramente a realização dessa operação

em que se permitirá o funcionamento da autonomia privada no que toca à questão da conservação do negócio, mas de intervenção correctora do sistema no que diz respeito à conformação do respectivo conteúdo⁸⁶⁵.

Trata-se, pensamos, de uma solução coerente com a linha de raciocínio que seguimos até ao momento. Deve reconhecer-se, no entanto, que a esta orientação podem ser opostas algumas objecções. Efectivamente, a ideia de que a destruição do pacto consubstancia um cenário favorável para o trabalhador pode, afinal, revelar-se algo precipitada se pensarmos que, com a destruição do pacto, o trabalhador deixa de ter direito de exigir a compensação económica aí prevista. Por outro lado, poder-se-á argumentar que ao admitir-se a prova de uma vontade hipotética do empregador contrária à conservação do pacto, estar-se-á a permitir que o empregador retire, *ainda* durante a vigência do contrato de trabalho um benefício da cláusula (já que ela, em certa medida, dificulta a rescisão pelo trabalhador durante a própria vigência do contrato⁸⁶⁶) sem pagar o respectivo custo. Ainda assim, e conquanto estes argumentos mereçam ponderação, não se afiguram decisivos para inverter, a solução que, reputamos valer à luz do direito vigente⁸⁶⁷.

comummente apelidada de “redução conservadora” – nestes termos, HELGE LASKAWY, “Die Tücken des nachvertraglichen...”, *cit.*, pág. 1013; GÜNTER SCHAUB/ULRICH KOCH/RUDIGER LINK/HIMRICH VOGELANG, *Arbeitsrecht-Handbuch...*, *cit.*, pág. 499; ou ainda KARSTEN SCHMIDT, *Münchener Kommentar zum...*, *cit.*, pág. 8. Na jurisprudência, vejam-se, nomeadamente, as decisões do *Landesarbeitsgericht* de Düsseldorf de 4 de Março de 1997 (*NZA-RR*, 2/1998, págs. 58 e ss.) e do *Bundesgerichtshof* de 18 de Julho de 2005 (*NJW*, 42/2005, págs. 3061 e ss.)

⁸⁶⁵ Questão suplementar é a de saber se, nessa hipótese de conservação do pacto com o limite temporal máximo legalmente permitido, o montante da compensação económica a atribuir ao trabalhador não deverá sofrer também ele uma redução. Inclinao-nos a considerar que a resposta seja afirmativa. Neste sentido, MARIA IRENE GOMES, “Questões a propósito dos requisitos exigidos para a lícita constituição da cláusula de não concorrência...”, *cit.*, pág. 260. Na experiência jurídica italiana, uma posição idêntica já foi sustentada por alguns sectores doutrinários, nomeadamente por GIAN GUGLIELMETTI *apud* ALESSANDRO BOSCATI, *Patto di non concorrenza*, *cit.* pág. 245.

⁸⁶⁶ Este ponto foi realçado por JÚLIO VIEIRA GOMES, “As cláusulas de não concorrência...”, *cit.*, pág. 36, a respeito da possibilidade de o empregador renunciar unilateralmente a cláusula de não concorrência.

⁸⁶⁷ Curiosa é, num contexto próximo, a solução ensaiada no sistema alemão, sistema onde a doutrina atribui apenas ao trabalhador o direito de decidir da invocação da “Unverbindlichkeit”. Porque as injunções normativas violadas têm em vista a protecção do trabalhador, a este cabe um direito de optar (“*Wahlrecht*”) por cumprir e exigir o cumprimento do acordo sem mais, ou invocar o fundamento

A questão pode atingir maior complexidade caso a hipótese de invalidade (parcial) do pacto de não concorrência com esse fundamento se coloque *ainda durante a vigência da relação laboral*. Nesse caso, não faltam vozes sustentando que deve funcionar uma solução de manutenção forçada do pacto corrigido⁸⁶⁸. A partir daí, há quem apele automaticamente ao funcionamento do artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho, como é o caso de PEDRO ROMANO MARTINEZ⁸⁶⁹. Na doutrina italiana, um resultado idêntico é sustentado por ADRIANA D'ANTONIO⁸⁷⁰ a respeito da violação dos limites temporais fixados no artigo 2596/2 do *Codice Civile*⁸⁷¹. Este Autor começa por reconhecer que permitir o funcionamento da vontade hipotética das partes – *rectius*, permitir que uma das partes invoque a essencialidade do prazo convencionado – não se traduz propriamente numa frustração da norma violada que justifique uma solução de desvio aos princípios gerais. Contudo, acrescenta, sendo

de não vinculação. Nesta última hipótese, em caso de não vinculação parcial (“Teilunverbindlichkeit”) o trabalhador fica vinculado a cumprir o acordo apenas dentro dos limites legais – cf. KARSTEN SCHMIDT, *Münchener Kommentar zum...*, *cit.*, pág. 9.

⁸⁶⁸ Posição sustentada, embora sem particulares desenvolvimentos, por um amplo sector da doutrina nacional. Durante o período de vigência da LCT, nestes termos, pronunciaram-se MÁRIO PINTO/PEDRO FURTADO MARTINS/ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis do Trabalho*, *cit.*, pág. 172; à face do direito vigente, vejam-se, por exemplo, SOFIA SILVA E SOUSA, *Obrigação de não concorrência com efeitos “post contractum finitum”*, *cit.*, pág. 106; e MARIA IRENE GOMES, “Questões a propósito dos requisitos exigidos para a lícita constituição da cláusula de não concorrência...”, *cit.*, pág. 259. Já, por exemplo, das palavras de JOÃO ZENHA MARTINS, “Os pactos de não concorrência...”, *cit.*, pág. 313, parece retirar-se que esse não será um desfecho necessário, dado que o Autor afirma que “a ultrapassagem convencional do prazo de dois anos não inquina necessariamente o pacto de não concorrência (*ainda a redução, ex vi do art. 292.º do CC*)” – itálico nosso.

⁸⁶⁹ *Direito do Trabalho*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 649. A mesma orientação é defendida em Espanha, com apelo ao artigo 9/1 do *Estatuto de los Trabajadores* – DI ANGEL LUIS DE VAL TENA, “El pacto de no concurrencia en el derecho español”, *temilavoro.it*, vol. 5, n.º 1, 2013, pág. 9.

⁸⁷⁰ *La modificazione legislativa...*, *cit.*, pág. 219.

⁸⁷¹ Norma que estabelece a disciplina geral em matéria de pacto de não concorrência, e que no seu número 2, determina “Se la durata del patto non è determinata o è stabilita per un periodo superiore a cinque anni, il patto è valido per la durata di un quinquennio”. É, no entanto, amplamente debatida a relação entre esta disposição e o artigo 2125 que fixa os requisitos exigidos para a lícita constituição da cláusula de não concorrência no âmbito do contrato de trabalho – ver, de novo, ALESSANDRO BOSCATI, *Patto di non concorrenza*, *cit.*, págs. 95 e ss..

frequentíssima a hipótese de o pacto se apresentar como cláusula de um contrato, se se fizesse valer o regime comum do artigo 1419/1, a contraparte seria confrontada com a alternativa de se adequar ao convencionalmente previsto ou expor-se às consequências de uma nulidade total do conjunto da *fattispecie* contratual, leia-se, do pacto e por consequência do contrato de trabalho em que se insere. O que leva este Autor a afirmar que a norma em questão integra as hipóteses em que a conservação do pacto corrigido deve considerar-se obrigatória.

Quanto a nós, quer-nos parecer que os elementos invocados não se afiguram decisivos para que a resultado da conservação do pacto deva ser visto como um resultado obrigatório ou incondicional. Por um lado, se o problema em mãos é o da invalidade parcial do próprio pacto não se afigura líquido que se possa convocar sem mais o artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho, já que este se ocupa da invalidade parcial *do* contrato de trabalho. Uma vez mais, insistimos, a circunstância de o pacto se apresentar como uma cláusula de um contrato de trabalho, estipulado, portanto, no contexto da celebração do contrato de trabalho, não significa que, em termos estruturais, ele não opere como uma verdadeira cláusula-negócio, susceptível de, perante certo tipo vícios poder equacionar-se a sua invalidade parcial, e como tal, fora do âmbito de aplicação do artigo 121.º, n.º 2.

Já o argumento mobilizado por ADRIANA D'ANTONIO para sustentar uma solução de manutenção forçada não é, para nós, totalmente incontornável. Mesmo admitindo, como nos parece, que deva funcionar o critério da vontade hipotética das partes para decidir da nulidade total do pacto ou do seu aproveitamento parcial, nada impede que, no momento logicamente distinto, o recurso a tal critério esteja afastado para decidir da manutenção do contrato de trabalho perante um cenário de nulidade total do pacto. É que, nesse caso, sim, as exigências de tutela da norma imperativa violada poderiam ser postas em causa (indirectamente) se a nulidade do pacto pudesse ser invocada para obter a declaração da nulidade do contrato de trabalho. Ou seja, não nos repugna que, para fazer face a uma contingência desse tipo, se lance mão – até porque, em rigor, estamos perante problemas que se colocam em momentos lógicos e cronologicamente distintos – de uma dualidade de regimes, primeiramente com recurso ao artigo 292.º, e depois, operando uma *redução teleológica* do contrato de

trabalho⁸⁷².

Paralelamente, o cenário pode colocar-se no contexto do negócio jurídico através do qual trabalhador e empregador fazem cessar o contrato de trabalho, o *acordo revogatório* (disciplinado nos artigos 349.º e 350.º do Código do Trabalho). Suponhamos uma invalidade cujo fundamento atinge apenas uma das estipulações contidas no distrate (v.g. a compensação pecuniária global)⁸⁷³. Uma hipótese deste

⁸⁷² O raciocínio que vimos fazendo apresenta pontos de contacto com aquele que foi desenvolvido por alguns sectores da doutrina alemã (WLOZKE, *apud* ROLF EBERTH, *Die Teilnichtigkeit im Arbeitsrecht*, *cit.*, pág. 67) a respeito da invalidade parcial de certos pactos (as “Gratifikationsrückzahlungsklauseln”). O Autor, apesar de sustentar a não aplicação do §139 do *BGB* quando em causa estivesse a eventual declaração de nulidade total do contrato de trabalho, já se mostrava receptivo a conceder prioridade à liberdade das partes, nos casos em que a invalidade atingisse parcialmente alguma cláusula ou pacto e estivesse em discussão apenas a conservação da mesma. Mas mesmo no contexto dos pactos de não concorrência, é essa a orientação que se depreende, por exemplo, do discurso de CLAUS-WILHELM CANARIS, “Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit...”, *cit.*, págs. 537 a 539. Segundo o Autor a circunstância de um pacto de não concorrência ser reputado totalmente inválido, quando fixado em medida excessiva, não determina necessariamente a destruição da operação negocial em que se encontra inserido, já que a aplicação do §139 é susceptível de sofrer uma redução teleológica quando a invalidade total for incompatível com a finalidade de protecção da norma violada.

⁸⁷³ Decerto, uma questão de invalidade parcial da própria cláusula em cujos termos se estabelece uma compensação de fim do contrato já foi equacionada pelos nossos tribunais. Parece enquadrar-se nesta descrição a matéria de facto subjacente ao caso decidido pelo acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20 de Dezembro de 2011 (proc. n.º 959/09.2TTVNG.P2), mencionado anteriormente (nota 627), em que se discutiu a (in)validade de uma cláusula que fixava uma compensação de fim do contrato de determinado montante que seria pago “em suaves prestações mensais e de acordo com a disponibilidade da tesouraria da empresa no último dia de cada mês”. No caso, o trabalhador, invocando que a nulidade se reportava apenas à “segunda parte do acordo” (aquela que determinava que o pagamento fosse feito segundo a disponibilidade de tesouraria da empresa no último dia de cada mês), pediu a redução do acordo – mantendo-se, nesse caso, a obrigação de pagamento das quantias fixadas – ou subsidiariamente, provando-se que a entidade empregadora, sem a cláusula viciada não teria outorgado o distrate, a invalidade total do próprio acordo de revogação e, por conseguinte, a manutenção da relação de trabalho entre as partes. Invertendo a decisão do tribunal de 1.ª instância, o qual julgara a acção improcedente, veio o Tribunal da Relação do Porto dar razão ao trabalhador, por considerar a “cláusula” ofensiva dos princípios dos bons costumes e da boa fé, na parte em que era definida a modalidade de pagamento, mantendo-se os restantes efeitos. Fez-se apelo, em termos não totalmente claros, à circunstância de se tratar de uma hipótese relativamente à qual se

tipo é configurada por JOANA VASCONCELOS⁸⁷⁴, a propósito da anulação do acordo revogatório com fundamento em vício da vontade – erro. No caso de o elemento do distrate sobre que recai o erro ser uma das estipulações acessórias – v.g. a compensação pecuniária global – e sendo a invocação do erro julgada procedente, a Autora entende ser aplicável o regime comum da redução. Haverá que indagar perante a situação concreta, nos termos do artigo 292.º do Código Civil, se a invalidade afecta apenas a estipulação directamente atingida e se, conseqüentemente, não perturba a manutenção do acordo revogatório, ou se rompe o equilíbrio na composição de interesses das partes, não podendo, nesse caso, o distrate subsistir sem a referida estipulação. Com efeito, uma vez mais, as razões que legitimamente justifiquem a travagem da autonomia individual em matéria de invalidade parcial e sobre as quais se erigem soluções de redução obrigatória não teriam aqui razão de ser, não se impondo, por essa razão, qualquer compressão aos princípios gerais.

admitiria a redução incondicionalmente, qualquer que fosse o sentido da vontade hipotética das partes, *de acordo com os ditames da boa fé.*

⁸⁷⁴ *A Revogação do Contrato de Trabalho, cit.*, pág. 373.

C – Sobre o(s) critério(s) orientador(es) do regime jurídico aplicável

1. Observações gerais

O já longo percurso calcorreado até ao momento permitiu-nos conhecer com maior extensão e profundidade o conjunto de técnicas através das quais opera a conservação coactiva do contrato de trabalho, bem como elencar hipóteses onde há margem para a aplicabilidade do regime comum da redução ao contrato de trabalho. Somos agora tentados a repor uma das interrogações iniciais que formulámos: qual o critério que está na base do recurso a técnicas de conservação autoritária e que, em última instância, justifica que certas hipóteses (muitas) obedeçam a uma resposta de tipo autoritário – imposição da manutenção do contrato – e, já noutras, o tratamento da invalidade parcial fique na disponibilidade das partes, o mesmo é dizer, aplicando-se o regime comum da redução? Pese embora esta questão não tenha merecido até, ao momento, uma análise aprofundada foram sendo, esporadicamente, realizados alguns esforços de construção na mira de decifrar possíveis critérios orientadores. Percorramos, por isso, sem pretensões de exaustão, alguns dos tópicos que têm sido formulados e em relação aos quais se podem levantar dúvidas pertinentes.

2. Revisão de alguns possíveis critérios orientadores

2.1. A distinção entre cláusulas essenciais e cláusulas acessórias

Trata-se de um percurso argumentativo que não conheceu particular sucesso entre nós, e que faz assentar a delimitação entre as soluções de conservação coactiva (de tipo substitutivo) e as de conservação voluntária no tipo de cláusula sobre o qual incide o vício invalidante. Quando estivesse em causa um vício invalidante que afectasse um elemento ou cláusula essencial haveria lugar a uma solução de

substituição automática; quando se tratasse de um elemento acessório, valeria o regime comum da redução do negócio jurídico⁸⁷⁵.

Temos sérias reservas em subscrever um critério deste tipo, que é, aliás, contrariado pelos resultados a que chegámos no nosso périplo pelas hipóteses de aplicação de técnicas de conservação autoritária e de aplicabilidade do regime jurídico comum da redução negocial. Não será difícil perceber por que razão se julga ser este um critério orientador inconsistente, e isto independentemente da classificação que se adopte acerca de elementos secundários ou acessórios.

Se se fizer uso da classificação que adoptámos na primeira parte da investigação, segundo a qual cláusulas essenciais seriam apenas aquelas indispensáveis à caracterização do tipo abstracto de negócio por contraposição com as secundárias (todas aquelas cuja presença ou ausência não determina a enquadrabilidade da *fattispecie* num esquema típico), por aí se vê como o critério exposto não é insatisfatório. Desde logo, não está excluído que o instituto da redução não possa ser chamado a operar quando o vício em questão afecta um elemento essencial do contrato de trabalho, no seu aspecto quantitativo. Pense-se na hipótese por nós gizada em que o trabalhador havia sido contratado para capturar duas espécies de animais, sendo uma delas vedada por lei. Paralelamente, muitos dos fundamentos de invalidade que afectam cláusulas ditas secundárias, segundo essa classificação, constituem hipóteses de substituição e conservação automática. Sirva de exemplo a cláusula que fixa o valor do pagamento do trabalho suplementar em termos desconformes com as normas legais ou com as disposições colectivas (artigo 268.º do Código do Trabalho); ou a cláusula que estabelece o prazo de aviso prévio da vontade de fazer caducar um contrato a termo, fixando que o prazo a observar pelo empregador será de dez dias, em vez dos quinze a que se refere o artigo 344.º, n.º 1 do Código do Trabalho. Estando em causa cláusulas secundárias, segundo a referida classificação, a verdade é que não se vê como poderiam as referidas invalidades negociais escapar ao funcionamento de uma solução de substituição automática das cláusulas pelo conteúdo das normas imperativas violadas.

Mas, mesmo admitindo o recurso a uma classificação diferente, segundo a qual as cláusulas acessórias identificariam apenas os chamados pactos acessórios ou

⁸⁷⁵ LUISA RIVA SANSEVERINO, *Diritto del Lavoro*, cit., pág. 188.

cláusulas acidentais – v.g. o pacto de não concorrência, o pacto de permanência⁸⁷⁶ –, nem por isso os resultados a que se chegaria seriam mais ajustados. Atente-se na hipótese de uma cláusula de não concorrência que limite em termos excessivos o exercício da liberdade de trabalho após a cessação do contrato, nula, portanto, nos termos do artigo 136.º, n.º 1 do Código do Trabalho, ou que tenha sido estipulada verbalmente, violando a prescrição legal que impõe a sua redução a escrito (artigo 136.º, n.º 2 do Código do Trabalho). Dificilmente se aceitaria que, numa hipótese como esta, a questão da manutenção do contrato de trabalho ficasse, em última instância, dependente do apuramento da vontade hipotética das partes, isto é, que pudesse relevar a vontade hipotética do empregador para determinar o aproveitamento do contrato de trabalho⁸⁷⁷.

Do exposto parece decorrer que, seja qual for a classificação que se acolha, o critério em questão não constitui um linha orientadora viável. O que porventura esta abordagem é susceptível de pôr em evidência é, a nosso ver, um outro aspecto secundário em relação àquele de que aqui se cuida: a ideia de que a necessidade de uma operação de substituição *hoc sensu* – quer o problema da invalidade parcial seja resolvido com base no regime comum da redução quer obedeça a uma solução de conservação coactiva – colocar-se-á quando as estipulações nulas incidem sobre elementos relevantes para a execução do contrato, justificando por isso a substituição do conteúdo da cláusula nula por um outro conteúdo; já uma operação de pura eliminação terá lugar naquelas hipóteses de estipulações puramente autonomizáveis e que assumem um carácter marcadamente acidental.

⁸⁷⁶ Recorde-se que, desde a reforma laboral realizada em 2003, que coincidiu com a elaboração do Código do Trabalho, a disciplina das mencionadas cláusulas encontra-se plasmada numa secção com a epígrafe “Cláusulas acessórias”. Também aí se incluíram, como cláusulas acessórias, as cláusulas de termo e de condição, muito embora, no que diz respeito ao termo resolutivo, este se encontre hoje autonomizado como elemento tipificador de uma modalidade contratual.

⁸⁷⁷ Nestes termos, referindo-se concretamente à hipótese de preterição de forma na conclusão de um pacto de não concorrência, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., pág. 370.

2.2. O aspecto estrutural das normas: a distinção entre normas preceptivas e normas proibitivas

Numa linha sensivelmente diferente, o efeito conservador autoritário, *maxime* o efeito conservador-substitutivo autoritário, teria lugar perante normas imperativas que, uma vez violadas, possuísem idoneidade estrutural para serem inseridas no regulamento contratual no lugar do preceito negocial violador. Já perante normas imperativas sem a referida idoneidade substitutiva – meramente proibitivas –, haveria lugar à aplicação do regime comum da invalidade parcial, o mesmo é dizer, a conservação do contrato ficaria condicionada pelo apuramento do sentido da vontade hipotética das partes. Em última instância, a aplicação de uma ou outra técnica estaria dependente de uma averiguação sobre o aspecto “estrutural-conteudístico” da norma violada. Uma orientação deste último tipo é possível detectar junto de alguns sectores da doutrina italiana laboral, onde se destaca o posicionamento de RAFFAELE DE LUCA TAMAJO⁸⁷⁸, mas também aflora, ainda que de forma titubeante, no pensamento de autores portugueses, como MARIO PINTO, PEDRO FURTADO MARTINS e ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO. As normas imperativas com capacidade substitutiva – com idoneidade para serem inseridas no regulamento contratual no lugar da cláusula inválida – ficariam sujeitas ao regime da conservação coactiva do contrato, valendo, no caso do sistema português, o artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho. Já perante a violação de normas imperativas de cariz meramente proibitivo, sendo as mesmas insusceptíveis de inserção automática no regulamento contratual, valeria a solução civilística comum, *rectius*, o artigo 121.º, n.º 1 da lei laboral.

Ora, como é bom de ver, também este critério está longe de oferecer uma resposta convincente.

Desde logo, assinalámos em momento anterior desta exposição, que o efeito substitutivo pode ser entendido num sentido amplo e num sentido mais restrito. Mesmo naquelas hipóteses em que a norma violada, disciplinando um aspecto da relação de trabalho, apresenta uma dimensão meramente proibitiva, não está excluído que um certo efeito substitutivo se produza, o que sucede é que não haverá necessidade de reformular a cláusula, prevalecendo, implicitamente, a disciplina que decorre da lei. Mas, sobretudo, um critério deste tipo conduziria a resultados surpreendentes. Sirva de exemplo o contrato de trabalho celebrado entre A e B, sendo

⁸⁷⁸ Vide *supra*, parte II, A, capítulo 1, ponto 4.2.1.2.

que B (menor) se vinculou a observar um período normal de trabalho de quarenta e duas horas semanais. Paralelamente, imagine-se um outro contrato de trabalho, celebrado entre C e D, através do qual D (menor) se comprometeu a prestar trabalho suplementar ao fim-de-semana, sempre que o empregador assim o entendesse. Em ambos os casos, situamo-nos perante estipulações que infringem preceitos imperativos; no primeiro caso, aquele que determina que o período normal de trabalho do menor não pode ser superior a quarenta horas semanais; no segundo, a disposição que veda a prestação de trabalho suplementar de menores⁸⁷⁹. Todavia, adoptando o critério ora em análise, as duas situações conduziriam a desfechos opostos. Na primeira situação, admitindo estar-se perante uma norma com uma certa dimensão preceptiva, dar-se-ia a substituição da cláusula pela norma imperativa violada. Na outra hipótese, configurando o preceito em causa uma norma meramente proibitiva, insusceptível de inserção no regulamento contratual, valeria a solução de redução do negócio tendo em consideração a vontade hipotética das partes. Ora, como é bom de ver, um resultado como o acabado de descrever seria, no mínimo, paradoxal⁸⁸⁰. Considerando que ambas as normas visam proteger interesses relevantes do menor enquanto trabalhador, não se vislumbram razões para que num caso não seja atribuída relevância à vontade hipotética das partes e na outra essa vontade já mereça ser atendida⁸⁸¹. Quer dizer, em ambos os casos deve rejeitar-se a aplicação do regime comum da redução do negócio jurídico⁸⁸².

⁸⁷⁹ Cf., respectivamente, os artigos 73.º, n.º 1 e 75.º do Código do Trabalho.

⁸⁸⁰ Este efeito paradoxal é denunciado por JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, cit., pág. 523. Também PEDRO MADEIRA DE BRITO, Anotação ao artigo 121.º do Código do Trabalho, in AA. VV., *Código do Trabalho...*, cit., pág. 326, parece rejeitar a mencionada construção com uma argumentação semelhante.

⁸⁸¹ Esta discussão assenta no pressuposto, claro, de que se encontravam reunidos os requisitos essenciais de validade do contrato de trabalho – designadamente, o pressuposto da capacidade dos sujeitos.

Na verdade, se o menor tiver celebrado o contrato de trabalho sem que se encontrem verificados os requisitos legais de validade no que se refere à capacidade para celebrar contratos de trabalho na qualidade de trabalhador (artigo 70.º, n.ºs 1 e 2 do Código do Trabalho), o problema de que cuidamos poderá nem se pôr, porquanto padecendo o contrato de um vício que atinge todo o contato, inutilizando todos os seus efeitos, a invalidade em questão será, liminarmente, total. Nuns casos, a inobservância dos requisitos determina, como é sabido, a nulidade do contrato de trabalho (pense-se no caso de ser celebrado um contrato de trabalho com um menor de treze anos de idade); enquanto

noutros, crê-se que a sua falta determina a anulabilidade do contrato (haja em vista o caso de menor que tendo já desasseis anos e não tenha concluído a escolaridade obrigatória, não obtivera a autorização escrita dos seus representantes legais (neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II...*, cit., pág. 117; e JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, cit., pág. 459).

Por outro lado, pode suceder que o empregador tenha celebrado o contrato de trabalho por supor *erradamente* que o trabalhador em causa gozava de capacidade plena para celebrar contrato de trabalho, tendo sido esse um aspecto determinante para o empregador celebrar o contrato. Caberia aí distinguir a hipótese desse estado de erro ter sido espontâneo ou provocado pelo próprio menor ou por terceiro.

No primeiro caso, admitindo tratar-se de uma hipótese de erro sobre as qualidades da pessoa do declaratário, poderia equacionar-se a aplicação do regime do erro-vício (artigo 251.º do Código Civil). Nessa ordem de ideias, e uma vez verificados os requisitos gerais (essencialidade e propriedade) e especiais de relevância do erro, o contrato seria anulável com fundamento em erro, na medida em que o menor conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade para o empregador daquele elemento (artigo 247.º do Código Civil). Recorde-se, aliás, que, a respeito da característica da propriedade, a doutrina civilista tem vindo a sustentar que o desconhecimento da incapacidade do outro contraente configura uma hipótese de erro próprio, e não impróprio, só sendo o erro sobre a capacidade reputado impróprio, quando incidir sobre a capacidade do próprio errante (assim, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pág. 509.)

Na segunda hipótese, tratando-se de um caso de dolo (ou de erro qualificado, se se preferir), o desfecho também poderia ser o da anulabilidade do contrato nos termos do artigo 254.º do Código Civil, verificados que estivessem os requisitos de relevância do dolo (*dolus malus* e essencialidade).

⁸⁸² A questão do regime de invalidade parcial aplicável às hipóteses em que está em causa a violação de normas laborais que visam proteger os interesses do menor-trabalhador pode apelar a considerações mais complexas. *De iure constituto*, parece ser de aplicar a solução de imposição da conservação do contrato, nos mesmos termos que vale para os demais contratos de trabalho. Admite-se, no entanto, num plano *de iure constituendo*, que a questão possa ser reponderada. Não se trata de fazer apelo ao regime da redução comum, mas de reflectir sobre se o conjunto de valorações em que assenta a tutela do menor em Direito do Trabalho deveria ou não conduzir à autonomização de uma solução de invalidade parcial distinta daquela aplicável ao contrato de trabalho dos demais trabalhadores. É sabido que a tutela do menor e do seu trabalho neste universo jurídico obedece a um tipo de racionalidade diferente daquela que cunha tipicamente a legislação sobre trabalho subordinado. Desde logo, a preservação do bem emprego (do vínculo jurídico-laboral) constitui um elemento de ponderação que não se situa no mesmo plano nos dois casos. No caso de um trabalhador não menor esse constitui um aspecto decisivo, as mais das vezes, condição de sobrevivência do trabalhador e do seu agregado. Já num contrato de trabalho celebrado com um menor, reconhece-se – não só do ponto de vista social, mas também do ponto de vista da valoração que o próprio sistema jurídico faz do trabalho de menores (algo que não promove, de forma calorosa, mas opta por tolerar, de modo condicionado) – que o bem

2.3. O pensamento de CRISTINA CATAUDELLA

Cumprindo abordar ainda um outro ponto de vista mobilizado como critério orientador susceptível de contribuir para alicerçar as hipóteses em que tem lugar a aplicação de uma solução conservadora autoritária e aquelas em que é admissível a aplicação do regime jurídico comum de redução negocial. Contrariamente aos anteriores critérios, trata-se de um critério que não atende a aspectos formais ou estruturais, mas que faz apelo à teleologia das normas imperativas violadas.

Segundo CRISTINA CATAUDELLA, a doutrina italiana tem dispensado pouca atenção ao problema da invalidade parcial do contrato de trabalho, no pressuposto de que a solução conservadora-substitutiva (*ex vi* artigo 1419/2 do *Codice Civile*) absorve todos (ou praticamente todos) os casos de invalidade parcial do contrato de trabalho. Não contrariando esta ideia dominante, a Autora predispõe-se, no entanto, a ensaiar um sentido útil (ainda que residual) para o regime geral da redução do negócio jurídico, consagrado em termos genéricos no artigo 1419/1 do *Codice Civile*⁸⁸³. Entende que, em Direito do Trabalho, nem todas as normas jurídicas imperativas são informadas por um desígnio de tutela do trabalhador, enquanto contraente débil. Para utilizar a terminologia da Autora, nem todas as normas juslaborais se inscrevem num pensamento de ordem pública de protecção, podendo estar em causa medidas orientadas por um interesse geral ou comum da colectividade (ordem pública de direcção). Quando assim seja, isto é, quando as disposições violadas não se inscrevam num pensamento de ordem pública de protecção, entende a Autora que a nulidade que daí resulte não deve ser vista como uma hipótese de substituição automática ou como uma hipótese de nulidade parcial necessária, devendo ganhar espaço nesses casos a aplicação do regime comum da invalidade parcial.

emprego não figura como um elemento tão intensamente tutelado. Uma resposta possível que atendesse a essa diferente valoração poderia passar por fazer funcionar neste contexto um regime similar àquele que vale actualmente em matéria de tutela do aderente em sede de contratos de adesão, reconhecendo uma opção ao trabalhador-menor de conservar ou não o contrato. Estamos cientes, em todo o caso, que o princípio da livre denúncia do contrato pelo trabalhador (menor ou não) retira algum interesse prático a esta construção.

⁸⁸³ Nas palavras da Autora, embora a regra que estabelece o efeito conservativo-substitutivo seja topograficamente colocada depois daquela que reproduz a norma geral sobre a redução, esta última é vista como residual porque só opera quando o n.º 2 do artigo 1419 não é chamado à colação.

CRISTINA CATAUDELLA desenvolveu e explicitou este entendimento – na senda do que já vinha sendo o pensamento de ANTONIO VALLEBONA⁸⁸⁴ –, analisando algumas hipóteses, em que, atendendo à *ratio* do preceito violado, ganharia sentido a aplicação do regime comum.

A primeira delas dizia respeito às consequências da inobservância da forma escrita na celebração do contrato de trabalho a tempo parcial, questão controvertida durante o período de vigência do diploma legal que originariamente consagrou a disciplina jurídica do contrato a tempo parcial – o *Decreto-legge* n. 726/1984, de 30 de Outubro⁸⁸⁵. Determinava-se aí que o contrato de trabalho a tempo parcial estava sujeito à forma escrita, não prevendo a lei, porém, as consequências da inobservância de tal comando. Colocava-se, pois, então a questão de saber se: (i) a forma exigida constituía uma formalidade *ad substantiam* ou *ad probationem*; (ii) na hipótese de se tratar de uma formalidade *ad substantiam*, qual deveria ser o destino do contrato a tempo parcial celebrado verbalmente.

Quanto à primeira questão, a jurisprudência pronunciou-se majoritariamente no sentido da qualificação da formalidade com *ad substantiam*. Transitando para o segundo estrato do problema, registaram-se já diferentes respostas possíveis.

Segundo uma primeira orientação, o contrato de trabalho a tempo parcial estipulado verbalmente deveria considerar-se totalmente nulo *ex* artigos 1325 e 1418

⁸⁸⁴ Reconhece-se na construção da Autora a influência do pensamento de ANTONIO VALLEBONA, “La nullità dei contratti...”, *cit.*, págs. 527, e ss., em especial 542 e ss., na medida em que como se viu *supra* (parte II, A, capítulo 2, ponto 2) também este autor italiano considera que o efeito de conservação-substituição automática pressupõe apenas a violação de normas que têm em vista a tutela da posição jurídica de trabalhador, enquanto contraente débil da relação laboral.

⁸⁸⁵ Desde o ano de 2000, com a revogação do *Decreto-legge* n. 726/1984 e a entrada em vigor do *Decreto Legislativo* n. 61/2000, de 25 de Fevereiro (entretanto modificado pelo *Decreto Legislativo* n. 100/2001, de 26 de Fevereiro, pelo *Decreto Legislativo* n. 276/2003, de 10 de Setembro, pelo *Decreto Legislativo* n. 66/2003, de 8 de Abril, pela *Legge* n. 247/2007, de 24 de Dezembro e pela *Legge* n. 92/2012, de 28 de Junho, e recentemente revogado pelo *Decreto Legislativo* n. 81/2015, de 15 de Junho), a questão terá perdido interesse porquanto passou a prever-se que a forma escrita na celebração do contrato a tempo parcial é apenas exigida para fins de prova, não interferindo com a válida celebração do contrato (cf. o actual artigo 5/1 do *Decreto Legislativo* n. 81/2015, de 15 de Junho).

do *Codice Civile*⁸⁸⁶. A suportar esta este entendimento estaria a percepção de que o contrato a tempo parcial constituía um diferente tipo de contrato de trabalho, assim como uma distinção entre vícios de conteúdo e vícios de forma, sustentando-se que apenas no caso dos primeiros haveria lugar ao funcionamento da eficácia substitutiva da norma imperativa violada⁸⁸⁷.

Para outra orientação, na qual se inscreve o pensamento da Autora, a preterição de forma não configuraria, *a priori*, uma hipóteses de invalidade total do contrato, mas apenas da cláusula de *part time*, o que convocaria um problema de invalidade parcial a solucionar nos termos do artigo 1419/1 do *Codice Civile*⁸⁸⁸. Segundo CATAUDELLA, tendo presente que na base da instauração de uma relação de trabalho a tempo parcial poderiam estar razões ligadas à esfera do empregador –

⁸⁸⁶ Assim, o aresto da *Corte di Cassazione*, de 11 de Agosto de 1990, n.º 8169, com nota de MARIANI MICHELE, “In tema di conversione di contratto a part-time nullo per vizio di forma”, *RIDL*, ano X, n.º 3, 1991, págs. 374 e ss..

⁸⁸⁷ Cf. o aresto da *Corte di Cassazione*, de 10 de Março de 1993, n.º 6487, publicado em *RIDL*, ano XIII, n.º 3, 1994, págs. 475 e ss., com anotação crítica de ANTONIO VALLEBONA, “Ancora sul difetto di forma scritta nel contratto di lavoro a tempo parziale”; e a decisão da *Corte di Cassazione*, de 14 de Junho de 1995, n.º 6713, comentada por PAOLA MORGERA, “Spunti sulla tipologia del part-time nell’elaborazione giurisprudenziale”, *Gciv*, ano XLVI, t. I, parte I, 1996, págs. 803 e ss..

⁸⁸⁸ Esta orientação foi, aliás, confirmada pela *Corte Costituzionale*, na sua decisão n. 283, de 15 de Julho de 2005 (possível consultar em anexo à anotação de ANTONIO VALLEBONA, “La gabbia non è sistema: la conversione legale dei lavori atipici invalidi non è costituzionalmente necessitata”, *MGL*, 10/2005, pág. 738 e ss.). A argumentação aí desenvolvida assumiu, no entanto, uma natureza *híbrida*. Se por um lado, reconheceu que a norma que impunha a forma escrita era uma norma destinada à protecção dos interesses do trabalhador, por outro não afastou a aplicação do artigo 1419/1, por considerar que a geral tendência de conservação dos negócios que aquele dispositivo exprime não seria posta em causa pelo trabalhador, em regra interessado na constituição de um vínculo a tempo integral... Recorde-se que já em momento anterior, numa decisão a que aludimos *supra* (o aresto de 11 de Maio de 1992, n.º 210), a *Corte Costituzionale* tinha sido chamada a pronunciar-se sobre legitimidade constitucional de uma solução de nulidade total do contrato de trabalho a tempo parcial quando este não mencionasse por escrito distribuição ou colocação temporal da prestação laboral, violando portanto o comando legal que impunha às partes a menção obrigatória desses elementos. A *Corte* afastou a aplicação do artigo 1419/1 do *Codice Civile* justamente por entender que ao permitir-se o funcionamento daquele instituto estar-se-ia a admitir a eventual destruição total do contrato, pondo em causa as finalidades de protecção visadas pelo legislador. Contudo, nessa ocasião, a decisão da *Corte* não versara especificamente sobre a consequência em caso de inobservância de forma escrita.

maior flexibilidade na organização do trabalho – mas também exigências da esfera do trabalhador – razões de saúde, familiares, de estudo, etc. –, isso explicaria que, no momento da celebração do contrato, a cláusula negocial que prevê o *part time* pudesse revestir um carácter essencial para qualquer uma das partes, *inclusive*, para o trabalhador, fazendo sentido, por isso, o recurso ao regime comum da invalidez parcial. Fazer funcionar na hipótese em apreço a solução contrária, leia-se, uma solução de conservação autoritária, assentaria, seguindo o raciocínio da Autora, numa dupla premissa de bondade duvidosa: (i) a de que o contrato de trabalho a tempo parcial corresponde a uma modalidade conotada negativamente em relação à modalidade *standard*, o contrato de trabalho a tempo completo; (ii) a de que as imposições formais a observar na celebração do contrato de trabalho a tempo parcial teriam em vista a tutela do trabalhador subordinado. Aliás, no entender de CATAUDELLA, teria sido o reconhecimento desta *nuance* que teria levado o legislador, a partir de 2000, a disciplinar expressamente a questão, prevendo que a forma escrita no contrato de trabalho a tempo parcial fosse apenas imposta como meio de prova, como formalidade *ad probationem*.

A outra hipótese avançada pela Autora prendeu-se com a celebração do contrato a termo fora do circunstancialismo material imposto por lei, quando tal exigência era feita ou se entendia que tinha lugar à luz do quadro normativo italiano, questão, como se viu *supra*, hoje ultrapassada⁸⁸⁹. Como foi exposto anteriormente, uma corrente minoritária – na qual se inseriu CATAUDELLA – veio considerar que no caso em apreço se devia socorrer ao regime previsto no artigo 1419/1 do *Codice Civile*. Na base desta orientação, terá estado de novo a ideia de que a *ratio* das disposições que regulam o contrato de trabalho a termo não é sempre ou exclusivamente a tutela do trabalhador. Sustentou a Autora que, não tendo a tutela da estabilidade no emprego dignidade constitucional no sistema jurídico italiano, a disciplina jurídica do contrato a termo era deixada à discricionariedade do legislador ordinário, existindo, por isso, oscilações, variações de orientação na disciplina legal do contrato a termo, ora promovendo interesses dos trabalhadores, ora exigências empresariais de flexibilidade do mercado. Essa diversidade teria consequências do ponto de vista do regime da invalidez parcial, não sendo forçoso que, quando certas disposições fossem violadas, a nulidade que daí resultasse tivesse de ser vista como

⁸⁸⁹ Sobre o ponto, *vide supra*, parte II, A, capítulo 2, ponto 3.1.1.1..

uma nulidade parcial necessária.

II – Das três abordagens expostas, a construção de CATAUDELLA é aquela que, à primeira vista, parece dotada de maior consistência. Não só porque arranca de um critério material, ao contrário das anteriores, alicerçadas em aspectos puramente formais ou estruturais, mas também porque se trata, sem dúvida, de uma linha orientadora – assente na presença ou ausência de um desígnio de protecção do trabalhador das normas imperativas violadas (e da frustração desse desígnio num cenário de invalidade total, acrescente-se) – coerente com princípios ou valorações fundamentantes deste universo jurídico.

Decerto, convém sublinhá-lo, os exemplos recortados pela Autora para ilustrar a sua construção não são de todo os mais pertinentes⁸⁹⁰. É com fortes dificuldades que podemos acompanhar o raciocínio da Autora de que se trataria, em ambos os casos, de violação de normas *não destinadas a tutelar a posição jurídica de trabalhador*.

A respeito das normas que estabelecem as condições substanciais de acesso à contratação a termo, limitar-nos-emos a remeter para o que acima foi dito⁸⁹¹ acerca da causa da supra-ordenação, do móbil da tutela daquelas disposições, em particular num ordenamento jurídico como o nosso.

Quanto ao trabalho a tempo parcial, supomos que o pensamento da Autora incorre num equívoco que importa esclarecer. Não há dúvida que o contrato de trabalho a tempo parcial corresponde a uma modalidade contratual potencialmente também apta à satisfação de interesses do trabalhador. Todavia, a circunstância de se admitir que o contrato a tempo parcial possa constituir uma modalidade contratual dirigida à satisfação de interesses do trabalhador constitui uma questão distinta da de saber quais as razões que levam o legislador a impor a forma escrita do contrato a tempo parcial. Quer-nos parecer que a respeito deste último aspecto, o requisito de forma escrita sempre se saldará numa medida de tutela dos interesses do

⁸⁹⁰ Nem sequer os mais indicados para apresentar no sistema português, porquanto as duas questões recortadas são expressamente resolvidas pelo nosso legislador ordinário, prevendo-se a conservação da relação de trabalho, num caso, sob a modalidade de contrato a tempo integral, e no outro, como contrato por tempo indeterminado.

⁸⁹¹ *Vide supra*, parte II, A, capítulo 2, ponto 2.

trabalhador⁸⁹² (refreando uma eventual precipitação ou ligeireza na assunção deste tipo de vínculo), mesmo que, na concreta configuração legislativa e dentro da margem de conformação de que o legislador dispõe, aquela finalidade possa ser articulada com outros ponto de vista que mereçam ponderação. Aliás, a evolução legislativa registada nesta matéria no ordenamento jurídico italiano é bem reveladora desta *nuance*. Se, por um lado, o legislador optou por rejeitar uma solução apriorística de conservação *ope legis* do contrato como contrato a tempo completo – até porque, nas sábias palavras de MASSIMO D’ANTONA⁸⁹³, a regulação do tempo de trabalho constitui uma daquelas áreas onde os interesses individuais na repartição entre tempo de trabalho e tempo de não trabalho devem ser perspectivados como *privatíssimos*, como aspirações e necessidades de cada trabalhador “de carne e osso” –, por outro lado, não deixou de salvaguardar a posição do trabalhador, reconhecendo a este, num certo circunstancialismo, a faculdade de requerer ao tribunal a declaração de existência de uma relação de trabalho a tempo completo desde a data em que a preterição de forma for judicialmente verificada⁸⁹⁴.

Mas, pondo de parte este aspecto, isto é, apreciando a linha orientadora proposta em si mesma (ignorando, portanto, os exemplos fornecidos), não temos dúvidas em afirmar que se trata de um critério adequado ao tratamento da questão, capaz de traçar uma linha orientadora segura e, sobretudo, alicerçado num aspecto crucial do pensamento valorativo que funda o Direito do Trabalho. Tendo presente as várias hipóteses analisadas ao longo da investigação, seria até possível avançar com a ideia de que a resposta do sistema jurídico ao problema da invalidez parcial assente nesse critério orientador tenderia depois a assumir uma *feição gradualista*, reflexo do ângulo a partir do qual o sistema valora o contraente débil objecto de tutela das normas: se pela posição que ocupa na relação laboral (enquanto trabalhador), se pela posição de inferioridade enquanto parte num contrato de adesão (aderente).

Importante é, no entanto, também, que a abordagem seja confrontado com os dados legais, a fim de poder aferir-se cabalmente da sua legitimidade práctico-

⁸⁹² Aspecto que também é sublinhado por GIORGIO BOLEGO, “La gestione individualizzata dell’orario di lavoro nel nuovo part-time”, *RIDL*, anno XIX, n.º 4, 2000, pág. 443.

⁸⁹³ “L’autonomia individuale e le fonti del Diritto del Lavoro”, *GDLRI*, ano XIII, n.º 51, 3, 1991, pág. 458.

⁸⁹⁴ “L’autonomia individuale e le fonti del Diritto del Lavoro”, *GDLRI*, ano XIII, n.º 51, 3, 1991, pág. 458.

normativa. Ora, é desse ponto de vista que podem levantar-se algumas reservas. Com efeito, se assim fosse, sempre que as normas imperativas violadas não tivessem um desígnio de protecção do trabalhador, deveria valer o regime comum da invalidez parcial. Ora, como é sabido, não é essa a conclusão que se retira pelo menos do modelo traçado no n.º 2 do artigo 121.º do Código do Trabalho, o qual determina a conservação do contrato de trabalho sem requerer necessariamente que as normas imperativas violadas assumam esse desígnio de protecção do trabalhador.

Por certo, poder-se-á considerar esta última dificuldade *ultrapassável*, avançando com a ideia segundo a qual o critério orientador nesta matéria se encontra, de facto, relacionado com a intencionalidade das normas imperativas violadas, leia-se, com a existência ou não de um desígnio de protecção de um contraente contra o outro, não se identificando, porém, necessariamente ou forçadamente o sujeito débil que a lei quer proteger com o trabalhador, podendo antes coincidir, em certos casos, pontuais, com o empregador. Mas este é também um afinamento que suscita dúvidas já que é patente que, através dele se retira unidade interna ao critério. À referida falta de homogeneidade que é fácil de verificar, acresce o facto de não ser inequívoco que mesmo as normas que não têm em vista a tutela da posição jurídica do trabalhador adoptem necessariamente como móbil, em alternativa, a tutela do empregador enquanto contraente débil, como, de resto, foi evidenciado anteriormente.

2.4. O critério da intensidade dos interesses e/ou valores protegidos através das normas imperativas violadas

Perante as hesitações vindas de referir, poderíamos ser tentados a avançar ainda com uma outra linha orientadora para a questão de que curamos. Se recuperarmos, por instantes, as várias hipóteses que foram sendo identificadas e analisadas, logo aí ressalta a heterogeneidade dos valores e/ou interesses subjacentes aos padrões imperativos violados. Por vezes, estão em causa padrões que tutelam valores e/ou interesses laborais. Já noutros casos, dir-se-á, é a tutela da posição jurídica do aderente que assume relevo, de modo a que os interesses daquele, porque desprovidos de uma tutela verdadeiramente autónoma, não sejam desmesuradamente lesados. Como há ainda que referir aqueles casos em que, por delimitação negativa, não estão em causa os particulares valores que o Direito do Trabalho envolve, nem

sequer a protecção dos interesses do aderente-trabalhador, mas outros interesses superiores que ao Estado cumpre defender.

Ora, da confluência destes elementos poderíamos ser levados a concluir que a linha orientadora do tipo de regime a aplicar se encontraria relacionada com relevância dos interesses e/ou valores e a intensidade da tutela que a ordem jurídica reconhece aos padrões normativos violados. Supondo que a intensidade e relevância dos valores e/ou interesses – na valoração que deles é feita pelo sistema – não é sempre a mesma, o mesmo é dizer, que admite diferentes graus, essa diferenciação reflectir-se-ia depois nas medidas que o sistema adopta a respeito da conservação do contrato, implicando também aí uma espécie de graduação na (in)disponibilidade das partes quanto à decisão de conservar o contrato.

Nestes termos, dir-se-ia que nas hipóteses em que estivessem em causa interesses e valores que o sistema valora de forma particularmente intensa – os valores subjacentes às normas laborais imperativas –, o sistema, assumindo a conservação do contrato como um meio indispensável para a sua realização, interviria através de técnicas de compressão que poderemos qualificar como as mais intensas, *maxime*, impondo a conservação do contrato a ambas as partes, sem margem para qualquer ponderação.

À medida que os valores a tutelar fossem assumindo menor intensidade e relevância, ou melhor, à medida em que fosse menor a importância da conservação do contrato para garantir a realização dos mesmos, assim também seria menor o grau de indisponibilidade das partes quanto à decisão de manter o contrato e quanto ao modo como o mesmo poderá ser conservado. Tal aconteceria, quando a lei, através dos seus padrões imperativos, revela preocupações quanto à posição jurídica do aderente. Não sendo os valores a proteger valorados de forma tão intensa, reconhecer-se-ia uma maior margem de valoração a uma das partes quanto à decisão de manter o contrato.

Haveria, por fim, situações em que, em razão da ainda menor relevância e intensidade dos valores e/ou interesses a tutelar, o sistema não reconheceria qualquer tipo de indisponibilidade às partes quanto esta matéria, estando, portanto, a decisão de manter ou não o contrato na disponibilidade de ambas as partes. Pense-se na hipótese de um dos empregadores num contrato com pluralidade de empregadores ter emitido a sua declaração negocial numa situação de coacção, de incapacidade acidental, etc. Ou no caso do trabalhador que foi contratado para realizar uma actividade, sendo uma das suas componentes proibida por lei. Ou ainda no caso do trabalhador que foi

contratado estando o empregador em erro quanto à pessoa (às qualidades) da pessoa do trabalhador. Sendo a intensidade dos valores a tutelar neste círculo de hipóteses ainda menor, ou melhor, sendo menor a importância que conservação do contrato reveste para garantir a realização dos mesmos, poderia então fazer sentido que a regra fosse já a da maior disponibilidade das partes quanto à decisão de manutenção ou não do contrato.

Mas, a verdade é que mesmo uma formulação deste tipo, mais ampla e, como tal, com maiores potencialidades à face dos termos omnicompreensivos através dos quais o legislador laboral se reporta hoje às soluções conservadoras de cariz autoritário (*rectius*, a do artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho), podendo, sem dúvida, constituir um ponto de vista relevante, apresenta-se particularmente vaga e indeterminada nos seus contornos, o que nos leva também a duvidar da viabilidade prática de um critério deste tipo.

Em suma, todas as dificuldades evidenciadas a respeito da identificação de um critério orientador, levam-nos uma vez mais, a duvidar da bondade de uma alteração legislativa como aquela realizada em 2003 na redacção do artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho. Da mesma maneira que a evolução legislativa abriu o flanco a dúvidas interpretativas em torno da fundamentação daquela solução conservadora-substitutiva, assim se comprometeu também, *decididamente*, o tratamento e construção de um critério orientador do regime de invalidez parcial aplicável ao contrato de trabalho.

CONCLUSÕES

Na hora de concluir, apresenta-se um balanço de algumas das questões que foram objecto da nossa análise.

I – Como antecâmara da análise juslaboral, procedeu-se a um elementar recorte da figura da redução do negócio jurídico a partir do Direito Civil vigente. Destacam-se agora pontos cuja importância reputámos relevante, enquanto pressupostos para uma correcta abordagem do regime da invalidade parcial do contrato de trabalho.

Uma nota para que, *in limine*, se chama a atenção tem que ver com as diferentes modalidades que a invalidade parcial pode assumir (invalidade de cláusulas secundárias, invalidade por decomposição do objecto e invalidade de declarações negociais, na terminologia adoptada). Trata-se de um aspecto que, estando mais ou menos assente na doutrina civilista nacional e estrangeira, parece ter sido desvalorizado, até ao momento, pela dogmática juslaboral, que tende a reconduzir o cenário de invalidade parcial às hipóteses de invalidade de cláusulas secundárias. A consideração das diferentes modalidades de invalidade parcial apresenta, no entanto, virtualidades, porquanto permitiu-nos, num momento posterior da investigação, responder com maior precisão à questão da aplicabilidade do regime comum da redução ao contrato de trabalho.

A par desta faceta, preocupámo-nos também, à medida que íamos apresentando as várias modalidades de invalidade parcial, em realçar as dificuldades de delimitação das hipóteses que caem sob a alçada do instituto da redução daquelas que se aproximam de outras figuras, com relevo para o instituto da conversão. Interessa aqui ter presente as flutuações em torno das hipóteses em que a expurgação do vício não se traduz num processo de mera eliminação, mas implica uma degradação ou uma reconformação dos efeitos da estipulação dentro dos limites legais. Não se afiguraram, em nosso entender, decisivos os argumentos avançados no sentido da exclusão dessas hipóteses do âmbito de aplicação da figura da redução. Os dados legais suportam esse entendimento. Paralelamente, considera-se que a referida adaptação constitui uma manifestação da evolução que o instituto conheceu das suas raízes romanas até ao direito moderno.

A respeito da resposta propriamente dita que a lei civil fornece para o problema da invalidade parcial, destacaríamos os seguintes pontos. No que diz respeito ao critério em que assenta a decisão sobre a redução do negócio, e discutindo-se a questão de saber se o modelo de determinação dessa vontade deve corresponder a um modelo de tipo subjectivo e de tipo objetivo, propendemos a considerar que os modelos não devem ser colocados numa relação de alternativa, mas antes numa relação de complementariedade. Quanto aos resultados ou possíveis conteúdos do apuramento da vontade hipotética das partes, quando o juiz concluir que as partes ou algumas delas, caso tivessem sabido que não poderiam ter celebrado o contrato com um determinado efeito, teriam optado por celebrar o contrato mas em condições diferentes daquelas asseguradas pelo contrato inicial – substituindo porventura o conteúdo de cláusulas ou acrescentando outros efeitos – deve o juiz determinar a invalidade total do negócio, não estando legitimado a determinar a conservação do negócio e a remodelar os termos do negócio à luz dos interesses das partes. Curando dos limites de relevância da vontade hipotética, ao lado das hipóteses em que a doutrina civilista reconhece a necessidade de recurso a parâmetros correctivos como o da boa fé sob pena de um uso distorcido e disfuncional do referido critério da vontade hipotética, a outra categoria de situações em relação à qual a doutrina reconhece limites à relevância do critério da vontade hipotética assenta na categoria das chamadas “normas de protecção”.

II – Voltados já para o tema central deste estudo, iniciámos a nossa análise das soluções de conservação necessária do contrato de trabalho com o estudo detido da solução substitutiva consagrada no artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho.

Da plétora de questões suscitadas na análise da norma jurídica – das condições que têm de estar reunidas para que o efeito substitutivo opere – destaca-se, com particular interesse, a conclusão de que a solução substitutiva se aplica – aspecto que se tornou evidente com a mudança legislativa operada em 2003 – perante a violação de qualquer norma imperativa, independentemente da violação consubstanciar a fixação de um regime mais ou menos favorável para o trabalhador, pelo que os interesses que subjazem às normas imperativas violadas podem não estar exclusivamente relacionados com a tutela da posição jurídica do trabalhador, mas podem também atender à posição jurídica do empregador (ou mesmo, no limite, à protecção de interesses gerais).

Quanto ao enquadramento dogmático da solução, a compreensão do fenómeno que a norma contempla implicou que, num primeiro momento, se procedesse ao desdobramento das operações que o tratamento da invalidade parcial pode encerrar: a redução do negócio jurídico, por um lado, e a substituição do conteúdo contratual inválido por um conteúdo imposto pelos padrões imperativos, por outro, sendo esta última operação explicável a partir do reconhecimento de diferentes modos de actuação da ordem jurídica sobre a actividade negocial dos privados, *rectius*, a partir do reconhecimento de um relacionamento mais invasivo da ordem jurídica com a autonomia privada, de conformação positiva da actividade negocial dos privados e de que a normatividade laboral é expressão paradigmática. Em consonância com esta construção, concluiu-se, depois, que o artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho opera como que uma “crase” entre a primeira e a segunda operações, e que, ao exteriorizar a segunda, pressupõe e determina implicitamente a primeira.

Já no que diz respeito às possíveis linhas explicativas deste mecanismo típico da ordem juslaboral, reputámos insuficientes as abordagens que aludem ao carácter inderrogável das normas ou à conservação do emprego *tout court* enquanto factores explicativos do fenómeno. Mais ajustada pareceu-nos, pois, a compreensão que vê na realização das finalidades de protecção das normas imperativas violadas – normas que visam a protecção dos interesses do trabalhador, enquanto contraente débil, face à supremacia da contraparte – a razão para o não funcionamento do regime comum da redução e para, em alternativa, valer uma solução de conservação obrigatória. Esta leitura, além de exprimir uma solução, em harmonia, com o entendimento genericamente veiculado na doutrina civilista tinha, pelo menos até 2003, suporte nos dados legais, ao determinar-se que o mecanismo substitutivo só operaria quando a inobservância do comando imperativo se traduzisse na preterição da tutela prevista para o trabalhador na norma imperativa, entenda-se, quando a derrogação da norma imperativa se traduzisse na fixação de um regime menos favorável para o trabalhador. Desde a entrada em vigor do Código do Trabalho, em 2003, porém, não pode esta linha de fundamentação ser perspectivada como decisiva ou, pelo menos, como suficiente, em face dos termos omnicomprensivos e tentaculares por que o legislador decidiu veicular o seu pensamento, *maxime*, determinando a conservação e substituição perante toda e qualquer norma imperativa. Foram então avançadas outras leituras alternativas a respeito da fundamentação da solução substitutiva. Uma delas foi a de considerar que a solução substitutiva encontra também a sua justificação na

realização das finalidades das normas imperativas que têm em vista a tutela da posição jurídica de empregador, isto é, que têm em vista proteger o empregador contra o maior peso negocial de trabalhadores individualmente, impedindo, portanto, o trabalhador de provar uma vontade hipotética ou conjectural contrária à manutenção do contrato. Em paralelo, admitiu-se que na base da solução substitutiva possa estar o interesse amplo do legislador laboral em assegurar com particular intensidade a realização dos valores e interesses subjacentes às normas violadas – sejam as que tutelam interesses do trabalhador, do empregador ou mesmos interesses gerais da colectividade no mercado laboral – impedindo, de modo absoluto, que qualquer intervenção da vontade das partes possa prejudicar a afirmação desses valores, através da destruição do vínculo. Qualquer uma das justificações, susceptível de harmonizar com os dados legais, é, no entanto, passível de críticas, estando, por essa razão, actualmente comprometida a tarefa de identificação da(s) linha(s) de fundamentação da solução substitutiva. Todas essas dificuldades em torno da fundamentação da solução substitutiva actual levaram-nos, por isso, também a duvidar da bondade de uma alteração legislativa como aquela realizada em 2003. Reputávamos mais adequada uma solução conservadora-substitutiva que apenas fosse chamada a operar nas hipóteses de violação de normas imperativas por previsão de regimes menos favoráveis ao trabalhador – numa linha de continuidade com o regime que vigorou durante o período de vigência da LCT –, e que fizesse assentar a sua fundamentação na necessidade de realização das finalidades de tutela do trabalhador das normas imperativas violadas. Este sempre se afirmou como um tópico legitimado a mobilizar na fundamentação de uma norma com o alcance amplo como o daquela em questão.

Diante das conclusões assumidas acerca do enquadramento dogmático e fundamentação da figura, quis-se ainda deixar claro que a solução substitutiva em apreço nada tem que ver propriamente com aquela outra solução conservadora da parte geral da lei laboral, a qual determina a produção de efeitos do contrato de trabalho inválido e executado. Não só desde um ponto de vista dogmático a aproximação não convence – num caso estaremos perante *um efeito de preservação futura do vínculo*, habitualmente acompanhado pela imposição de efeitos previstos nas normas imperativas violadas, no outro *são reconhecidos efeitos ao contrato de trabalho inválido* por referência ao período durante o qual a prestação foi executada –, como também de um ponto de vista teleológico e substancial, a *ratio* das duas medidas não coincide – estando num caso, voltada para a realização das finalidades de

protecção das normas imperativas violadas, enquanto no outro, o efeito de “conservação” não é determinado pelas finalidades das normas, mas quando muito por exigências de tutela da prestação de trabalho.

Por fim, podendo, em situações-limite, o efeito de conservação do contrato e substituição do conteúdo inválido pelas normas imperativas violadas provocar uma turbacão significativa no equilíbrio entre as prestações das partes, colocou-se a questão da eventual resposta do sistema jurídico ante essa “acumulação de vantagens excessivas na esfera do trabalhador”. Afastada a resposta através da aplicação da teoria da conglobação – não só pelo déficit de apoio normativo, mas, e sobretudo, pela circunstância de por essa via se fazer tábua rasa do postulado da imperatividade das normas – ponderou-se admitir que, pelo menos naqueles casos em que se demonstre que alguma cláusula contratual foi estipulada em função ou por causa da estipulação inválida (exprimindo, portanto, com ela uma certa unidade negocial) deve a invalidade da segunda determinar a invalidade da primeira. Fora desse círculo de hipóteses, pareceu-nos já muito duvidosa a possibilidade, no plano *de iure condito*, de uma intervenção correctora.

III – Abrangente, de facto, ao cominar o efeito conservador-substitutivo em termos omnicompreensivos e tentaculares, a solução substitutiva da parte geral da lei laboral não esgota, ainda assim, as possíveis técnicas que consubstanciam a intervenção do sistema.

Domínios há onde o efeito conservador-substitutivo assume um perfil distinto, como sucede nas hipóteses em que havendo violação das normas imperativas que fixam condições ou requisitos materiais e formais de acesso a determinadas modalidades contratuais, o sistema intervém impondo a conservação da relação e a substituição do modelo flexibilizador pelo modelo *standard*. Do ponto de vista substancial, este tipo de solução corresponde a uma reacção motivada pelo mesmo tipo de preocupações daquelas que motivam a solução substitutiva geral – a realização das finalidades de protecção – embora a correcção que, desse modo é feita, acabe por se revelar mais extensa. A correcção do regulamento implica nestes casos uma mudança (parcial) do regime normativo aplicável. Relativamente à celebração de contrato de trabalho em regime de comissão de serviço ou em regime de intermitência, a lei é omissa quanto à consequência jurídica perante a inobservância dos requisitos materiais para a legítima produção daqueles efeitos. No que diz respeito

à comissão de serviço para provimento de funções que exorbitam o círculo de hipóteses demarcado pela lei, deve entender-se – quer o problema se coloque na modalidade externa quer na interna – que o desfecho não é, à face do sistema vigente, a total destruição do contrato ou do acordo, mas a subsistência do contrato ou acordo apenas amputado dos efeitos pretendidos pelas partes (subtraindo a aplicação de um regime e a sua substituição por outro, comum). Não vemos razões para tratar de modo diferente a hipótese de celebração de contrato em regime de intermitência fora do circunstancialismo material que a lei prevê.

Não deixou de aludir-se, ainda, à possibilidade de a conservação do contrato ser obtida através de uma actividade integrativa do regulamento contratual a realizar pelo juiz. Os casos considerados não foram numerosos, mas a escassez numérica foi compensada pela evidente relevância que os mesmos assumem, dada a importância da matéria sobre que incidem: o parâmetro geográfico da prestação de trabalho. Atento o princípio da liberdade contratual e o disposto no artigo 193.º, n.º 1 do Código do Trabalho nos termos do qual o trabalhador deve exercer a actividade no local *contratualmente* definido, reconhece-se que trabalhador e empregador podem acordar, como entenderem, o local onde a prestação deverá realizar-se. A autonomia regulativa das partes nesta matéria conhece, porém, quanto a nós, limites de ordem material, *maxime* uma exigência de predeterminação, devendo, por razões de ordem pública, ficar de antemão estabelecido o perímetro dentro do qual a prestação laboral poderá vir a ser realizada. Quando tais limites não forem observados, e por conseguinte, conduzirem à invalidade das estipulações, deve o contrato manter-se, sem a parte viciada (independentemente do sentido da vontade hipotética ou real das partes). Num segundo momento, impor-se-á, no entanto, fixar o regime jurídico que valerá no lugar da estipulação violada. Uma vez que o padrão violado (a ordem pública) não pode, pela indeterminação do seu alcance prescritivo, substituir directamente a cláusula inválida, torna-se necessário a adopção de uma actividade integrativa. Caberá ao juiz, tendo em conta um critério de predeterminação possível e a fisionomia concreta de cada caso, proceder à determinação do conteúdo em conformidade com os padrões legais.

Por similitude problemática, enfrentámos também uma outra questão que não contende já com a fixação do local de trabalho, mas com a modificação unilateral (por iniciativa patronal) daquele, *rectius*, através de cláusulas de mobilidade geográfica. Uma vez mais, pensa-se que, mesmo a este nível, onde é reconhecida às partes uma

ampla margem de conformação, a admissibilidade de uma disciplina contratual autónoma não é absoluta ou incondicionada, não podendo o regime convencional fixar como critério para a transferência do trabalhador o do livre gosto ou do puro arbítrio do empregador, porque violador dos limites da ordem pública. Formulado o juízo de invalidade e impondo-se a conservação do contrato de trabalho como forma de assegurar a tutela desses interesses relevantes do trabalhador, abre-se o problema da substituição da cláusula nula por um outro conteúdo compatível com os limites impostos pelo sistema jurídico. Concebendo uma espécie de hierarquização dos critérios em abstracto susceptíveis de pautar a faculdade patronal, de acordo com a maior ou menor atendibilidade dos interesses do trabalhador, concluí-se que um critério válido – diferente do critério legal supletivo – é aquele que autoriza o empregador a proceder a modificações de local de trabalho, desde que tais mudanças não importem um sacrifício manifestamente inexigível e impraticável para o trabalhador. Consequentemente, impor-se-á que o teor da cláusula de mobilidade geográfica inválida seja substituído por um conteúdo que observe esses limites, o que não corresponde, no nosso entender, a uma mera aplicação do regime legal supletivo.

Por fim, a última técnica analisada coincidiu fundamentalmente com a disciplina prevista no diploma que entre nós instituiu o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro), aplicável por remissão constante do artigo 105.º do Código do Trabalho ao contrato de trabalho de adesão.

Num primeiro nível, o aspecto inovador, que surge como uma resposta normativa enriquecedora do sistema, reside na circunstância de a tutela dos interesses do aderente-trabalhador não se traduzir em impor a conservação do contrato – de forma apriorística –, mas em reconhecer ao aderente – e *pour cause* ao aderente-trabalhador – a faculdade de optar pela conservação do contrato, o que denota um abrandamento no grau de intromissão na esfera da autonomia decisória dos sujeitos envolvidos. No plano seguinte, o dos termos em que é assegurada a conservação do contrato, a opção legislativa foi bem clara: a lei determina que a substituição do conteúdo da cláusula nula seja feita através do recurso aos preceitos dispositivos e, subsidiariamente, com recurso às regras de integração do negócio jurídico, impedindo por essa via que se possa equacionar a realização de uma operação de redução conservadora da eficácia das cláusulas (através da vigência na parte afectada de um conteúdo dentro da medida admissível de acordo com a lei) – solução, diga-se, não

afastada no direito comum dos contratos. Razões ligadas, tudo leva a crer, com o objectivo de prevenção e de erradicação do tráfico jurídico de condições gerais abusivas, com o imperativo de transparência no tratamento jurídico das cláusulas contratuais gerais, e ainda com um certo receio de se transformar, em certos casos, a tarefa do julgador numa actividade criadora, terão levado o legislador a afastar esse processo de redução conservadora no sector dos contratos de adesão e, no sector dos contratos de trabalho de adesão. Mesmo que se possam levantar algumas dúvidas acerca da bondade desta opção de proibição da redução conservadora – *maxime* no universo laboral –, não nos pareceu que os argumentos mobilizados até ao momento assumam peso no sentido de propor, *de iure condendo*, uma solução de desvio.

Importava ainda considerar a hipótese de a aplicação do regime previsto no artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro conduzir a um desequilíbrio de prestações manifestamente atentatório da boa fé. Responde à questão o artigo 14.º do diploma, em termos que, porém, se afastam da resposta que nos parece ser aquela que vale no âmbito do contrato de trabalho de adesão. Pese embora a referida norma estabeleça uma remissão nesses casos para o regime da redução comum, entendemos que a solução não se aplica no específico universo relacional que nos convoca (o dos contratos de trabalho de adesão), justificando-se uma interpretação restritiva do preceito que contempla a remissão. Parece-nos que a referida remissão terá lugar *se e na medida* em que a aplicação do regime dos contratos de adesão se saldar numa tutela dos interesses do trabalhador-aderente. Quando esse pressuposto deixa de se verificar, isto é, quando a aplicação do regime dos contratos de adesão der origem à aplicação de regras que se traduzam (ou possam vir a traduzir) numa desprotecção dos interesses do aderente, deixam de subsistir razões para a referida extensão applicativa. Deste modo, e atenta a lógica diádica estabelecida entre o regime dos contratos de adesão e o sistema normativo laboral, deve a questão ser respondida no quadro daquele que é, para esse efeito, o regime comum, o sistema normativo laboral. Valerão, portanto, no domínio dos contratos de trabalho adesão, respostas idênticas àquelas que apurámos para os casos de “acumulação de vantagens excessivas na esfera do trabalhador”.

IV – Seguindo a sistematização acolhida logo no início da investigação, tratou-se então da questão da aplicabilidade do regime da redução comum ao contrato de trabalho.

Contrariando o discurso vago e indeterminado acerca da aplicação do regime comum da redução ao contrato de trabalho, pensa-se ser possível identificar exemplos de hipóteses em que a aplicação do mencionado regime cobra sentido, e isto em qualquer das várias submodalidades que a invalidez parcial pode assumir (entenda-se, invalidez de cláusulas secundárias, invalidez por decomposição do objecto e invalidez de declarações negociais). É, no entanto, questionável a utilidade da reprodução do regime na lei laboral. Por um lado, porque mesmo na ausência da disposição legal na lei laboral, sempre haveria lugar a aplicação daquele regime por aplicação subsidiária das disposições do Código Civil. Por outro lado, bem vistas as coisas, se atentarmos nas hipóteses em que se justifica o recurso ao regime-regra civil, concluir-se-á, *a contrario*, que elas correspondem a hipóteses em que está ausente a consideração dos particulares valores que o Direito do Trabalho tutela, o que constitui mais um elemento que faz duvidar da bondade da previsão daquele regime no sistema laboral. Afigura-se-nos, no entanto, que a opção pela sua inclusão na legislação laboral portuguesa terá sido fortemente influenciada pelo contexto histórico em que o legislador laboral decidiu dedicar um bloco normativo à disciplina da invalidez parcial, entenda-se, a proximidade que se fez sentir entre a entrada em vigor da LCT e o Código Civil, o qual consagrou pela primeira vez o instituto da redução. De todo o modo, tendo o legislador laboral optado pela reprodução do preceito na lei laboral, a arrumação sistemática do mesmo numa posição que antecede a solução substitutiva, julga-se ser também a mais correcta – ainda que, em termos quantitativos, sejam mais escassas as hipóteses de aplicação do regime de redução comum –, tendo em conta que a solução substitutiva sempre constituirá um desvio àquela regra geral.

V – O aspecto mais problemático da compreensão do regime da invalidez parcial do contrato de trabalho passa, porventura, pela questão da identificação de um critério do regime de invalidez parcial aplicável ao contrato de trabalho. Preteridos os critérios de ordem formal-estrutural, sempre pensámos que uma linha orientadora consistente e esclarecedora poderia assentar na intencionalidade das normas imperativas violadas, no desígnio de protecção das mesmas. Há, no entanto, insuficiências a apontar a esta linha de demarcação à face do modelo normativo vigente, não totalmente ultrapassáveis. Mesmo o ensaio de outros caminhos alternativos, susceptíveis de se harmonizarem com os dados legais actuais, não se afigura linear. Todas as dificuldades evidenciadas a respeito do critério orientador,

levam-nos, uma vez mais, a duvidar da bondade de uma alteração legislativa como aquela realizada em 2003 na redacção do artigo 121.º, n.º 2 do Código do Trabalho. Da mesma maneira que a evolução legislativa abriu o flanco a dúvidas interpretativas em torno da fundamentação daquela solução conservadora-substitutiva, assim se comprometeu também, *decididamente*, o tratamento e construção de um critério orientador do regime de invalidez parcial aplicável ao contrato de trabalho.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, JOSÉ JOÃO, “A mobilidade dos trabalhadores e o Código do Trabalho”, *Estudos sobre o Código do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 189 a 202.

_____, JOSÉ JOÃO, “Autonomia da vontade e Direito do Trabalho”, *Estudos sobre o Código do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 119 a 143.

ABREU, JORGE COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 5.^a edição, Almedina, Coimbra, 2015.

ABREU, LUÍS VASCONCELOS, “A sociedade leonina”, *ROA*, ano 56, 1996, pág. 619 a 665.

AIMO, MARIAPAOLA, “Il contratto a termine alla prova”, *LD*, ano XX, 2-3/2006, págs. 459 a 494.

ALARCÃO, RUI DE, “Invalidade dos negócios jurídicos – Anteprojecto para o novo Código Civil”, *BMJ*, n.º 89, 1959, págs. 199 a 267.

ALBANESE, ANTONIO, “Disciplina generale e disciplina speciali delle invalidità: la nullità del contratto di lavoro”, *EuropaDP*, 3/2006, págs. 917 a 945.

_____, ANTONIO, “Le clausole vessatorie nel Diritto Europeo dei Contratti”, *EuropaDP*, 3/2013, págs. 669 a 728.

ALIBRANDI, ALFONSO, “Fondamento, contenuto e limiti del patto di non concorrenza ex art. 2125 c.c.”, *AC*, 1991, pág. 1269 a 1271.

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1992.

ALMEIDA, TATIANA GUERRA DE, “O novo regime jurídico do trabalho intermitente”, *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho?*, coordenação de Catarina de Oliveira Carvalho e Júlio Vieira Gomes, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 345 a 358.

ALONSO OLEA, MANUEL/M.^a EMILIA CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 23.^a edição, Civitas, Madrid, 2005.

ALPA, GUIDO, “Il recepimento della direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1, 1999, págs. 69 a 99.

AMADO, JOÃO LEAL, “Inamovibilidade: uma garantia supletiva?”, *QL*, ano I, n.º 3, 1994, págs. 175 a 177.

_____, JOÃO LEAL, “Contrato de trabalho desportivo e pacto de opção”, *Ab Uno Ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora* (Separata), Coimbra Editora, Coimbra, 1998, págs. 1169 a 1180.

_____, JOÃO LEAL, *Vinculação versus Liberdade – O Processo de Constituição e Extinção da Relação Laboral do Praticante Desportivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

_____, JOÃO LEAL, “Ainda sobre as cláusulas de opção e de rescisão no contrato de trabalho desportivo”, *Temas Laborais 2*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 151 a 233.

_____, JOÃO LEAL, “Comissão de serviço e segurança no emprego: uma dupla inconciliável?”, *RLJ*, ano 140, n.º 3966, 2011, págs. 170 a 180.

_____, JOÃO LEAL, *Contrato de Trabalho*, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

_____, JOÃO LEAL/JOANA NUNES VICENTE, “O contrato de trabalho intermitente”, *XI-XII Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, coordenação de António Moreira, Almedina, Coimbra, 2009, págs. 119 a 137.

ANDRADE, MANUEL DE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 9.^a reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003.

ANDREOLI, GIUSEPPE, “Note in Tema di Contratto di Lavoro Nullo”, *RDL*, ano IV, n.º 1, 1952, págs. 39 a 59.

ANNUB, GEORG, “AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: Wo geht die Reise hin?”, *BB*, 9/2002, págs. 458 a 463.

_____, GEORG, “Grundstrukturen der AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen”, *BB*, 24/2006, págs.1333 a 1339.

APOSTOLIDES, SARA COSTA, *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2008.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé”, *ROA*, ano 60, 2000, págs. 573 a 595.

_____, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil – Teoria Geral – Acções e factos jurídicos*, vol. II, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

_____, JOSÉ DE OLIVEIRA/ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Cessão de exploração de estabelecimento comercial, arrendamento e nulidade formal”, *ROA*, ano 47, 1987, pág. 845 a 927.

AUZERO, Gilles, “La mise en oeuvre de la clause de mobilité appréciée à l’aune des droits fondamentaux du salarié”, *RDT*, n.º 12, 2008, págs. 731 a 733.

BACCHINI, FRANCESCO, “La volontà delle parti e trasformazione del rapporto di lavoro” – nota ao aresto da *Corte di Cassazione*, de 12 de Julho de 2011, n.º 15774, *RGLPS*, ano LXIII, n.º 1, 2012, págs. 65 a 77.

BAMBERGER, HEINZ GEORG/HERBERT ROTH, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1 – 610*, 3.^a edição, C.H. Beck, Munique, 2012.

BAPTISTA, ALBINO MENDES, “A mobilidade geográfica dos trabalhadores à luz do novo Código do Trabalho”, *Estudos sobre o Código do Trabalho*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 83 a 117.

_____, ALBINO MENDES, “As faltas ao trabalho por motivo de doença (não profissional) do trabalhador”, *Estudos sobre o Código do Trabalho*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 175 a 207.

_____, ALBINO MENDES, “Considerações a propósito das cláusulas de mobilidade geográfica”, *Estudos sobre o Código do Trabalho*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 119 a 131.

_____, ALBINO MENDES, “Especificidades do contrato de trabalho desportivo e pacto de opção”, *Estudos sobre o Contrato de Trabalho Desportivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 15 a 67.

BARCELLONA, PIETRO, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milão, 1969.

BASTO, NUNO CABRAL, “Contratos especiais de trabalho – reflexões em torno do sistema positivo vigente”, *ESC*, ano VIII, n.º 31, 1969, págs. 69 a 94.

BAYREUTHER, FRANK, “Die Rolle des Tarifvertrags bei der AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen”, *RdA*, 2/2003, págs. 81 a 91.

_____, FRANK, “Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion im Arbeitsrecht”, *NZA*, 17/2004, págs. 953 a 956.

BEAL, STEPHANE, “Validité de la clause de mobilité”, *JCP E*, n.º 40, 2006, págs. 243 a 247.

BELTRAN MIRALLES, SOFIA, “Traslados y desplazamientos voluntarios”, *AL*, n.º 3, 1997, págs. 1035 a 1046.

BETTI, EMILIO, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2.^a edição, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turim, 1950.

BIANCA, MASSIMO, *Diritto Civile – Il Contratto*, vol. III, 2.^a edição, Giuffrè, Milão, 2000.

BOBBIO, NORBERTO, “Sanzione”, *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Turim, 1969, págs. 530 a 540.

BOLEGO, GIORGIO, “La gestione individualizzata dell’orario di lavoro nel “nuovo” part-time”, *RIDL*, ano XIX, n.º 4, 2000, págs. 437 a 460.

BONI, GUIDO, “Contratto di lavoro intermittente e subordinazione”, *RIDL*, ano XXIV, n.º 1, 2005, págs. 113 a 143.

BORK, REINHARD, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3.ª edição, Mohr Siebeck, Tubinga, 2011.

BOSCATI, ALESSANDRO, *Patto di non concorrenza*, Giuffrè, Milão, 2010.

BOUAZIZ, PAUL/ISABELLE GOULET, “À propos de la modification du lieu de travail et de la clause de mobilité (Cour de cassation, ch. Sociale, arrêt du 23 février 2005)”, *DS*, n.º 6, 2005, págs. 634 a 642.

BOUDIAS, BERNARD, “Le détournement d’une clause de mobilité à des fins disciplinaires et sa neutralisation”, *D.*, n.º 28, 2006, págs. 1945 a 1947.

BRITO, PEDRO MADEIRA DE, Anotação ao artigo 115.º do Código do Trabalho, *in* AA.VV., *Código do Trabalho Anotado*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 254 a 256.

_____, PEDRO MADEIRA DE, Anotação ao artigo 121.º do Código do Trabalho, *in* AA.VV., *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 324 a 326.

_____, PEDRO MADEIRA DE, Anotação ao artigo 193.º do Código do Trabalho, *in* AA.VV., *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 461 a 464.

_____, PEDRO MADEIRA DE, Anotação ao artigo 194.º do Código do Trabalho, *in* AA.VV., *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 464 a 472.

_____, PEDRO MADEIRA DE, Anotação ao artigo 116.º do Código do Trabalho, *in* AA.VV., *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 310.

BROLLO, MARINA, “Part time: la Corte Costituzionale detta le istruzioni per l’uso e le sanzioni per l’abuso” – anotação à decisão da *Corte Costituzionale*, de 11 de Maio de 1992, n.º 210, *GI*, I, 1, 1992, columnas 277 a 292.

BUNTE, HERMANN-JOSEF, “Ergänzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit von AGB-Klauseln”, *NJW*, 20/1984, págs. 1145 a 1150.

BUTTERS, JENA, “Modifiziert Teilnichtigkeit sittenwidriger nachvertraglicher Wettbewerbsverbote”, *JuS*, 4/2001, págs. 324 a 328.

CANARIS, CLAUS-WILHELM, “Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen”, *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, organização de Jürgen F. Bauer/Rolf O. Belke, Gruyter, Berlim/Nova Iorque, 1990, págs. 519 a 572.

CANOTILHO, JOAQUIM GOMES/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

CARINGELLA, FRANCESCO/FRANCSCA DELLA VALLE/SANDRA DELLA VALLE, *Codice Civile Annotato con la giurisprudenza*, 2.^a edição, Giuffrè, Milão, 2006.

CARNEIRO, JOANA, “O contrato de trabalho intermitente – a relação laboral cimentada na segurança do emprego através do trabalho descontínuo”, *QL*, ano 17, n.º 35-36, 2010, págs. 203 a 239.

CAROLSFELD, LUDWIG SCHNORR VON, *Arbeitsrecht*, 2.^a edição, Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 1954.

CARVALHO, ANTÓNIO NUNES DE, “Mobilidade funcional”, *Código do Trabalho – A Revisão de 2009*, coordenação de Paulo Morgado de Carvalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 139 a 215.

_____, ANTÓNIO NUNES DE, “Considerações sobre o trabalho intermitente”, *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, págs. 327 a 376.

CARVALHO, CATARINA DE OLIVEIRA, “Contrato de trabalho e pluralidade de empregadores”, *QL*, ano XII, n.º 26, 2005, págs. 209 a 239.

_____, CATARINA DE OLIVEIRA, “A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho”, *Direito do trabalho+Crise=Crise do Direito do Trabalho?*, coordenação de

Catarina de Oliveira Carvalho e Júlio Vieira Gomes, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 359 a 406.

CARVALHO, JORGE MORAIS, *Os Contratos de Consumo. Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2012.

CARVALHO, PEDRO NUNES DE, “Considerações acerca do erro em sede de patologia da declaração negocial”, *ROA*, ano 52, 1992, págs. 169 a 182.

CARVALHO, SÓNIA DE, “A Redução Conservadora da Eficácia das Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Face ao Regime das Cláusulas Contratuais Gerais”, *Prémio Dr. Lopes Cardoso – Trabalhos premiados*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 519 a 548.

CASELLA, MARIO, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausele*, Giuffrè, Milão, 1974.

CASTRONOVO, CARLO, “Profili della disciplina nuova delle clausele c.d. vessatorie cioè abusive”, *EuropaDP*, 1/1998, págs. 5 a 43.

CATAUDELLA, ANTONINO, “Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro”, *DL*, 1983, I, págs. 77 a 90.

CATAUDELLA, MARIA CRISTINA, *Contratto di Lavoro e Nullità Parziale*, Giuffrè, Milão, 2008.

CESSARI, ALDO, “L’invalidità del contratto di lavoro per violazione dell’articolo 36 della Costituzione”, *DL*, parte II, 1951, págs. 297 a 201.

CESTER, CARLO, “La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro”, *GDLRI*, ano XXX, n.º119, 3, 2008, págs. 341 a 422.

CIAN, GIORGIO, *Codice Civile e Leggi Collegate – Commento Giurisprudenziale Sistemático*, Cedam, Milão, 2010.

CIUCCIOVINO, SILVIA, “Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d.lgs. n. 368/2001”, *GDLRI*, ano XXIX, n.º 115, 3, 2007, págs. 455 a 506.

CLEMENZ, SUSANNE/BURGHARD KREFT/RÜDIGER KRAUSE, *AGB-Arbeitsrecht Kommentar*, Dr. Otto Schmidt, Colónia, 2013.

COELHO, FRANCISCO PEREIRA, *Contratos complexos e complexos contratuais*, Almedina, Coimbra, 2015.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “O princípio do tratamento mais favorável no direito do trabalho actual”, *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Ciências Humanas – Volume de homenagem ao Prof. Doutor Gonçalves Cavaleiro Ferreira*, vol. III, 1987-1988, págs. 111 a 139.

_____, ANTÓNIO MENEZES, “Da alteração das circunstâncias”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989, págs. 293 a 371.

_____, ANTÓNIO MENEZES, “Da constitucionalidade das comissões de serviço laborais”, *RDES*, ano XXXIII, n.ºs 1-2, 1991, págs. 129 a 148.

_____, ANTÓNIO MENEZES, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997.

_____, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1997 (reimpressão).

_____, ANTÓNIO MENEZES, *Isenção de horário, Subsídios para a dogmática actual do Direito da Duração do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2000.

_____, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral – Negócio Jurídico*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014.

CORREIA, ANTÓNIO FERRER, “Pacto leonino: espécies; proibição e seus fundamentos”, *RLJ*, ano 115, n.º 3697, 1982-1983, págs. 106 a 110.

CORREIA, LUÍS BRITO, “Efeitos Jurídicos dos Contratos de Trabalho Inválidos Executados”, *Economia e Finanças (Anais do Instituto Superior de Ciências Económicas e Financeiras)*, vol. XXXVI, 1968, págs. 40 a 90.

CORREIA, EDUARDO, “A Conversão dos Negócios Jurídicos Ineficazes”, *BFDUC*, vol. XXIV, 1948, págs. 360 a 389.

CORREIA, MIGUEL PUPO, *Direito Comercial – Direito da Empresa*, 12.^a edição, Ediforum, Lisboa, 2011.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, reimpressão da 12.^a edição, Almedina, Coimbra, 2014.

_____, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA/ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, Coimbra, 1986.

CRISCUOLI, GIOVANNI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Giuffrè, Milão, 1959.

_____, GIOVANNI, “Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai vizi della volontà”, *RDC*, ano X, parte I, 1964, págs. 364 a 386.

_____, GIOVANNI, “Clausola illecita, scindibilità oggettiva del regolamento negoziale, essenzialità soggettiva della parte nulla, mancanza unilaterale di volontà ed automatica inserzione sostitutiva di norme imperative nel contratto secondo la disciplina della nullità parziale”, *GI*, parte I, 1966, columnas 1155 a 1171.

CUNHA, CAROLINA, Anotação aos artigos 45.º e 46.º do Código das Sociedades Comerciais, in AA. VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, coordenação de Jorge Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 613 a 620.

D’ADDA, ALESSANDRO, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Cedam, Pádua, 2008.

D’AMICO, GIOVANNI, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Giuffrè, Milão, 1993.

D’ANTONA, MASSIMO, “Contrattazione coletiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici”, *GDLRI*, ano XII, n.º 47, 3, 1990, págs. 529 a 565.

_____, MASSIMO, “L’autonomia individuale e le fonti del Diritto del Lavoro”, *GDLRI*, ano XIII, n.º 51, 3, 1991, pág. 455 a 487.

D'ANTONIO, ADRIANA, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Cedam, Pádua, 1974.

D'ARAÚJO, CÉSAR, *O Contrato de trabalho na lei portuguesa (do Código Civil de 1867 à L.C.T.) – Comentários, críticas e anotações*, Lisboa, 1973.

DAMAS, JOAQUIM RODRIGUES, “A redução do negócio jurídico”, *ROA*, ano 45, 1985, págs. 709 a 756.

DÄUBLER, WOLFGANG, “Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Arbeitsrecht”, *NZA*, 24/2001, págs. 1329 a 1337.

_____, WOLFGANG/EBERHARD DORNDORF/BIRGER BONIN/OLAF DEINERT, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht – Kommentierung zu den §§ 305 bis 310 BGB*, 2.^a edição, Franz Vahlen, Munique, 2008.

DE ANGELIS, LUIGI, “Lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata: contratto senza contratto?”, *ADL*, 3/2004, págs. 885 a 894.

DE CUPIS, ADRIANO, “Lineamenti essenziali della conversione del contratto”, *RTDPC*, ano XLIII, 1989, págs. 429 a 437.

DE NOVA, GIORGIO, “Il contratto contrario a norme imperative”, *Riv. crit. dir. priv.*, ano III, n.^{os} 3-4, 1985, págs. 435 a 453.

_____, GIORGIO, “Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto”, *RDC*, ano XXII, parte II, 1976, págs. 480 a 489.

DELL'OLIO, MATEO, “Sulla, «Inefficacia dell'Invalidità» del Contratto di Lavoro (art. 2126, comma 1º, C.C.)”, *Studi in Onore di Francesco Santoro-Passarelli*, vol. V, Eugenio Jovene, Nápoles, 1972, págs. 263 a 300.

DEL PUNTA, RICARDO, *Diritto del Lavoro*, 2.^a edição, Giuffrè, Milão, 2008.

DEL SOL, MARION, “Variations jurisprudentielles sur le lieu de travail”, *JCP S*, n.º 36, 2006, págs. 7 a 17.

DEPREZ, JEAN, “Un remède incertain à la précarité des avantages acquis: l’incorporation dans le contrat de travail”, *DS*, n.º 12, 1986, págs. 906 a 914.

DE VAL TENA, DI ANGEL LUIS, “El pacto de no concurrencia en el derecho español”, *temilavoro.it*, vol. 5, n.º 1, 2013, págs. 1 a 22.

DILLER, MARTIN, “Nachvertragliche Wettbewerbsverbote und AGB-Recht”, *NZA*, 5/2005, págs. 250 a 254.

DJOUDI, JAMEL, “Les nullités dans les relations individuelles de travail”, *D.*, n.º 25, 1995, págs. 192 a 196.

DOCKES, EMMANUEL, “La détermination de l’objet des obligations nées du contrat de travail”, *DS*, n.º 2, 1997, págs. 140 a 151.

DRAY, GUILHERME MACHADO, *O Princípio da Protecção do Trabalhador*, Almedina, Coimbra, 2015.

EBERTH, ROLF, *Die Teilnichtigkeit im Arbeitsrecht – Eine Untersuchung der Bedeutung des §139 BGB im Arbeitsrecht*, Gouder und Hansen, Colónia, 1967.

EMILIANI, SIMONE PIETRO, “I giudici del lavoro nel conflitto di razionalità”, *RIDL*, ano XXXII, n.º 2, 2013, pág. 427 a 449.

ESCH, HEINRICH PIERER VON, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte – Das Verhältnis von Parteiwille und Rechtssatz im Bereich des § 139 BGB*, Carl Heymanns Verlag KG, Colónia, 1968.

FABRE-MAGNAN, MURIEL, *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 2.ª edição, Presses Universitaires de France, Paris, 2007.

FAVENNEC-HERY, FRANÇOISE, “Modification du contrat de travail: le glissement de l’objectif vers le subjectif”, *RJS*, 6/2003, págs. 459 a 464.

FEDELE, ALFREDO, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Giappichelli, Turim, 1943.

FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, “O princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador: sua função”, *ESC*, ano VI, n.º 21, 1967, págs. 73 a 93.

____, ANTÓNIO MONTEIRO, “Os requisitos objectivos do Contrato de Trabalho”, *ESC*, ano VIII, n.º 29, 1969, págs. 33 a 54.

____, ANTÓNIO MONTEIRO, *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho 2, Relações Colectivas de Trabalho*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 1983.

____, ANTÓNIO MONTEIRO, *Direito do Trabalho*, 17.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014.

FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO/ALMEIDA POLICARPO, *Lei do Contrato de Trabalho Anotada*, Almedina, Coimbra, 1970.

FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, *Comentário às Leis da Duração do Trabalho e do Trabalho Suplementar*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

____, FRANCISCO LIBERAL, “Sobre a proibição da conversão dos contratos de trabalho a termo certo no emprego público: comentário à jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *QL*, ano IX, n.º 19, 2002, págs. 76 a 95.

FERNANDES, LUÍS CARVALHO, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, Quid Iuris, Lisboa, 1993.

____, LUÍS CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 5.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010.

FERRARO, GIUSEPPE, “Formalismo giuridico e Diritto del Lavoro”, *GDLRI*, anno XI, n.º 44, 1989, págs. 555 a 581.

FERRI, GIOVANNI, “Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico”, *RDCom*, ano LXI, parte I, 1963, págs. 271 a 288.

____, GIOVANNI, *Ordine Pubblico, Buon Costume e la Teoria del Contratto*, Giuffrè, Milão, 1970.

____, GIOVANNI, “Nullità parziale e clausole vessatorie”, *RDCom*, ano LXXV, parte I, 1977, págs. 11 a 22.

FLUME, WERNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band (Das Rechtsgeschäft)*, 2.ª edição, Springer Verlag, Berlim/Heidelberg/Nova Iorque, 1975.

FONTANA, GIORGIO, “La conversione legale nei rapporti di lavoro atipico”, *RIDL*, ano XII, n.º 3, 1993, págs. 339 a 388.

FRADA, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004.

FRAGALI, MICHELE, “Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio”, *Gciv*, ano IX, t.1, parte I, 1959, págs. 312 a 329.

FREY, ERICH, “Die Folgen der Teilnichtigkeit im Arbeitsrecht”, *AuR*, ano 5, n.º 6, 1957, págs. 161 a 169.

FURTADO, JORGE HENRIQUE PINTO, *Curso de Direito das Sociedades*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 1986.

GALANTINO, LUISA, *Diritto del Lavoro*, 16.ª edição, Giappichelli, Turim, 2009.

GANDOLFI, GIUSEPPE, *La conversione dell'atto invalido – Il problema in proiezione europea*, reimpressão, Giuffrè, Milão, 1990.

___, GIUSEPPE, “Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto”, *RTDPC*, ano XLV, 1991, págs. 1049 a 1072.

___, GIUSEPPE (coordenação), *Code Européen des Contrats – Avant-projet, livre premier*, Giuffrè, Milão, 2002.

GENTILI, AURELIO, “De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni”, *RDC*, ano L, parte I, 2004, págs. 27 a 56.

___, AURELIO, “La “nullità di protezione””, *EuropaDP*, 1/2011, págs. 77 a 119.

GERI, LINA, “Sul significato del termine “clausola” in relazione al comma 2.º dell'art. 1419 c.c.”, *RTDPC*, ano XIV, 1960, págs. 683 a 692.

GHERA, EDOARDO, “Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato”, *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato (Atti del VI Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro, Alba, 1-3 giugno 1978)*, Giuffrè, Milão, 1979, págs. 10 a 54.

___, *Diritto del Lavoro – Il rapporto di lavoro*, Cacucci Editore, Bari, 2008.

GOMES, JÚLIO VIEIRA, “Algumas reflexões sobre as faltas justificadas por doença (não profissional) do trabalhador”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, págs. 717 a 749.

_____, JÚLIO VIEIRA, “Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano” – anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Janeiro de 2003, *CDP*, n.º 8, 2004, págs. 54 a 72.

_____, JÚLIO VIEIRA, *Direito do Trabalho, vol. I – Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

_____, JÚLIO VIEIRA, “A manutenção dos efeitos já produzidos pela convenção colectiva caducada nos contratos individuais de trabalho, após a Lei n.º 9/2006, de 29 de Março (ou o estranho tremeluzir das estrelas mortas)”, *QL*, ano XV, n.º 31, 2008, págs. 1 a 31.

_____, JÚLIO VIEIRA, “Da fábrica à fábrica de sonhos – primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espectáculos”, *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 197 a 231.

GOMES, JÚLIO VIEIRA/CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, “Sobre o Regime da Invalidez do Contrato de Trabalho”, *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, coordenação de António Moreira, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 149 a 175.

GOMES, MARIA IRENE, *A comissão de serviço no Direito do Trabalho*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000.

_____, MARIA IRENE, “A comissão de serviço”, *A Reforma do Código do Trabalho*, organização por Centro de Estudos Judiciários/Inspeção Geral do Trabalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 365 a 380.

_____, MARIA IRENE, “Principais aspectos do regime jurídico do trabalho exercido em comissão de serviço”, *Estudos de Direito do Trabalho em homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea*, Almedina, Coimbra, 2004, págs. 241 a 265.

____, MARIA IRENE, “Jurisprudência e requisitos materiais do contrato de trabalho em comissão de serviço – diferentes registos tonais”, *RMP*, ano 33, n.º 132, 2012, págs. 285 a 304.

____, MARIA IRENE, “Questões a propósito dos requisitos exigidos para a lícita constituição da cláusula de não concorrência no âmbito do contrato de trabalho”, *QL*, número especial (42), 2013, págs. 241 a 263.

GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, ANTONIO, “La nulidade parcial de los negocios juridicos”, *Estudios de Derecho Privado*, direcção de Antonio Martínez-Radio, *Revista de Derecho Privado*, 1962, págs. 338 a 366.

GONÇALVES, LUÍS DA CUNHA, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1929.

GRAGNOLI, ENRICO, “Rapporto di lavoro a tempo parziale, prestazioni ad orario completo e tutela del dipendente” – anotação ao aresto da *Corte di Cassazione*, de 11 de Outubro de 1996, n.º 8904, *Gciv*, ano XLVII, t.I, parte I, 1997, págs. 980 a 984.

GRANDI, ZILIO GAETANO/ MAURO SFERRAZZA, “Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?”, *ADL*, 4-5/2014, págs. 919 a 935.

GUELFUCCI-THIBIERGE, CATHERINE, *Nullité, Restitutions et Responsabilité*, LGDJ, Paris, 1992.

HAGER, JOHANNES, “Die gesetzeskonforme Aufrechterhaltung übermässiger Vertragspflichten – BGHZ 89, 316 und 90, 69”, *JuS*, 4/1985, pág. 264 a 270.

HÖRSTER, HEINRICH EWALD, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª reimpressão da edição de 1992, Almedina, Coimbra, 2014.

HROMADKA, WOLFGANG, “Schuldsrechtsmodernisierung und Vertragskontrolle im Arbeitsrecht”, *NJW*, 35/2002, págs. 2523 a 2530.

HUECK, ALFRED/HANS CARL NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band*, 6.ª edição, Franz Vahlen, Berlim/Frankfurt, 1955.

___, ALFRED/HANS CARL NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts - Zweiter Band*, 6.^a edição, Franz Vahlen, Berlim/Frankfurt, 1957.

___, ALFRED/HANS CARL NIPPERDEY, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Revista de Derecho del Trabajo, Madrid, 1963.

ICHINO, PIETRO, *Il contratto di lavoro – III, Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. III, Giuffrè, Milão, 2003.

INZITARI, BRUNO, *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*, Eugenio Jovene, Nápoles, 1979.

JORGE, FERNANDO PESSOA, “Contrato de Trabalho – Anteprojecto de Diploma Legal”, *ESC*, ano IV, n.º 13, 1965, págs. 3 a 57.

JUNKER, ABBO, *Grundkurs Arbeitsrecht*, 5.^a edição, C. H. Beck, Munique, 2006.

JUSTO, ANTÓNIO SANTOS, *Introdução ao Estudo do Direito*, 6.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

KASKEL, WALTER/HERMANN DERSCH, *Arbeitsrecht*, 5.^a edição, Springer, Berlim/Gotinga/Heidelberg, 1957.

KOCH, JENS, “Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im einseitig vorformulierten Arbeitsvertrag”, *RdA*, 1/2006, págs. 28 a 33.

KOLECK-DESAUTEL, SONIA, *La notion de modification du contrat de travail*, Université Montesquieu-Bordeaux IV, França, 2000.

KRAMPE, CHRISTOPH, “Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertagsklauseln – Eine Bestandsaufnahme zur neueren Rechtsprechung und Literatur”, *AcP*, 194, 1994, pág. 1 a 41.

LAKIES, THOMAS, *Vertragsgestaltung und AGB im Arbeitsrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2011.

LAMMEL, SIEGBERT, “Vertragsfreiheit oder Wirtschaftsfreiheit Zur Teilnichtigkeit von Wettbewerbsabreden”, *AcP*, 189, 1989, págs. 244 a 286.

LARATTA, TIZIANA, “Brevi note sulle conseguenze sanzionatorie in caso di illegittimità della clausola di durata” – anotação à sentença do *Tribunale di Roma* de 24 de Novembro de 2010, *ADL*, 3/2011, págs. 671 a 677.

LARENZ, KARL, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José Lamego, 4.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005.

_____, KARL/MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8.ª edição, C.H. Beck, Munique, 1997.

LASKAWY, HELGE, “Die Tücken des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots im Arbeitsrecht – Stets gebliebt und doch verkannt!”, *NZA*, 18/2012, págs. 1011 a 1018.

LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito do Trabalho*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014.

_____, LUÍS MENEZES, *Direito das Obrigações*, vol. I, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015.

LEITE, JORGE, , “Comissão de serviço”, *QL*, ano VII, n.º 16, 2000, págs. 152 a 161.

_____, JORGE, *Direito do Trabalho*, vols. I e II, Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, Serviço de Textos, Coimbra, 2004.

_____, JORGE, “Contrato de trabalho a prazo: direito português e direito comunitário”, *QL*, ano XIII, n.º 27, 2006, págs. 1 a 31.

_____, JORGE/JORGE COUTINHO DE ALMEIDA, *Colectânea de Leis do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 1985.

LIMA, ANTÓNIO PIRES DE/JOÃO ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vols. I e II, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

LINGEMANN, STEFAN, “Allgemeine Geschäftsbedingungen und Arbeitsvertrag”, *NZA*, 4/2002, págs. 181 a 192.

LOISEAU, GREGOIRE, “L’application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail”, *Études offertes à Jacques Ghestin – Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, Paris, 2001, págs. 579 a 599.

LÓPEZ FRIAS, ANA MARÍA, “Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español”, *ADC*, ano MCMXC, t. XLII, fascículo III, 1990, págs. 851 a 866.

LOY, GIANNI, “Riflessioni su specialità, tipo e sottotipo nel lavoro subordinato”, *Lavoro Subordinato e Dintorni – Comparazioni e prospettive*, coordenação de Marcello Pedrazzoli, Il Mulino, Bolonha, 1989, págs. 51 a 65.

LUNARDON, FIORELLA, “Le nullità nel diritto del lavoro”, *ADL*, 3/2010, págs. 653 a 671.

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, “Do princípio da liberdade contratual”, *Obra dispersa*, vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, pág. 623 a 646.

_____, JOÃO BAPTISTA, “Tutela da confiança e “venire contra factum proprium””, *Obra dispersa*, vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, págs. 345 a 423.

_____, JOÃO BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 13.^a reimpressão da edição de 1982, Almedina, Coimbra, 2002.

MACHADO, MARIA JOÃO, “A contratação a termo na Administração Pública”, *XI-XII Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, coordenação de António Moreira, Almedina, Coimbra, 2009, págs. 205 a 224.

MAGNO, PIETRO, *Estinguibilità del Rapporto di Lavoro Subordinato per Vizi Genetici*, Fondazione Diritto del Lavoro, Roma, 1980.

MARESCA, ARTURO, “Autonomia e diritti individuale nel contratto di lavoro (rileggendo "L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro")”, *GDLRI*, ano XXXI, n.º 121, 2009, págs. 97 a 119.

MARQUES, JOSÉ DIAS, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1959.

MARQUES, MÁRIO REIS, *Introdução ao Direito*, vol. I, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2007.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito do Trabalho*, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2007.

_____, PEDRO ROMANO, “Trabalho e Direitos Fundamentais – compatibilização entre a segurança no emprego e a liberdade empresarial”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 241 a 285.

_____, PEDRO ROMANO, Anotação ao artigo 105.º do Código do Trabalho, in AA.VV., *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 288 a 290.

_____, PEDRO ROMANO, *Direito do Trabalho*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015.

MARTINS, JOÃO ZENHA, “Os pactos de não concorrência no Código do Trabalho”, *RDES*, ano XLVII, n.ºs 3 e 4, 2006, págs. 296 a 301.

MARTINS, PEDRO FURTADO, *Cessação do contrato de trabalho*, 3.ª edição, Principia, Lisboa, 2012.

MARZIO, FABRIZIO DE, “Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Apunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell’ultimo decenio.”, *Gciv*, vol. L, n.º 10, 2000, págs. 465 a 484.

MATTAROLO, MARIA GIOVANNA, “Lavoro intermittente : uso improprio e misure di contrasto”, *DPL*, n.º 33, 2012, págs. 128 a 136.

MAZZAMUTO, SALVATORE, “L’inefficacia delle clausole abusive”, *EuropaDP*, 1/1998, págs. 45 a 50.

MEDICUS, DIETER, *Allgemeiner Teil des BGB: Ein Lehrbuch*, 8.ª edição, C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 2002.

MEKKI, MUSTAPHA, “Le salarié doit démontrer que la décision de faire jouer la clause de mobilité a été prise pour des raisons étrangères à l’intérêt de l’entreprise”, *JCP G*, n.º 50, 2005, págs. 2325 a 2329.

MELCHIONNA, RAFFAELLO, “L’onerosità e i limiti di oggetto, di tempo e di luogo del patto di non concorrenza”, *DL*, parte II, 1966, págs. 368 a 377.

MENDES, JOÃO DE CASTRO, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. III, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1979.

MENGHINI, LUIGI, “Precarità del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della corte di giustizia”, *RIDL*, ano LVII, n.º 4, 2006, págs. 695 a 715.

MENGONI, LUIGI, “L’influenza del diritto del lavoro sul diritto civile”, *GDLRI*, ano XII, n.º 45, 1, 1990, págs. 5 a 23.

MESQUITA, HENRIQUE/ALMENO DE SÁ, “Determinação do preço por terceiro”, *RLJ*, ano 141.º, n.º 3973, 2012, págs. 202 a 228.

MESQUITA, JOSÉ ANDRADE, *Direito do Trabalho*, 2.ª edição, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2004.

MESTRE, BRUNO, “Cláusulas de remissão a CCT”, *QL*, ano 14, n.º 30, 2007, págs. 139 a 171.

MICHELE, MARIANI, “In tema di conversione di contratto a part-time nullo per vizio di forma”, *RIDL*, ano X, n.º 3, 1991, págs. 374 a 387.

MIRABELLI, GIUSEPPE, *Dei contratti in generale*, Livro IV, t. II, Utet, Turim, 1958.

MIRANDA, JORGE/RUI DE MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, t. I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

MIRANTE, DANIELA, “Os contratos de adesão e o regime das cláusulas contratuais gerais, o caso especial do contrato de trabalho de adesão. Contributo para o estudo da questão”, *QL*, ano XXII, n.º 46, 2015, págs. 47 a 86.

MISCIONE, ALESSANDRA, “L’apposizione del termine al contratto di lavoro: questioni interpretative sulla temporaneità delle esigenze datoriali”, *ADL*, 2/2005, págs. 614 a 634.

MOLL, VERA RICARDA, *Die Änderung der Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber – insbesondere in der Unternehmenkrise*, Peter Lang, Frankfurt, 2009.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990.

_____, ANTÓNIO PINTO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro”, *ROA*, ano 46, 1986, págs. 733 a 769.

_____, ANTÓNIO PINTO, “El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores”, *Revista de derecho mercantil*, n.º 219, 1996, págs. 79 a 118.

_____, ANTÓNIO PINTO, “Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, *STUDIA IURIDICA*, 61, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, págs. 1103 a 1131.

_____, ANTÓNIO PINTO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, reimpressão da obra publicada em 1985, Almedina, Coimbra, 2003.

MONTEIRO, LEONOR PIZARRO, “Breves reflexões sobre o contrato de trabalho enquanto contrato de adesão”, *Revista Electrónica de Direito*, n.º 2, 2013, págs. 1 a 24.

MONTEIRO, LUÍS MIGUEL, “Regime jurídico do trabalho em comissão de serviço”, *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea*, Almedina, Coimbra, 2004, págs. 507 a 528.

_____, LUÍS MIGUEL, Anotação ao artigo 184.º do Código do Trabalho, *in AA.VV., Código do Trabalho Anotado*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 363.

_____, LUÍS MIGUEL/PEDRO MADEIRA DE BRITO, Anotação ao artigo 147.º do Código do Trabalho, *AA.VV., Código do Trabalho Anotado*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 375 a 378.

MONTUSCHI, LUIGI, “Il contratto a termine: istruzioni per l’uso”, *GDLRI*, ano XXV, n.º 98, 2, 2003, págs. 151 a 158.

MORENO DE TORO, CARMEN, “El pacto de abstención postcontractual de la atividade competitiva”, *REDT*, n.º 68, 1994, págs. 887 a 908.

MORGERA, PAOLA, “Spunti sulla tipologia del part-time nell’elaborazione giurisprudenziale”, *Gciv*, ano XLVI, t. I, parte I, 1996, págs. 803 a 807.

MOSCO, LUIGI, *La Conversione del Negozio Giuridico*, Eugenio Jovene, Nápoles, 1947.

MOULY, JEAN, Anotação à decisão da *Cour d'Appel de Limoges*, de 17 de Dezembro de 1990, *D.*, n.º 41, 1991, págs. 596 a 599.

_____, JEAN, Anotação ao aresto da *Cour de Cassation*, de 18 de Novembro de 1998, *D.*, n.º 31, 1998, págs. 443 a 445.

MOURA, JOSÉ BARROS, *A Convenção Colectiva entre as Fontes de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1984.

_____, JOSÉ BARROS, *Compilação de Direito do Trabalho – sistematizada e anotada*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1980.

MOURA, PAULO VEIGA E, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

MOUVEAU, ERIC, “Le contrat de couple et le droit du travail”, *D.*, 1998, págs. 385 a 388.

NAPOLI, MARIO, “Articolazione ed espansione del Diritto del Lavoro – 1. Contratto e rapporti di lavoro, oggi”, *Questione di Diritto del Lavoro (1992-1996)*, Giappichelli, Turim, 1996, págs. 3 a 66.

NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA, “A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, vol. II, BFDUC, Coimbra, 1979, págs. 73 a 184.

_____, ANTÓNIO CASTANHEIRA, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, BFDUC, STUDIA IURIDICA, 1, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

NIKISCH, ARTHUR, *Arbeitsrecht, II*, 2.ª edição, Tubinga, 1959.

NOVARA, GIAMPAOLO, *L'invalidità del contratto di lavoro*, Giuffrè, Milão, 1967.

NOVELLA, MARCO, “Considerazioni sul Regime Giuridico della Norma Inderogabile nel Diritto del Lavoro”, *ADL*, 2/2003, págs. 509 a 549.

OHLENDORF, BERND/ ERWIN SALAMON, “Die Aufrechterhaltung unwirksamer Formulararbeitsbedingungen – das Verhältnis des Verbots geltungserhaltender Reduktion zur ergänzenden Vertragsauslegung im Arbeitsrecht”, *RdA*, 5/2006, págs. 281 a 288.

OLIVIERI, ANTONELLO, “Illegittimità del termine e conseguenze sanzionatorie: un doppio canale di tutela?”, *RGDLPS*, ano LVIII, n.º 4, 2007, págs. 693 a 709.

ORESTANO, ANDREA, “I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note”, *Riv. crit. dir. priv.*, ano X, n.º 3, 1992, págs. 467 a 504.

ORLANDO, MARCO, “Il “caso Poste” e il conseguenze della nullità del termine” – anotação à sentença do *Tribunale di Roma* de 12 de Janeiro de 2005, *RGL*, ano LVI, 4, 2005, págs. 706 a 719.

PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL-CARLOS, *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1975.

PAROLI, AUGUSTO, “Nullità di clausole e nullità di contratto”, *DL*, parte II, 1960, págs. 181 a 200.

PEEL, EDWIN, *The Law of Contract*, 12.ª edição, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, Londres, 2007.

PEREIRA, MARIA ADOZINDA, “Comissão de serviço ilegal. Nulidade da cláusula. Contrato de trabalho por tempo indeterminado”, *RMP*, ano 26, n.º 104, págs. 167 a 176.

PINTO, ALEXANDRE MOTA, “O contrato de trabalho de adesão no Código de Trabalho: notas sobre a aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais ao contrato de trabalho”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, 2003, págs. 243 a 267.

PINTO, ANA ISABEL, “O dever de conhecimento oficioso do Direito da União Europeia – em especial as cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 2, 2013, págs. 363 a 382.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, “Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, *RDES*, ano XX, n.ºs 2,3 e 4, 1973, págs. 119 a 148.

PINTO, MÁRIO/PEDRO FURTADO MARTINS/ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis do Trabalho*, vol. I, Lex, Lisboa, 1994.

PIOVESANA, ANNA, “Vizi della volontà nella costituzione del rapporto di lavoro”, *LG*, n.º 7, 2003, págs. 611 a 625.

PLAIA, ARMANDO, “Categorie civilistiche e diritti speciali: la nullità del contratto di lavoro a termine”, *Studium iuris*, 2009, pág. 1186 a 1193.

PRATA, ANA, *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Almedina, Coimbra, 1994.

_____, ANA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, Coimbra, 2010.

PROIA, GIAMPIERO, *Rapporti di Lavoro e Tipo (Considerazioni Critiche)*, Giuffrè, Milão, 1997.

PROSPERETTI, UBALDO, “La funzione del diritto del lavoro nella politica economica”, *RTDP*, anno XIV, 1964, págs. 891 a 911.

RAIMONDI, ENRICO, “Il contratto a termine”, *GDLRI*, ano XXX, n.º 120, 4, 2008, págs. 701 a 715.

_____, ENRICO, “Il lavoro intermittente nelle recenti riforme del mercato del lavoro”, *RGL*, ano LXV, n.º 3, 2014, págs. 601 a 630.

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015.

_____, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014.

_____, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015.

REDINHA, MARIA REGINA, “Código novo ou código revisto? – a propósito das modalidades do contrato de trabalho”, *Código do Trabalho – A Revisão de 2009*, coordenação de Paulo Morgado de Carvalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 241 a 248.

REICH, DIETMAR O./PETER SCHMITZ, “Globalbürgschaften in der Klauselkontrolle und das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion”, *NJW*, 39/1995, págs. 2533 a 2534.

REIS, JOÃO, “O dever de paz laboral”, *A Reforma do Código do Trabalho*, organização por Centro de Estudos Judiciários/Inspeção Geral do Trabalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 619 a 649.

_____, JOÃO, “Princípio do tratamento mais favorável e da norma mínima”, *Para Jorge Leite – Escritos Jurídico-Laborais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, págs. 855 a 884.

RIBEIRO, JOAQUIM SOUSA, *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999.

_____, JOAQUIM DE SOUSA, “As fronteiras juslaborais e a (falsa) presunção de laboralidade”, *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 345 a 408.

_____, JOAQUIM DE SOUSA, “Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais”, *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 101 a 179.

_____, JOAQUIM DE SOUSA, “O contrato, hoje: funções e valores”, *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 35 a 56.

_____, JOAQUIM DE SOUSA, “O regime dos contratos de adesão: algumas questões decorrentes da transposição da directiva sobre as cláusulas abusivas”, *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 181 a 206.

_____, JOAQUIM DE SOUSA, “A boa fé como norma de validade”, *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 207 a 281.

RICHARDI, REINHARD, “Gestaltung der Arbeitsverträge durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz”, *NZA*, 19/2002, págs. 1057 a 1064.

RICHARDI, REINHARD/OTFRIED WLOTZKE/HELLMUT WIBMANN/HARTMUT OETKER, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, Kollektivarbeitsrecht/Sonderformen*, 3.ª edição, C.H. Beck. Munique, 2009.

RICHTER, GIORGIO STELLA, “Il principio di conservazione del negozio giuridico”, *RTDPC*, ano XXI, 1967, págs. 411 a 429.

_____, GIORGIO STELLA, “Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato”, *RTDPC*, ano XXXI, 1977, págs. 151 a 204.

RODOTÀ, STEFANO, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milão, 1969.

ROPPO, ENZO, “Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede”, *RDC*, ano 17, parte I, 1971, págs. 686 a 730.

_____, ENZO, “Sugli usi giudiziali della categoria “indeterminatezza/indeterminabilità dell’oggetto del contratto”, e su una sua recente applicazione a tutela di “contraenti deboli”, *GI*, vol. CXXXI, 1979, colunas 148 e 149.

ROPPO, VINCENZO, *Trattato del Contratto, IV, Rimedi-1*, Giuffrè, Milão, 2006.

ROUXINOL, MILENA SILVA, “O regime da relação entre fontes laborais no Código do Trabalho de 2009”, *Código do Trabalho – A Revisão de 2009*, coordenação de Paulo Morgado de Carvalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 37 a 58.

_____, MILENA SILVA, “A imperatividade (que tipo de imperatividade?) das normas legais laborais face ao contrato individual de trabalho – considerações em torno do n.º 5 do artigo 3.º do CT”, *Vinte Anos de Questões Laborais*, número especial (42), Coimbra Editora, Coimbra, 2013, págs.159 a 185.

_____, MILENA SILVA, *A vinculação autoral do trabalhador jornalista*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

ROTH, HERBERT, “Geltungserhaltende Reduktion im Privatrecht”, *JZ*, 9/1989, págs. 411 a 419.

RUSSO, ENNIO, “Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva”, *RDC*, ano XLVII, n.º 5, 2001, págs. 573 a 599.

SÁ, ALMENO DE, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005.

SÄCKER, FRANZ JÜRGEN, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, ProstG, AGG*, 6.ª edição, C.H. Beck, Munique, 2012 (beck-online).

SANDROCK, OTTO, "Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften. Ein Beitrag zur Auslegung von §139 BGB", *AcP*, 159, 1960-1961, págs. 482 a 546.

SANSEVERINO, LUISA RIVA, *Diritto del Lavoro*, 14.ª edição, Cedam, Pádua, 1982.

SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO, *Nozioni di Diritto del Lavoro*, 35.ª edição, Eugenio Jovene, Nápoles, 1993.

SANTORO-PASSARELLI, GIUSEPPE, “Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato”, *ADL*, 1/2002, págs. 177 a 186.

SARACINI, EUGENIO, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Giuffrè, Milão, 1971.

SATTA, GIUSEPPE, *La Conversione dei Negozi Giuridici*, Società Editrice Libreria, Mião, 1903.

SCHAUB, GÜNTER/ULRICH KOCH/RÜDIGER LINK/HIMRICH VOGELSANG, *Arbeitsrechts-Handbuch – Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis*, 12.ª edição, C. H. Beck, Munique, 2007.

SCHLEWING, ANJA, “Geltungserhaltende Reduktion und/oder ergänzende Vertragsauslegung im Rahmen der AGB-Kontrolle arbeitsvertraglicher Abreden?”, *RdA*, 2/2011, págs. 92 a 99.

SCHMIDT, KARSTEN, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, Erstes Buch. Handelsstand, §§ 1 – 104 a*, 3.^a edição, C.H. Beck, Munique, 2010 (beck-online).

SCHOLZ, DIETMAR, *Die Anwendung des §139 BGB im Arbeitsvertragsrecht*, Andreas Funke, Offsetdruck, Gotinga, 1965.

SERRA, ADRIANO VAZ, “Objecto da obrigação; A prestação – suas espécies, conteúdo e requisitos”, *BMJ*, n.º 74, Março, 1958, págs. 15 a 283.

_____, ADRIANO VAZ, “Provas”, *BMJ*, n.º 110, 1961, págs. 61 a 256.

_____, ADRIANO VAZ, “A redução e a conversão de negócios jurídicos no caso do Acórdão do S.T.J. de 8 de Abril de 1969”, *BFDUC*, vol. XLVI, 1970, págs. 131 a 163.

_____, ADRIANO VAZ, Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Julho de 1974, *RLJ*, ano 108, n.º 3555, 1975-1976, págs. 291 a 299.

SICCHIERO, GIANLUCA, “Studi preliminari sulla clausola del contratto”, *Contr. impr.*, 3/1999, págs. 1194 a 1268.

_____, GIANLUCCA, “Le clausole contrattuali”, *L’atto pubblico fra tecniche di redazione e forme de comunicazione, Atti del convegno di studi Tropea, 10 e 11 Giuno 2005*, Giuffrè, Milão, 2006, págs. 37 a 52.

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Sinal e Contrato-Promessa*, 13.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010.

SILVA, LUÍS GONÇALVES DA, “Do âmbito temporal da convenção colectiva”, organização de António Monteiro Fernandes, *Estudos de Direito em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, Almedina, Coimbra, 2004, págs. 457 a 506.

_____, LUÍS GONÇALVES DA, Anotação ao artigo 531.º do Código do Trabalho, *in* AA. VV., *Código do Trabalho Anotado*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 823 a 824.

SIMLER, PHILIPPE, *La Nullité Partielle des Actes Juridiques*, LGDJ, Paris, 1969.

SINGER, REINHARD, “Arbeitsvertragsgestaltung nach der Reform des BGB”, *RdA*, 4/2003, págs. 194 a 204.

SÖLLNER, ALFRED, “Zur Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsrecht”, *ZfA*, 2/2003, págs. 145 a 161.

SPEZIALE, VALERIO, “La nuova legge sul lavoro a termine”, *GDLRI*, ano XXIII, n.º 91, 3, 2001, págs. 361 a 415.

_____, VALERIO, “La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007”, *RIDL*, ano XXVII, n.º 2, 2008, I, págs. 181 a 225.

_____, VALERIO, “Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro”, *Atti del Convegno Nazionale – Nuovi Assetti delle Fonti del Diritto del Lavoro*, coordenação de Cataldo Balducci e Maria Luisa Serrano, Caspur, Ciber Publishing, 2011, págs. 187 a 227.

SOERGEL, HANS THEODOR/WOLFGANG SIEBERT/HANS JÜRGEN ABRAHAM, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, Allgemeiner Teil*, 12.ª edição, Kohlhammer, Estugarda/Berlim/Colónia/Mainz, 1988.

SOUSA, SOFIA SILVA E, *Obrigaçã de não concorrência com efeitos “post contractum finitum”*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012.

STAUDINGERS, JULIUS VON, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch I, Allgemeiner Teil – §§139-163*, Sellier-de Gruyter, Berlim, 2010.

STAUDINGERS, JULIUS VON, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse – §§ 305-310*, Sellier-de Gruyter, Berlim, 2013.

STEINAU-STEINRÜCK, ROBERT V./CRISTOPH R. HUREK, “Die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten – Der Nebel lichtet sich!”, *NZA*, 17/2004, págs. 965 a 967.

STOFFELS, MARKUS, “Altverträge nach der Schuldrechtsreform”, *NZA*, n.º 13/2005, pág. 726 a 730.

TAMAJO, RAFFAELE DE LUCCA, *La Norma Inderogabile nel Diritto del Lavoro*, Eugenio Jovene, Nápoles, 1976.

TAMPONI, MICHELE, “Contributo all’esegesi dell’art. 1419 c.c.”, *RTDPC*, ano XXXII, 1978, págs. 105 a 156 (parte I) e 483 a 513 (parte II).

TANDOGAN, HALUK, *La nullité, annulation et la résiliation partielle des contrats*, Kundig, Genebra, 1952.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, “Redução do negócio jurídico”, *Revista dos Tribunais*, ano 71, n.ºs 1667 a 1668, 1953, págs. 290 a 296.

_____, INOCÊNCIO GALVÃO, Anotação ao Acórdão Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Abril de 1957, *O Direito*, ano LXXXIX, 1957, págs. 260 a 280.

_____, INOCÊNCIO GALVÃO, *Dos Contratos em Geral*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1962.

_____, INOCÊNCIO GALVÃO, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

_____, INOCÊNCIO GALVÃO, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.

TERRE, FRANÇOIS/PHILIPPE SIMLER/YVES LEQUETTE, *Droit Civil – Les obligations*, 10.ª edição, Dalloz, Paris, 2009.

THÜSING, GREGOR, “Was sind die Besonderheiten des Arbeitsrechts?”, *NZA*, 11/2002, págs. 591 a 597.

_____, THÜSING/THOMAS LAMBRICH, “Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifnormen”, *RdA*, 4/2002, págs. 193 a 213.

_____, THÜSING/THOMAS LAMBRICH, “AGB-Kontrolle arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln – Vertragsgestaltung nach der Schuldrechtsreform”, *NZA*, 24/2002, págs. 1361 a 1370.

_____, GREGOR/TOBIAS LEDER, “Gestaltungsspielräume bei der Verwendung vorformulierter Arbeitsvertragsbedingungen – Allgemeine Grundsätze”, *BB*, 17/2005, págs. 938 a 945.

TIRABOSCHI, MICHELE, “Articolo 1 - Apposizione del termine”, *Il nuovo lavoro a termine - Commentario al D.LGS. 6 Settembre 2001*, n. 368, coordenação de Marco Biagi, Giuffrè, Milão, 2002, págs. 86 a 109.

_____, MICHELE/PAOLO TOMASSETTI, “Il nuovo lavoro a termine”, *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro – Primo commento al d.l. 20 marzo 2014*, n. 34, *convertito con modificazioni*, in *l. 16 maggio 2014*, n. 78, coordenação de Michele Tiraboschi, *Adapt Labour E-book Studies*, n.º 25, ADAPT University Press, 2014, págs. 1 a 21.

TOSI, PAOLO, “Le invalidità nel diritto del lavoro: questioni di metodo”, *ADL*, 3/2010, págs. 603 a 614.

TREU, TIZIANO, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milão, 1968.

ULMER, PETER, “Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln”, *NJW*, 38/1981, págs. 2025 a 2033.

_____, PETER, “Offene Fragen zu § 139 BGB: Vorteilsregel und “Politik des Gesetzes”, *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, organização de Jürgen F. Baur, Klaus J. Hopt, Peter Mailänder, Walter de Gruyter, Berlim/Nova Iorque, 1990, págs. 799 a 816.

ULMER, PETER/ERICH BRANDNER/HORST-DIETHER HENSEN, *AGB-Recht – Kommentar zu den §§305-310 BGB und zum UKlaG*, 11.^a edição, Dr. Otto Schmidt, Colónia, 2011.

UFFMANN, KATHARINA, *Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2010.

_____, KATHARINA, “Die Unzumutbarkeitsschwelle als neue Voraussetzung einer ergänzenden Vertragsauslegung im Arbeitsrecht? Zur Abkehr des BAG von der grundsätzlichen Zulässigkeit richterlicher Vertragsergänzung”, *RdA*, 3/2011, págs. 154 a 162.

VALDÉS ALONSO, ALBERTO, “Pacto de no competencia postcontractual y acto de conciliación. Sobre la supuesta “accesoriedad” de la obligación de no competencia respecto del contrato de trabajo (comentario a la STS, Sala cuarta, de 21 de marzo de 2001)”, *RL*, I, 2002, págs. 827 a 830.

VALLAURI, MARIA LUISA, “Quale sanzione per il contratto a termine illegittimo” – comentário à sentença do *Tribunale di Palermo* de 6 de Maio de 2006, *RIDL*, ano XXXVI, n.º 2, 2007, págs. 395 a 402.

VALLEBONA, ANTONIO, “Ancora sul difetto di forma scritta nel contratto di lavoro a tempo parziale” – anotação ao aresto da *Corte di Cassazione*, de 10 de Março de 1993, n.º 6487, *RIDL*, ano XIII, n.º 3, 1994, págs. 475 a 489.

_____, ANTONIO, “La nullità dei contratti di lavoro atipici”, *ADL*, 2/2005, pág. 527 a 549.

_____, ANTONIO, “La gabbia non è sistema: la conversione legale dei lavori atipici non è costituzionalmente necessitata”, *MGL*, 10/2005, págs. 738 a 741.

_____, ANTONIO, “Sforzi interpretative per una distribuzione inefficiente dei posti di lavori stabili” – anotação à decisão da Cassazione de 21 de Maio de 2008, n. 12985, *MGL*, 8/9, 2008, págs. 643 a 650.

_____, ANTONIO/CARLO PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Pádua, 2001.

VARELA, JOÃO ANTUNES, *Sobre o contrato-promessa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1988.

_____, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.^a edição, Almedina, Coimbra, 2000.

____, JOÃO DE MATOS ANTUNES/J. MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1985.

VASCONCELOS, JOANA, “Contrato de trabalho com pluralidade de empregadores”, *RDES*, ano XLVI, n.^{os} 2, 3 e 4, 2005, págs. 283 a 299.

____, VASCONCELOS, *A Revogação do Contrato de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2011.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995.

____, PEDRO PAIS DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, reimpressão da 7.^a edição de 2012, Almedina, Coimbra, 2014.

VAZ, ALBINO ANSELMO, “A conversão e a redução dos negócios jurídicos”, *ROA*, ano 5, 1945, págs. 131 a 173.

VENTURA, RAÚL, *A Conversão dos Actos Jurídicos no Direito Romano*, Dissertação para Concurso para Professor Extraordinário, Lisboa, 1947.

____, RAÚL, “Nulidade total e nulidade parcial do contrato de trabalho”, *O Direito*, ano XCIV, 1962, págs. 245 a 273.

____, RAÚL, “O cúmulo e a conglobação na disciplina das relações de trabalho”, *O Direito*, ano 94, 1962, págs. 201 a 221.

____, RAÚL, “Regime das Nulidades do Contrato de Trabalho”, *ESC*, Ano II, n.º 6, 1965, págs. 9 a 64.

____, RAÚL, “Convenção de arbitragem e cláusulas contratuais gerais”, *ROA*, ano 46, 1986, págs. 5 a 48.

VENEZIANI, BRUNO, “La flessibilità del lavoro ed i suoi antidoti. Una analisi comparata”, *GDLRI*, ano XV, n.º 58, 2, 1993, págs. 235 a 310.

VICENTE, JOANA NUNES, *A fuga à relação de trabalho (típica): em torno da simulação e da fraude à lei*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

_____, JOANA NUNES, “Cláusulas de definição do local de trabalho”, *Vinte Anos de Questões Laborais*, número especial (42), 2013, págs. 217 a 239.

VINCIERI, MARTINA, “Sulla qualificazione del cd. lavoro a chiamata senza vincolo di disponibilità a carico del lavoratore”, *RIDL*, ano XXII, n.º 2, 2004, págs. 295 a 303.

_____, MARTINA, “Il lavoro intermittente o “a chiamata”: natura giuridica e tecniche regolative”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, n.º 1, 2005, págs. 117 a 133.

VOZA, ROBERTO, “Il contratto di lavoro intermittente”, *I contratti di lavoro*, coordenação de Antonio Vallebona, Utet, Turim, 2009, págs. 1255 a 1285.

WENSING, HANS-HUBERT/JAN-MALTE NIEMANN, “Vertragsstrafen in Formulararbeitsverträgen: §307 BGB neben §343 BGB? Überlegung zum Verhältnis von Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle”, *NJW*, 7/2007, págs. 401 a 405.

WERNICKE, KONRAD, “Die Rückführung überlanger Wettbewerbsverbote in der BGH-Rechtsprechung”, *BB*, 37/1990, págs. 2209 a 2210.

WILLEMSSEN, HEINZ JOSEF/TIMON GRAU, “Geltungserhaltende Reduktion und Besonderheiten des Arbeitsrecht”, *RdA*, 6/2003, págs. 321 a 328.

WITT, ALEXANDER, “Keine AGB-Kontrolle tariflicher Regelungen?”, *NZA*, 3/2004, págs. 135 a 138.

XAVIER, BERNARDO DA GAMA LOBO, “O lugar da prestação de trabalho”, *ESC*, ano IX, n.º 33, Março de 1970, págs. 10 a 61.

_____, BERNARDO DA GAMA LOBO, *Curso de Direito do Trabalho, I, Introdução. Quadros organizacionais e fontes*, 3.ª edição, Verbo, Lisboa/São Paulo, 2004.

_____, BERNARDO DA GAMA LOBO, *Manual de Direito do Trabalho*, 2.ª edição, Verbo, Lisboa, 2014.

_____, BERNARDO DA GAMA LOBO/PEDRO FURTADO MARTINS, “A transacção em Direito do Trabalho: direitos indisponíveis, direitos inderrogáveis e direitos irrenunciáveis”, *Liberdade e Compromisso – Estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto*, vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009,

págs. 443 a 497.

XAVIER, VASCO DA GAMA LOBO, “Venda a prestações – Algumas notas sobre os artigos 934.º e 935.º do Código Civil”, *RDES*, ano XXI, n.ºs 1,2,3 e 4, 1974, págs. 199 a 266.

ZAGO-GARELLI, CARLO, *I Rapporti di Fatto con Particolare Riguardo al Rapporto di Lavoro*, Cedam, Pádua, 1964.

ZICCARDI, FABIO, “Severance e nullità parziale del contratto”, *L'Europe du Troisième Millenaire, Mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie*, vol. II, Giuffrè, Milão, 2004, págs. 1143 a 1161.

ZÖLLNER, WOLFGANG/KARL-GEORG LORITZ/CURT WOLFGANG HERGENRÖDER, *Arbeitsrecht*, 7.ª edição, C.H. Beck, Munique, 2015.